PROSPECTIVA JURÍDICA

AÑO 5 NÚM. 9 ENERO - JUNIO DE 2014

La Reforma Constitucional. Paradigma Sobre Derechos Humanos
Alfredo Gómez Vázquez

Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional local desde el modelo constitucional contemporáneo
Miguel Neria Govea

El sistema penal de excepción en el nuevo paradigma penal mexicano
Rafael Santacruz Lima

De los derechos fundamentales de los extranjeros
Gustavo Aguilera Izaguirre

Algunas consideraciones sobre la docencia e investigación jurídica en México
Rafael Sánchez Vázquez

Hácia la identificación del paquete básico de competencias a desarrollar por el alumno que cursa las unidades de aprendizaje Filosofía del derecho y/o Corrientes filosófico -jurídicas en la UAEM
Edgar Ramón Aguilera García

PROSPECTIVA JURÍDICA

Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública

Coordinador:
Dr. en D. Enrique Uribe Arzate

Revista PROSPECTIVA JURÍDICA
© 2014 Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública
ISSN: En trámite

Director:
Dr. en D. Enrique Uribe Arzate

Consejo Editorial:

Carlos F. Quintana Roldán	El Colegio Mexiquense
Milagros Otero Parga	Universidad de Santiago de Compostela, España
Antonio Colomer Viadel	Universidad Politécnica de Valencia
Enrique Uribe Arzate	Universidad Autónoma del Estado de México
Ramiro Contreras Acevedo	Centro Universitario en Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad de Guadalajara
Pedro José Carrasco Parrilla	Universidad de Castilla-La Mancha
José Luis López González	Universidad Autónoma de Madrid
Lucie Lamarche	Universidad de Ottawa
Marie- LaureBasilien-Gainche	UniversitéSorbonneNouvelle Paris 3
Ricardo Zuluaga Gil	Pontificia Universidad Javeriana de Cali

Coordinación Editorial:
Grisel Alejandra Correa Esquivel
Miriam Guadalupe Nieto Padilla

Diseño:
Domingo Sánchez Rosales

PROSPECTIVA JURÍDICA, Año 5, No. 9, enero – junio 2014, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma del Estado de México, a través del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, de la Facultad de Derecho. Cerro de Coatepec S/N, Ciudad Universitaria, C.P. 50100, Toluca, Estado de México. Tel. (722) 2 14 83 24 y 2 14 30 43, correo electrónico: vercingtx@hotmail.com.
Editor responsable: Enrique Uribe Arzate. Reservas de Derechos al Uso Exclusivo No. 04-2009-120113370000-102, ISSN: en trámite. Licitud de Título y Contenido No. 15235 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Impresa por Litográfica Dorantes, S.A. de C.V. Oriente 241-A No. 29, Col. Agricola Oriental, delegación Iztacalco, México D.F. Tel: 57161734. Este número se termino de imprimir el 30 de diciembre de 2013 con un tiraje de 1,000 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Instituto Nacional de Derecho de Autor.

CONTENIDO

EDITORIAL 4

ARTÍCULOS

La Reforma Constitucional. Paradigma Sobre Derechos Humanos — **Alfredo Gómez Vásquez** — 7

Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional local desde el modelo constitucional contemporáneo — **Miguel NeriaGovea** — 22

El sistema penal de excepción en el nuevo paradigma penal mexicano — **Rafael Santacruz Lima** — 40

De los derechos fundamentales de los extranjeros — **Gustavo Aguilera Izaguirre** — 54

Algunas consideraciones sobre la docencia e investigación jurídica en México — **Rafael Sánchez Vázquez** — 67

Hacia la identificación del paquete básico de competencias a desarrollar por el alumno que cursa las unidades de aprendizaje Filosofía del derecho y/o Corrientes filosófico-jurídicas en la UAEM — **Edgar Ramón Aguilera García** — 109

CRITERIOS EDITORIALES 127

EL SISTEMA PENAL DE EXCEPCIÓN EN EL NUEVO PARADIGMA PENAL MEXICANO.

Rafael Santacruz Lima[1]

Resumen
Este artículo ofrece un estudio relacionado con el sistema de excepción, entendido dicho sistema, como la idea de la primacía de la razón del estado sobre la razón jurídica, como criterio informador del derecho y del proceso penal, y su contraposición con los principios y garantías procesales del sistema penal acusatorio y oral.

Palabras clave
Sistema Penal de Excepción, Proceso Penal, Garantías, Sistema Penal Acusatorio y Oral, Estado

Abstract
This article offers an analysis of the so-called exception system understood as the prevalence of the reason of State over legal reason. The previous idea serves as an informing criterion of the legal system in general, and particularly of the criminal justice system, that runs counter to the principles and procedural rights of an accusatorial and oral penal process.

Key words
Exception Penal Process, Criminal Justice System, Procedural Rights, Accusatorial and Oral System

Resumé
Cet article offre une étude relative au système d´exception, entendu comme l´idée de la primauté de la raison de l´Etat, sur la raison juridique. Le système d´exception est un critère informateur du droit et de la procédure pénale, ainsi que sa contraposition face aux principes et garanties procédurales du système accusatoire et oral.

Mots-clés
Système pénal d´exception, Procédure pénale, Garanties, Système accusatoire et oral, Etat.

SUMARIO: I. *Consideraciones iniciales*, II. *El sistema penal de excepción*, III. *El problema de la verdad procesal*, IV. *Elementos de la excepción en el sistema acusatorio mexicano*, V. *Conjeturas,* VI. *Bibliografía*

I. Consideraciones iniciales

El 18 de junio de 2008 se adopta en México un nuevo paradigma de proceso penal como marco de respuestas a un conflicto de interés jurídico-penal; y se establece todo un sistema procesal moderno, denominado acusatorio con tendencia adversarial, sin embargo, la reforma de 2008, obedece a una política criminal insertada en el discurso legitimador de seguridad procesal para legitimar la intervención de Estado en la solución del conflicto generado por el delito, esclareciendo subsistemas alternativos de justicia, siendo el enjuiciamiento acusatorio y oral el discurso legitimador de la reforma.

[1] Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

La intervención del Estado en la reforma penal de junio de 2008, crea alteración de las fuentes de legitimación que ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia, como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el estado de derecho.

Las reglas del sistema de excepción establecidas en la constitución de manera dispersa, denotan una clara contraposición a los principios y garantías procesales del sistema penal acusatorio.

II. El sistema penal de excepción

La alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia (antiterrorista, antimafia o anticamorra) como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el estado de derecho disciplinan la función penal (Ferrajoli, 2001:87).

Esta concepción de la emergencia no es otra que la idea de la primacía de la razón de estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada.

Y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino inmediatamente político, no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías sino *supraordenado* a ella. *Salus rei publicae, suprema lex*: la salvación o incluso el bien del estado es la *Grundnorm* del «derecho emergencia», la ley suprema a la que han de plegarse todas las demás, incluidos los principios generales, de los cuales legitima el cambio (Ferrajoli, 2001: 87).

La excepción, por otra parte, suele formar la fuente más o menos latente de legitimación externa de toda práctica judicial conscientemente diferenciada de las reglas ordinarias. Las prácticas, de hecho, cada vez que son obstaculizadas por impedimentos legales y garantistas, son contempladas siempre con sentimiento de excepción, es decir, con la idea de que el caso concreto, tanto más si es política o socialmente grave y alarmante, es excepcional respecto de la regla «*In*

atrocissimis leviora indicia sufficiunt et iudex potest iura transgredi», fue la máxima de Claro que todavía puede servir de epígrafe para toda la doctrina penal de la emergencia.

El derecho penal de excepción, en efecto, designa simultáneamente dos cosas: la legislación de excepción respecto a la Constitución y, por tanto, el cambio legal de las reglas de juego, y la jurisdicción de excepción, degradada a su vez respecto de la misma legalidad alterada.

Evidentemente, las dos cosas están conectadas e indican, a distintos niveles, una misma crisis de legalidad del derecho penal, tal y como resulta de la creciente divergencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo. Pero una no justifica a la otra, aunque sin duda ha contribuido a alimentarla. Ciertamente, las leyes de la emergencia tienen enormemente desplegado el poder judicial de disposición, legitimando arbitrios y atropellos.

Ciertamente, la represión del terrorismo y de la delincuencia organizada ha requerido en los años pasados procesos difíciles y complejos, donde los márgenes de error eran mayores que en los ordinarios, así como también lo eran los espacios abiertos a las injusticias involuntarias. Igualmente cierto es que en muchos casos las injusticias han sido, sin más, queridas por leyes[2].

¿Cómo concluyen estas dos tradiciones políticas con el nacimientodel estado moderno en la forma del estado de derecho?, según Ferrajoli es, que la primera tradición, la del derecho de resistencia, a pesar de cierta elaboración decimonónicay de las declaraciones ya recordadas en algunas Constituciones de la última posguerra, desaparece de hecho al haber confluido en la versión conservadora del estado de derecho y de la limitación y división de poderes[3].

[2] Pero la crítica de las leyes excepcionales no puede hacer callar la responsabilidad de muchos jueces que demasiado a menudo, de hecho, han sobrepasado esas mismas leyes. Y «cuando, al observar más atentamente los hechos» —son las severas palabras de Alessandro Manzoni— «se descubre una injusticia que podía ser vista por los mismos que la cometían, una transgresión de las reglas admitidas también por ellos, acciones opuestas a las luces que no sólo se daban a su tiempo, sino que ellos mismos, en circunstancias semejantes, demostraron tener, es un consuelo pensar que, si no supieron lo que hacían. Fue por no querer saberlo, fue por la ignorancia que el hombre asume y pierde a su gusto, y no es una excusa sino una culpa; y que de tales hechos se puede ser por fuerza víctima, pero no autores.

[3] Contra el supremo legislador del estado», proclamo Kant, «no puede haber ninguna oposición legitima por parte del pueblo, porque sólo gracias a la sumisión de todos a su voluntad universalmente legisladora es posible un estado jurídico; por ello no puede ser admitido ningún derecho de insurrección (seditio), todavía

Por otra parte, se ha considerado, que si en el estado absoluto el derecho de resistencia se justifica, conforme a una fundamentación *iusnaturalista* y *contractualista* de la obligación política, como garantía contra las violaciones por parte del soberano del contrato social estipulado con sus súbditos, aquel pierde gran parte de su razón teórica y de su significación axiológica en un ordenamiento caracterizado por la sujeción a la ley de todos los actos del estado y por la previsión de remedios y sanciones jurídicas, incluso penales, por las violaciones por parte de los titulares de los poderes públicos de aquellos pactos sociales que son las leyes.

Resulta considerablemente evidente la confusión entre derecho, es decir, la asunción como un hecho del sometimiento a sanción de los poderes públicos, que, en cambio, solo es un principio normativo y que, como tal, sirve para convertir en políticamente injustificada la resistencia solo si —y mientras— es efectivo (Zaffaroni, 2007: 1-2 y 203-204).

Existe un elemento estructural del derecho penal de excepción es el que he llamado gigantismo procesal, desarrollado a su vez en tres dimensiones: horizontalmente, con la apertura de macro-investigaciones contra centenares de imputados, mediante redadas masivas basadas en frágiles indicios como actos de instrucción iniciales y prejudiciales.

Verticalmente, con la multiplicación a cargo de cada imputado de los delitos adjudicados, circularmente deducidos unos de los otros —los delitos asociativos de los delitos específicos, y viceversa— o bien inducidos a título de concurso moral de los adscritos a los coimputados; temporalmente, con la prolongación desmesurada de los procesos, que se arrastran, a menudo sin razón, a veces con intervalos de años entre la conclusión de la instrucción y la apertura del juicio, de modo que se cumpla el máximo de la prisión preventiva[4].

menos de rebelión (rebellio) y aún menos que todo de atentados contra él como individuo (como monarca) bajo el pretexto de abuso de poder (tyrannis).

[4] Esta expansión pluridimensional de los procesos es indudablemente un efecto de la mutación sustancialista de las figuras de delito y de los métodos de comprobación de la verdad de los que se ha hablado hace un momento. Está claro que cuando el proceso no tiene ya como objeto de investigación un hecho criminal determinado, sino que pretende investigar toda una fenomenología criminal en todas sus complejas dimensiones políticas y sociales, se transforma inevitablemente en investigación historiográfica o en encuesta

Se experimenta un derecho penal simbólico que denomina el resurgimiento del punitivismo característico del linaje del derecho penal del enemigo (Jakobs, 2003: 21),por ello este derecho sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no derecho penal y para ello, se deben considerar aspectos relevantes:

- El sistema penal adelanta la punibilidad sobre un hecho futuro.
- En segundo lugar, las penas son desproporcionalmente altas.
- En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas e incluso suprimidas.

Al sufrir lesión los derechos de los ciudadanos, se consideraría al poder, la facultad de establecer hasta que medida será necesario limitar los derechos, para ejercer un poder que está en propias manos del Estado. De este modo, el Estado de Derecho habrá sido abolido, toda vez, que el poder punitivo les deparó un trato que no corresponde a la condición de personas dado que sólo los considera como entes peligrosos.

Resulta sintomático que, que lo que se puede percibir, todos los Códigos penales actuales de los Estados democráticos del mundo, consideran que, los sujetos representan un peligro latente para la sociedad, y que, si bien aún no comenzaron a ejecutar los delitos de terrorismo planeados, la misma conformación de una asociación ilícita supone una conmoción de la seguridad estatal (Polainos-Orts, 2008:44).

Las normas de derecho penal del enemigo son excepcionales en los Estados de derecho Designa casos especial peligrosidad en los que se erosiona la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma, esto es, en los que se imposibilita el ejercicio normal de la pretende forzar lo que debió prestarse, es decir, la garantía mínima de respeto de la estructura social y de la personalidad de los ciudadanos fieles a la norma[5].

sociológica de dimensiones exorbitantes en relación con los esquemas garantistas de la estricta legalidad y de la estricta jurisdiccionalidad.

[5]Al respecto Miguel Polainos-Orts dice: "El forzamiento de la seguridad cognitiva mediante medidas especialmente asegurativas contra enemigos se hace, según el legislador, necesario, porque la seguridad cognitiva es condición sine que non para el ejercicio de la personalidad."

Habrá que llamar de una forma excepcional, al sistema que castiga vulnerando derechos humanos, porque éste se dirige contra seres humanos que alteran el orden legal, por ello se considera dentro del Estado que aquellos actos que van en contra las reglas establecidas por el Estado, deben ser sancionadas de manera enérgica, ya que lo que está en juego es la seguridad y el orden social.

III. El problema de la verdad procesal

El proceso penal o más ampliamente, el enjuiciamiento en su conjunto, con actos que preceden y suceden al proceso, es en definitiva, una organizada y sistemática oportunidad de prueba. Con la prueba se pretende alcanzar ciertos fines: objetivamente, el conocimiento de la verdad, y subjetivamente y a partir de ese conocimiento, la persuasión del tribunal. Satisfechos ambos extremos, pareciera que éste podrá resolverse en definitiva (García, 2004:59).

La autoridad que inquiere debe allegarse la prueba de aquello que investiga: unos hechos, una participación, una responsabilidad. Sobre ellas pesa este gravamen, necesario para el enjuiciamiento y que en rigor constituye, una obligación funcional y, en este sentido, una responsabilidad estricta. No podría ser de otra suerte cuando se trata de poner en movimiento el *jus puniendi* del Estado en un caso particular.

La carencia de prueba y la negligencia o impericia en obtenerla frustran el deber de perseguir e impiden la función de juzgar. Se habría enrarecido, merced a la impunidad –procurada o no-, una de las misiones nucleares del Estado. Y las partes deben probar lo que afirman: lo mismo cuando atribuyen que cuando rechazan., así el fiscal y el inculpado, y en su propia hipótesis el ofendido que reclama el resarcimiento. Empero, el fiscal enfrenta esa tarea también bajo el título del deber funcional, al paso que los otros sujetos lo hacen en concepto de carga: para alcanzar una resolución favorable y evitar una adversa (García, 2004:59).

La verdad ha sido, históricamente, una condición necesaria del proceso judicial. El objeto de disputa del proceso judicial es la propuesta de verdad que cada una de las partes de la tríada procesal propone. La sentencia, ese discurso que decreta la verdad desde la jerarquía otorgada por la ley, descubre la verdad en maraña de

argumentos, encuentra la verdad cuando hay algo que encontrar, y construye la verdad cuando no la hay (Ribeiro, 2006:28).

La verdad históricamente ha tenido muchas formas de presentarse en el proceso judicial. Cada una de las formas de presentarse la verdad en el proceso judicial. Cada una de las formas de presentarse la verdad en el proceso judicial está condicionada por la cultura de su época. Esto quiere decir que las formas de presentarse la verdad no ha sido un concepto inmutable así como la idea de verdad misma.

En palabras de José Cafferata: La búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria, el llamado *fin inmediato de proceso*, debe desarrollarse teniendo a la reconstrucción conceptual de aquéllos. La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable, pues la inducirá de los rostros o huellas que los hechos pudieron haber dejado en cosas o personas, o de los resultados de experimentación o de inferencias racionales sobre tales rastros o huellas (Cafferata, 2008: 5).

Todo juicio, de cualquier naturaleza que sea, plantea a los jueces dos tareas diferentes, consecutiva la una de la otra. Consiste la primera en establecer hechos pasados, en averiguar cómo sucedieron, en determinar el caso *sub judice*. Estriba la segunda en encontrar cuál es la ley que rige el caso, cuáles las disposiciones legales que desatan el nudo gordiano de la cuestión, dando razón al nudo, quitándosela al otro.

Persiste el debate en torno a la actividad probatoria del juzgador. No hay duda sobre la obligación que tiene de apoyar a la partes cuando éstas ofrecen pruebas que no podrían aportar por sí mismas. Pero hay cuestión acerca de la iniciativa judicial en materia de pruebas. ¿Puede el juez, bajo el régimen acusatorio, indagar los hechos por su cuenta con el propósito de conocer la verdad, que de otra suerte –y así lo percibe el tribunal- que daría en penumbra? ¿Podría, en tal virtud, recuperar la función de inquirir, a riesgo de empañar la misión de juzgar? ¿O sucedería, más bien, que para iluminar ésta se verá en la necesidad de asumir aquélla?

Si partimos de ciertas afirmaciones dogmáticas, la solución se complica extraordinariamente. Conforma al paradigma, el juez del sistema acusatorio debiera conformarse con la prueba que las partes le suministran, aunque advierta -porque el tribunal no es ciego- que así se le lleva de la mano por el camino del error, y consecuentemente de la injusticia. En los términos el mismo paradigma, el tribunal devendría inquisidor si disipa por sí mismo la sombra que le impide caminar en procuración de la verdad y hacer, en último análisis justicia.

La distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distintas y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas.

Cualquier juicio en torno a la verdad procesal que se persiguen en el enjuiciamiento penal deben partir de la hipótesis de la comprobación-probatoria de la verdad real, para ello el razonamiento que se adopte debe partir de un método inductivo, es decir, del mundo de los hechos del realismo jurídico del acontecer que denota la existencia misma del enjuiciamiento y su vinculación con la prueba misma pues consideramos que el juicio es inderogable cuando exista la acusación la prueba y la defensa y en el caso de la confesión como contenido probatorio debe valorarse partiendo del principio de inocencia de quien la vierta y no ser valorada como prueba de imputación directa.

La oposición hasta ahora ilustrada entre garantismo y autoritarismo en el derecho penal corresponde, pues, a una alternativa de dos puntos de vista totalmente distintos: *comprobación* y *valoración*, entre *prueba* e *inquisición*, entre razón y voluntad, entre verdad y potestad. Si una justicia penal completamente con *verdad* constituye una utopía, una justicia penal *sin verdad* equivale a un sistema de arbitrariedad (Ferrajoli, 2001: 45).

De lo anterior podemos establecer, que el sistema garantista tiene como fundamento a la razón, es decir, debe estar fundado en cuestiones cognoscitivas. Lo que nos lleva a establecer que un elemento de todo sistema garantista es la

prueba, ya que con ella se busca obtener un conocimiento cierto y claro de lo que se investiga.

En sentido contrario tenemos a los sistemas inquisitivos, donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.

El proceso penal se legitima en la medida en que sea capaz de lograr, entre objetivos, el de precisar la verdad histórica sobre un determinado hecho que se considera delictivo. Dicha verdad histórica se podrá alcanzar solamente en la medida en que se respetan una serie de principios que aseguran la mayor racionalidad y eficacia de las distintas etapas del proceso. No se trata, en esa virtud, de alcanzar cualquier verdad o de alcanzarla a toda costa.

Las mismas condiciones semánticas o garantías penales de la verificabilidad y de la refutabilidad, si son suficientes además de necesarias para asegurar la verificación o la confutación jurídica, que son el fruto de deducciones validas conforme a los significados de las palabras empleadas, son sólo necesarias pero no también suficientes para asegurar la verificación o la confutación fáctica, las cuales dependen de complejas garantías procesales que van más allá de las simples reglas hasta ahora analizadas sobre la formación del leguaje penal.

Precisamente porque en un Estado de derecho la actividad jurisdiccional, a diferencia de cualquier otra actividad jurídica, es una actividad cognoscitiva además de práctica y prescriptiva, requiere, como justificación de las decisiones en las que se expresa, una motivación de la aceptación de sus presupuestos como "verdaderos" aunque sea en el sentido relativo y aproximativo.

Esta es la razón por la que, en contraste con otros poderes públicos, el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino sólo de tipo racional y legal, es decir, que no puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda a la voluntad o al interés de la mayoría.

IV. Elementos de la excepción en el sistema acusatorio mexicano

La reforma completa del sistema penal mexicano requiere de un proceso de reingeniería que se mueve en varios niveles y planos[6]: abarca desde la reforma constitucional, la emisión de nuevos códigos legislativos, la capacitación del personal que va a operar la reforma en la práctica (lo que incluye, desde luego, la capacitación de los futuros abogados), la generación de la infraestructura necesaria para llevar a cabo las audiencias de juicio oral, la creación de un cuerpo de peritos que permita contar con una investigación científica de los hechos delictivos, el diseño de un sistema de medidas alternativas al juicio y de los correspondientes o de jueces de garantía que lo hagan funcionar, etcétera (Carbonell, 2004: 83).

Realizar aunque sea una somera descripción de todos esos asuntos rebasa con mucho el objetivo del presente artículo, por lo que nos limitaremos a aportar algunas ideas sobre la excepción penal, en el plano más general: el que corresponde a las reformas de nuestra Carta Magna.

Aunque pudiera parecer que la reforma del proceso penal mexicano debería referirse a cuestiones meramente procesales, lo cierto es que debe ir acompañada a una serie de cambios que afectan a la parte sustantiva del derecho penal. Un mejor proceso penal requiere, exige, necesita un mejor derecho penal sustantivo. Las dos cuestiones van de la mano, se apoyan de manera recíproca y solamente su mejoramiento conjunto nos permitirá obtener buenos resultados. Como lo señala Ferrajoli: las garantías penales pueden, a su vez, considerarse necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios...tanto las garantías penales como las procesales valen no sólo por si mismas, sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad (Ferrajoli, 2001: 537).

Una adecuada cultura jurídica del proceso penal no se podrá generar sin un derecho penal sustantivo que se construya bajo esquemas de racionalidad, sensatez y uso limitado del *ius puniendi* del Estado. En este contexto vale la pena preguntarse: ¿qué principios de derecho penal sustantivo debería recoger la Constitución mexicana para alcanzar tales objetivos? Creemos que, al menos, al

[6] No cabe duda que desde la aprobación de las reformas y adiciones constitucionales publicadas en el DOF el 18 de junio del año 2008 se ha desatado a lo largo y ancho de nuestro país sin número de acciones y políticas públicas encaminadas a dar cauce al dominado nuevo sistema de justicia penal.

menos, la Constitución debería contener dos mandatos dirigidos al legislador: el principio de lesividad y el principio de proporcionalidad.

La tarea principal en la reforma del proceso penal mexicano debe ser la de incorporar el sistema de garantías necesario para salvaguardar los derechos de todas las personas involucradas: víctimas del delito, personas sujetas a proceso, sentenciados y funcionarios públicos (policías, agentes del Ministerio Público, jueces penales, peritos, intérpretes o traductores, abogados, encargados de los establecimientos penitenciarios, etcétera).

Dentro del conjunto de tales garantías se impone una primera distinción conceptual, que consideramos primaria o básica para diseñar adecuadamente cualquier propuesta de reforma. Una cosa son las garantías orgánicas y otras las garantías procesales. Las primeras se refieren a la posición que deben tener y las características con que se deben desempeñar los sujetos involucrados en el proceso, y sobre todos los sujetos públicos involucrados en el proceso. Las segundas son más bien las que definen las actuaciones procesales, sus etapas, la forma en que se desarrollan, etcétera; es decir, las garantías relativas a la formación propiamente del juicio, lo que incluye la recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y la convicción del órgano judicial (Carbonell, 2004:97).

Las garantías orgánicas, nos indica Ferrajoli, son por ejemplo las características de independencia, imparcialidad de los jueces, la separación entre acusación y juez, el principio de juez natural o juez predeterminado por la ley, la obligatoriedad de la acción penal, etcétera. La garantías procesales, por su parte, son entre otras las siguientes de acuerdo al mismo Ferrajoli: la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, la forma de los interrogatorios y de los demás actos de la instrucción, la publicidad, la oralidad, los derechos de la defensa, la motivación de los actos judiciales, etcétera.

Las garantías orgánicas y las procesales suponen diversos cánones para facilitar el conocimiento y/o la aproximación a la verdad de lo sucedido, a través del carácter empírico y cognoscitivo de varias de ellas, como lo representa con claridad el principio de contradicción –que permite otras cuestiones, que cada hipótesis de la acusación pueda ser refutada por la defensa y tenga que ser

puntualmente acreditada ante el juez penal, sobrellevando la carga de la prueba y haciéndose cargo de la presunción de inocencia.

Detrás del llamado sistema penal acusatorio, se encuentra bipolarmente delineado un sistema penal excepcional que, reduce garantías y potencializa la intervención del Estado en el combate a la delincuencia organizada, sistema, contradictorio a un Estado Constitucional de Derecho.

El endurecimiento jurídico del derecho penal en el mundo occidental, forma parte del sistema jurídico real. Este derecho, es propiciado por la actividad legislativa que criminaliza conductas de riesgo con sanciones desproporcionadamente altas y de corte antiliberal. La contradicción en el mundo con el Estado de derecho, dado que no puede ser eficaz la limitación de los derechos de todos los ciudadanos para contener el poder punitivo que se ejerce sobre estos mismos ciudadanos. Los que quisieron contener al poder punitivo, lo habilitaron parcialmente también como un derecho penal excepcional.

En la reforma constitucional podemos observar el establecimiento de nuevas reglas punitivas, destinadas a la solución del conflicto propiciado por aquellos delitos graves, y los que atentan en contra de la seguridad de la nación. Para ello en el proceso penal se minimiza garantías del debido proceso, restringe derechos al imputado y posibilita el pacto con las personas involucradas con el delito.

Algunas de los puntos que ponen en evidencia el sistema excepción en la reforma constitucional de 2008, contemplados en el Apartado B, Frac. V del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se presentan en los siguientes rubros:

a) La regla inderogable en todo sistema garantista, prescribe que el imputado será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. No obstante constitucionalmente se establecen las excepciones: La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

b) En delincuencia Organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o existan riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra.

Y en el Apartado B, Frac. III del mismo artículo, se señala:

c) Se establece beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada, es decir, se da un pacto con el delincuente.

V. Conjeturas

Primera: La función del sistema de excepción, es imponer la razón del Estado sobre la razón jurídica.

Segunda: En la reforma constitucional, del 18 de junio de 2008, podemos observar el establecimiento de nuevas reglas punitivas, destinadas a la solución del conflicto propiciado, sobre todo por la delincuencia organizada, y en aquellos delitos graves, y que atentan en contra de la seguridad de la nación. Para ello, en el proceso penal se minimizan garantías del debido proceso, restringe derechos del imputado y posibilita el pacto con las personas involucradas con el delito.

Tercera: Las reglas establecidas en el sistema de excepción establecida en la constitución de manera dispersa, denotan una clara contraposición a los principios y garantías procesales del sistema penal acusatorio y oral que se pretende en la misma constitución.

VI. Bibliografía

Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique, "*¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*", 1ª ed., México, Porrúa, 2004.

Cafferata Nores, José, "*La Prueba en el Proceso Penal*", 6ª ed., Argentina, Lexis-Nexis, 2008.

Ferrajoli, Luigi, "*Derecho y Razón "Teoría del Garantismo Penal*", 5ª ed., Madrid, Trotta, 2001.

Jakobs, Günter, y Cancio Meliá, "*Derecho Penal del enemigo*". Madrid, Civitas, 2003

García, Ramírez Sergio, "*Panorama del Proceso Penal*", México, Porrúa, 2004

Polainos-Orts, Miguel, Polainos, Navarrete, Miguel y Jakobs, Günther, "*El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalimo*", México, Flores editores y distribuidor, 2008

Ribeiro, Toral, Gerardo, *Verdad y Argumentación*, México, Porrúa, 2006

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "*El enemigo en el Derecho Penal*", México, Ediciones Coyoacán, 2007