

## EPISTEMOLOGÍA E HISTORIA DEL JUICIO PENAL ORAL\*

Juan de Dios GONZÁLEZ IBARRA\*\*  
Emilio PEÑA RANGEL\*\*\*

**RESUMEN:** El diario avance de la sociedad ha dado origen a nuevas exigencias en los diversos campos de la vida cotidiana, y el derecho no es la excepción. La base de esta investigación es la urgente necesidad de innovación dentro del ámbito del derecho procesal penal, para hacer frente a los rezagos existentes. El objetivo es estudiar los antecedentes y la epistemología de los juicios orales como un nuevo sistema emergente de justicia penal, cuestionándonos principalmente desde los puntos de vista de la teoría del conocimiento e historia jurídica.

**Palabras clave:** epistemología, historia, juicios orales emergentes, derecho procesal penal, lógica jurídica.

**ABSTRACT:** Due the daily progress of the society has led a new requirements on the different fields of life, the Law may not be exempt from this, as the base of this investigation is the need to evolve in the field of procedural law criminal and adapt this aforementioned requirements. Our goal is to study the develop of the trials as a new criminal justice system, investigating mainly of two points of view as are legal history and legal epistemology.

**Descriptors:** epistemology, history, trials, criminal procedure law, legal logic.

\* Artículo recibido el 15 de noviembre de 2007 y aceptado para su publicación el 13 de febrero de 2008.

\*\* Doctor en economía y doctor en ciencias políticas y sociales. Es investigador nacional nivel II del Conacyt. Miembro de la Junta de Gobierno de la UAEM y de El Colegio Mexiquense.

\*\*\* Licenciado en derecho por la UNAM. Maestro en derecho por la UAEM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Mitos y posibilidades acerca del denominado proceso penal oral*. III. *Conclusión*. IV. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es analizar fundamentalmente desde la epistemología e historia jurídicas<sup>1</sup> si los antecedentes y metaconocimientos del nuevo sistema de justicia penal emergente propuesto en México —el cual está basado en relación o ante los actos antijurídicos o ilícitos en materia penal en un sistema de juicio acusatorio,<sup>2</sup> cuya expresión procedimental es la oralidad (herencia griega, como se acredita entre otros testimonios con el juicio a Sócrates, y romana, con Cicerón como gran orador del foro, retomada principalmente por el derecho anglosajón)— cumplen con el objetivo principal de mejorar la transparencia, prudencia, honestidad, coherencia, eficacia y eficiencia, calidad en la argumentación,<sup>3</sup> en aras de elevar la solidez en la procuración, administración e impartición de justicia penal en nuestro país.

Cabe señalar que el denominado proceso penal oral ya se encuentra implementado en algunas entidades federativas de la República mexicana, y se espera terminar de establecerlo a nivel nacional, tanto en el fuero federal como estadual.

Las críticas que intentaremos llevar a cabo parten de la recuperación de nuestra tradición jurídica romano-germánica, y considerando a la epistemología como el conocimiento del conocimiento, filosofía de la ciencia o teoría del saber,<sup>4</sup> desde una posición haberleana,<sup>5</sup> y entendiendo al derecho como una ciencia cultural en continuo cambio y perfeccionamiento, tomándola como un producto de la socie-

<sup>1</sup> Juan Palomar de Miguel define a la axiología jurídica como la “ciencia que estudia y analiza los problemas sobre valoración jurídica”; véase su *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.

<sup>2</sup> Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2008, pp. 100-102.

<sup>3</sup> Dehesa Dávila, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 4a. ed., México, SCJN, 2007, p. XI. “El derecho se aplica argumentando, no existe otra opción”.

<sup>4</sup> González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología jurídica*, México, Porrúa, 2002, p. 13.

<sup>5</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 79.

dad en su momento histórico determinado, desde el punto de vista de Peter Häberle —quien hace un cuarto de siglo, precisamente desde su obra *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982) defiende esta teoría—, pues “el método utilizado en el presente trabajo se corresponde con la teoría constitucional comparada desde una perspectiva cosmopolita, en cuanto ciencia de la cultura y de los textos”.<sup>6</sup> Por lo cual atiende a la labor que se desarrollará, pues este autor menciona que:

La Constitución es cultura. Esto significa que no está hecha solamente de materiales jurídicos. La Constitución no es un ordenamiento dirigido a juristas, y para que éstos puedan interpretar las reglas antiguas y nuevas, sino que también sirve esencialmente para los no juristas, para los ciudadanos. La Constitución además de ser un texto jurídico y una obra normativa, también es expresión de una situación cultural, instrumento de auto-representación del pueblo, espejo del patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.

Consideramos que esto significa en principio, desde la perspectiva de los juicios orales en materia penal en México, la construcción de una cultura constitucional que permita que se contemplen como parte de la vida cotidiana, como forma de convivencia jurídica a la que estamos sujetos todos como justiciables, recuperando nuestra herencia dentro de la familia romano-germánica, con diferencias respecto de la angloestadounidense.

Por lo anterior, adoptamos la afirmación de Joseph Aguiló Regla, de la Universidad de Alicante, quien en su obra *La Constitución del Estado constitucional* sostiene que:

En efecto, para hablar de Estado constitucional, la Constitución formal debe ser aceptada como si contuviera el conjunto de normas fundamentales del sistema jurídico y político. En otras palabras, para hablar de éste tipo de Estado en actual construcción tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno de la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de

<sup>6</sup> Häberle, Peter *et al.*, *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 23-25.

referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, desempeñe su papel en los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político.<sup>7</sup>

También, apoyándonos en la epistemología jurídica, se hará nuestra reflexión, y así podremos, desde la teoría del conocimiento,<sup>8</sup> ejercer la crítica propositiva que corresponda a las nuevas figuras prácticas que se incluyen en el procedimiento penal oral. Esto implica integrar la parte dogmática con la teórica,<sup>9</sup> unión necesaria para el avance de nuestra ciencia y saber jurídicos.

Metodológicamente estudiaremos las figuras novedosas del proceso penal oral, las que iremos analizando y criticando para su mejor comprensión; también señalaremos la manera en que fueron articuladas, y si cumplen con la metodología propia de las ciencias sociales, en especial con la ciencia jurídica y sus saberes; en virtud de que ellos exigen el manejo reflexivo de valores, lo que implica su propio estatuto metodológico en el que no es posible la aplicación mecánica del método deductivo y la lógica formal, como ha pretendido argumentar el imperialismo de las ciencias llamadas exactas.

Como herramientas de la razón utilizamos diversas lógicas, incluyendo la lógica difusa,<sup>10</sup> sosteniendo la tesis de que el derecho es un sistema complejo que exige una particular forma de razonamiento deóntico y teleológico, que en el estado actual de la ciencia jurídica se conceptúa también bajo la perspectiva que nos permite contemplarlo desde el punto de vista particular como argumentación jurídica.<sup>11</sup>

En tal virtud, debemos señalar que el progreso humano, y consiguientemente la innovación en todos los órdenes de la vida, crea la necesidad de que el legislador analice los cambios que se originan y

<sup>7</sup> Aguiló, J., *La Constitución del Estado constitucional*, Bogotá, Temis, 2004, p. 53.

<sup>8</sup> González Ibarra, J., *op. cit.*, nota 4, p. 27.

<sup>9</sup> González Ibarra, J., *Metodología jurídica epistémica*, México, Fontamara, 2005, p. 17.

<sup>10</sup> Moles, A., *Las ciencias de lo impreciso*, México, Miguel Ángel Porrúa-Universidad Autónoma Metropolitana, 1994, p. 99.

<sup>11</sup> Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 77.

requieren,<sup>12</sup> y así proponer al mismo tiempo las reformas que se adecuen a dichas transformaciones para obtener los respectivos resultados innovadores, con la responsabilidad también desde la jurisprudencia, y de esa manera conseguir la protección de la dignidad y los derechos humanos, así como de los valores y bienes del individuo, de la familia, de la sociedad y del Estado.

Bajo esta perspectiva, los nuevos códigos procesales en materia penal deben cumplir con los alcances anteriores. Además de contemplar los principios propios de un Estado constitucional, conforme con lo anteriormente conceptualizado, su articulado debe ser congruente a esos principios, toda vez que el Estado es un ente complejo sistémico que presenta diversos aspectos y subsistemas, funciones y estructuras, entre los que se encuentran en primer lugar al conjunto de hombres en quienes radica originariamente el poder soberano, ya razonando, reflexionando, filosofando, organizándose, produciendo, creando y defendiendo un orden jurídico-social que se ha logrado cristalizar en una cultura cotidiana.

Por lo tanto, cultura, Estado y derecho se encuentran en una relación sistémica de totalidad, porque no se concibe a la primera sin los siguientes, ni al derecho como realidad positiva separada del vivir ciudadano real y un Estado que por el monopolio del poder lo perverta. El papel del derecho es encauzar al Estado en sus funciones, dentro de un sistema normativo constitucional, y a la ciudadanía en sus labores privadas. En términos epistémicos, la Constitución limita el poder del poder, tanto del Estado como el social de los grupos de presión política y económica (por ejemplo, al evitar monopolios, lo que viola actualmente Telmex), por cuanto regula las instituciones e individuos de aquel y el funcionamiento de las privadas.

## II. MITOS Y POSIBILIDADES ACERCA DEL DENOMINADO PROCESO PENAL ORAL

De acuerdo con lo mencionado en la introducción, habremos de realizar señalamientos desde diversas perspectivas, como la del dere-

<sup>12</sup> González Ibarra, J., y Sierra Becerra, B., *Técnica, ciencia y epistemología jurídicas*, México, Fontamara, 2006, p. 35.

cho como argumentación, de Manuel Atienza; la de ciencia cultural, de Häberle; la de la ciudadanización o recuperación de la historia<sup>13</sup> del derecho, de Paolo Grossi; la garantista,<sup>14</sup> de Luigi Ferrajoli, con su ley del más débil; así como la del razonamiento deóntico.<sup>15</sup>

El reto es, recuperando nuestras raíces y empleando nuestros saberes, construir con solidez lógica y teórico-práctica la estructura y funcionamiento, así como las bases, del nuevo sistema de justicia penal en México, apoyado en el principio de oralidad, con el fin de construir un sistema de juicio acusatorio penal transparente que permita combatir la corrupción, hacer realidad por fin el principio de justicia pronta y expedita, elevando la calidad de la procuración, administración e impartición de justicia penal en nuestro país, para colocarlo a la altura de este milenio, dejando atrás vicios, opacidades, impunidades y corruptelas, para continuar hacia otras áreas de lo social.

El denominado proceso penal oral ya se encuentra establecido en algunas entidades federativas de la República mexicana, como Chihuahua y Oaxaca, y se desea desarrollar en términos nacionales, tanto en el fuero federal como estadual. Las críticas que se llevan a cabo provienen de una posición prospectiva y constructora de escenarios, es decir, la de considerar al derecho como una verdadera ciencia histórica cultural en continuo cambio y perfeccionamiento, como un producto de la sociedad cambiante en un momento histórico determinado.

También a partir de la epistemología, las experiencias nacionales e internacionales y las teoréticas jurídicas se reflexionará acerca de las figuras que se incluyen en el procedimiento penal oral. Esto implica integrar creativamente la tradición con la innovación, filosofar e historiar lo mejor de lo nuestro con las ideas angloestadounidenses que

<sup>13</sup> Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 15. Este autor sostiene que “Una de las funciones, y desde luego no la última, del historiador del derecho es la de ser conciencia crítica del estudio del derecho positivo, descubriéndole la complejidad de aquello que en su visión unilateral parece simple, resquebrajándole sus convicciones acríticas, relativizando certezas absolutas, insinuando dudas sobre lugares comunes aceptados sin una adecuada verificación”.

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1999, p. 32.

<sup>15</sup> Para Luis Recaséns Siches es reflexionar con la lógica de lo jurídicamente razonable.

nos fortalezcan, para construir una praxis integradora dogmático-teórica que consideramos necesaria para el avance de nuestros saberes jurídicos penales.

Metodológicamente, intentaremos estudiar las figuras novedosas del proceso penal oral, las cuales iremos analizando y criticando para su mejor comprensión; también señalaremos la manera en que fueron articuladas, y si cumplen con las lógicas deónticas propias de las ciencias sociales, en especial con la de la ciencia jurídica; en virtud de que ella exige el manejo de valores, lo que implica su propio estatuto axiológico y teleológico en el que no es posible la aplicación mecánica del método deductivo y la lógica formal, como se ha pretendido argumentar en el juspositivismo legalista, copiando absurdamente el imperialismo de las ciencias llamadas exactas. Utilizamos, como ya advertimos, a las diversas lógicas existentes,<sup>16</sup> sosteniendo con apoyo en la teoría de conjuntos borrosos la tesis de que el derecho es un sistema complejo en el que es imposible de identificar tajantemente las fronteras entre derecho y moral, que exige reconocer que en esta era de la incertidumbre la pretendida separación kantiana absoluta entre derecho y moral no es ya aceptable, que en el estado actual de los saberes jurídicos<sup>17</sup> el derecho ha dejado de ser el servidor o sirviente encubierto absoluto del poder opaco bajo la toga y gestos solemnes de los magistrados, como lo fue en el Estado kelseniano, ya haya sido bajo la forma del legalismo legislativo, nazismo o estalinismo.

Después de los trágicos sucesos genocidas de la Segunda Guerra Mundial, y de la frase de Hans Kelsen en los sesenta de que “el derecho nazi a pesar de todo fue derecho”, como reto histórico tenemos que afrontar mitos grossianos,<sup>18</sup> leyes del más débil, teorías “im-

<sup>16</sup> Moles, A., *op. cit.*, nota 10, p. 99.

<sup>17</sup> Cáceres, E., *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM, IIJ, 2007, p. XIII. Sostiene junto a Rolando García —discípulo de Jean Piaget— que estamos entrando en el tercer estadio del constructivismo epistemológico, “los anteriores son el de la filosofía especulativa seguido por el de la epistemología empirista, por lo que el reto actual es revisar nuestros conceptos de realidad, objetividad y verdad”.

<sup>18</sup> Grossi, Paolo, “La recuperación del derecho”, *Metapolítica*, México, núm. 55, 2007, pp. 43-46. Afirma que “se impone una recuperación del derecho... si se realizara aquel lavado epistemológico que el jurista más despierto sin duda ya comenzó a realizar, pero que se debe extender a la somnolienta mayoría silenciosa todavía in-

puras” con sistemas de valores como esencia o razón de la razón del derecho, para poder construir de modo cosmopolita una nueva argumentación jurídica defensora, primero que nada, de la dignidad y los derechos humanos.<sup>19</sup>

Por ello tenemos que señalar que el progreso humano y consiguientemente la innovación en todos los órdenes de la vida crean la necesidad de que el legislador y el juzgador analicen los avances que se requieren, que se deje atrás la falacia del juez neutro sin compromisos con la democracia, la rendición de cuentas y la transparencia, el bien común o la ciudadanía; por el contrario, hoy es valioso aquel que ha creado y crea el derecho desde la independencia de la magistratura para que la comunidad pueda convivir en armonía bajo la justicia social, y proponer prudentemente, pero sin tibiezas al mismo tiempo, las innovaciones que se requieren para obtener los respectivos resultados positivos, y de esa manera conseguir con seguridad jurídica integral (ante tribunales, organizaciones, hogares y calles) la protección de la dignidad y de los derechos humanos, así como de la equitativa repartición y tutela de los bienes fundamentales del individuo, de la familia y de la sociedad bajo un Estado constitucional democrático y social que sea incluyente, para todos los mexicanos, de las riquezas espirituales y materiales, y que tutele la participación ciudadana en las oportunidades nacionales y facilite por medio de la educación y los tratados cosmopolitas.

Bajo esta perspectiva, los nuevos códigos sustantivos y procesales en materia penal (de igual forma esto se extenderá seguramente a todos los campos jurídicos de la sociedad) deberán cumplir con los alcances anteriores. Además de contemplar los principios propios de un Estado, como el antes citado, que está en construcción en México, su articulado debe ser congruente a esos principios, toda vez que el Estado constitucional es un ser en avance para nuestro país inmerso

mersa en una cómoda pereza... Y consideramos necesario retomar la saludable intención de quién, en el curso del siglo XX, supo zafar el derecho del abrazo constrinvente del Estado y lo reubicó en el seno materno de la sociedad... Después de siglos de condenación a trabajos forzados de exégesis, el derecho regresa a ser aquello que en los grandes momentos de la historia jurídica occidental fue”.

<sup>19</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 42.

en la globalización, con todos los retos, riesgos y promesas que él contiene.

Por lo tanto, Estado y derecho se encuentran en una correlación sistémica de integridad, porque no podemos lógicamente pensar en uno sin el otro, de ahí que en el idioma alemán no existan dos palabras para diferenciarlos, por la sencilla razón de que es racionalmente impensable el uno sin el otro.

Cabe subrayar que hoy podemos darnos cuenta desde los resultados históricos registrados y analizados, que el primitivo Estado de derecho surgió del liberalismo salvaje de los siglos XVIII y XIX, por lo que se refiere a su aspecto formal estaba supeditado al principio de legalidad legislativa desde el poder bajo la máxima inhumana y atentatoria contra la dignidad y los derechos humanos de que *lex dura, sed lex*, que debía regir inflexiblemente (hágase la ley aunque perezca el mundo) a todo acto de autoridad. En México, sin tener una Corte constitucional como la actual de la novena época, se estableció inútilmente en el papel constitucional formales razonamientos penales, como el siguiente: “cuando se afecte, o pueda afectar, la esfera jurídica del gobernado, por lo que le queda prohibido en materia penal la aplicación de la ley por analogía, la irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, la costumbre como fuente de ilícitos y sanciones, la imprecisión o indeterminación legal de las regulaciones de las normas”. Sin embargo, en el sistema presidencial era el Ejecutivo quien otorgaba desde el poder sin contrapesos, opaca e impunemente, la última y primera palabra sin rendición de cuentas ante nadie, como fue el caso del delito de disolución social, la corrupción desbordante o los desaparecidos del 68, como crimen de lesa humanidad por el movimiento contestatario estudiantil.

Empero, si bien el llamado Estado de derecho en su origen se remonta al liberalismo mencionado, lo cierto es que con el tiempo la humanidad aprendió que por ese camino se había dado paso a otros “Estados de derecho” dictatoriales y genocidas, que por el solo hecho de ser esto, no necesariamente constituyeron entes de carácter democrático y social, sino que, para que apareciera esta última peculiaridad, se requería que el derecho efectiva y eficazmente se defendiera por medio de un organismo con poder real de coerción (tribunal o corte constitucional autónomo, independiente, defensor eficaz y efi-

ciente, y en consecuencia lógica respetado y respetable con la razón de la fuerza jurídica más la fuerza pública con la punición legal) que hiciera que aquel estuviera realmente al servicio de la ciudadanía y no del poder político o económico de unos cuantos; por ello es que hablar simple y llanamente de un Estado de derecho hoy no tiene real significado axiológico reconocido ni valor histórico humanístico, ya que también pueden adoptar este carácter regímenes autoritarios, como sucedió bajo el nacionalsocialismo, fascismo, el socialismo real o estalinismo.

Se estima doctrinalmente que un Estado es de corte constitucional democrático<sup>20</sup> y social cuando el poder, además de estar reglado, conformado o simplemente ajustado a derecho (Estado de derecho), sirve eficaz y transparentemente de cara a la ciudadanía para todos y cada persona como garante del desarrollo de las potencialidades de su particularísima personalidad, incluso con diferentes preferencias sexuales.

Bajo esa perspectiva, hoy en día resulta de vital importancia tomar en cuenta al respecto que a pesar de los avances institucionales, políticos, tecnológicos, dogmáticos y teoréticos, estamos en México (señalado continuamente en la prensa internacional como uno de los países más corruptos del mundo) en presencia de un incremento nunca padecido del avance de la delincuencia organizada, la que cuenta con relaciones internacionales, por lo que se torna una medida urgente cambiar la estructura por medio de la cual el Estado y la sociedad deben hacer frente a dicha delincuencia, respetando la dignidad y los derechos humanos —aquí está epistémicamente el reto del reto—; es decir, se requiere plasmar las bases adecuadas para someter, desde la neoconstitucionalidad, al orden a ese mal social que nos aqueja, tales bases solamente pueden llevarse a cabo a través de una cultura ciudadana e institucional transparente y de rendición de cuentas, de valores, con actitudes condenatorias ante la corrupción y

<sup>20</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, pp. 13 y 14. Para el padre del garantismo existen dos modelos de Estado de derecho: el laxo, débil o formal correspondiente al empleo alemán de *Rechtsstaat* y, el segundo, correspondiente al uso italiano “vinculado al respeto de los principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales”.

la complacencia, con normas y leyes que estén al nivel de esta necesidad, para otorgar a la sociedad la seguridad a la que tiene derecho, soportando también la obligación de capacitar a los servidores públicos encargados de la procuración y administración de justicia, así como a postulantes, académicos y ciudadanía, para hacer cumplir los extremos a que nos obligan los valores y fines de un Estado constitucional democrático y social considerado desde la perspectiva garantista.

Como ya lo mencionamos, bajo la nueva cultura de la transparencia y la rendición de cuentas —totalmente ausente en el presidencialismo, a pesar de mencionarse (inútilmente, no sobra decirlo) desde 1977 en el artículo 6o. de la Constitución—, y en especial, los profesionales encargados de la procuración, administración e impartición de justicia penal necesitan poner todo su empeño en estudiar críticamente las doctrinas y bases en las cuales se pretende fundamentar la estructura y funcionamiento de la nueva tendencia procesal penal oral para encontrar respuestas, amenazas y oportunidades a las interrogantes que afloran.

Además, es necesario fijar nuestra atención en todas las críticas enderezadas en contra del actual sistema tradicional de justicia procesal penal en México,<sup>21</sup> y de esa manera podernos dar una idea más clara acerca de por qué es necesario apoyar nuevos códigos procesales penales,<sup>22</sup> ya que ellos deben ajustarse a las tendencias de una justicia transparente, pronta y expedita, fin del elevado principio previsto en

<sup>21</sup> Carrera Domínguez, José G., “La reforma al procedimiento penal y los juicios orales”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, *Panorama internacional sobre justicia penal. Temas diversos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 3-9. El autor señala “la sociedad civil exige un cambio al modelo anquilosado: se requiere hacerlo más operativo. Un sector académico y funcionarios judiciales, se suman a esa demanda... Hay principios que no se cumplen como la defensa adecuada, la readaptación social, el respeto de los derechos de víctimas e inculpados, la independencia no es atendida al no existir autonomía presupuestal, el MP no es autónomo, excesivo formalismo y ausencia de policía científica”. También se refiere al cambio del sistema inquisitorio al acusatorio bajo los principios del debido proceso, defensa adecuada, justicia pronta y expedita y presunción de inocencia; en conclusión se necesita la reformulación del derecho penal mínimo, certificación de abogados, juez de vigilancia y autonomía e independencia jurisdiccional.

<sup>22</sup> Por ejemplo, el del estado de Morelos fue promulgado apenas el 22 de noviembre de 2007 en el periódico oficial estadual *Tierra y Libertad*.

el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al analizar los fines del nuevo proceso penal oral, se necesita llevar a cabo críticas de su contenido, desde un punto de vista teórico y dogmático consistente en verificar que el procedimiento penal que se plantea sea receptor de una tradición humanista, y que se resuelva con equilibrio el conflicto de intereses a partir de un hecho delictuoso que afecta a diversos individuos, a título de probables responsables (*imputados*), víctimas u ofendidos, y a la sociedad en su conjunto. En este escenario adquiere particular relevancia la lucha dialéctica entre los extremos de la seguridad ciudadana: procuración de justicia y derechos humanos, cuya prospectiva radica en la deseada justicia *futurible* (conforme con esta ciencia constructora de escenarios futuros, es aquella que lógicamente se actualiza si y sólo si cumple con los requisitos de ser deseable y alcanzable) que teleológicamente busca el emergente Estado constitucional democrático y social de derecho mexicano.

Al hablar de derechos humanos se alude, por supuesto, tanto a los que corresponden al imputado como a los de la víctima u ofendido.

En el curso de los últimos años se han presentado cambios importantes y numerosos en el derecho procesal penal, tanto nacional como extranjero. En la mayoría de los casos, han sido impulsados por la necesidad de lograr eficiencia y eficacia, y hacer transparente el procedimiento, estableciendo con cuidado las facultades, atribuciones, derechos y deberes de quienes participan en él; mejorar las condiciones para que el Estado constitucional cumpla su misión de procurar, administrar e impartir justicia; profundizar en el conocimiento de los hechos punibles y la participación delictuosa, para arribar a una sentencia sapiencial, y hacer realidad el reiterado principio de justicia pronta y expedita, previsto —como ya fue mencionado— en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Además de todo lo expresado, es necesario hacer hincapié en diversos desarrollos que nacional e internacionalmente se han obtenido en el campo del derecho penal. A manera de ejemplo, basta recordar que desde 1981 el Estado mexicano se adhirió, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según aparece publicado en el *Diario Oficial de la*

*Federación* del 20 de mayo de 1981, en donde existe el compromiso de respetar lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 14 del pacto, que a grandes rasgos reza: “El dolo, la culpa y la preterintención deben ser probados. Mientras tanto, al individuo se le presumirá inocente”.

En otras palabras, desde hace más de un cuarto de siglo es obligación nacional e internacional, tanto del gobierno federal como de los estados de la República mexicana, el respetar el principio de inocencia del probable responsable, hasta en tanto no sea declarada su responsabilidad en una sentencia que cause ejecutoria.

También es de tomarse en cuenta que, con base en una política anticriminal avanzada, propia de un Estado constitucional democrático y social, un nuevo Código Procesal Penal debe plasmar dentro del mismo los principios básicos que debe contener todo ordenamiento penal moderno, como son, entre otros, el de legalidad, transparencia, economía, prontitud, inmediatez, respeto de la dignidad y derechos humanos del justiciable, el debido equilibrio entre los legítimos intereses y derechos del imputado, de la víctima u ofendido y la sociedad, así como el de la verdad histórica.

Por otra parte, cabe advertir la necesidad de revisar a fondo la penalización y despenalización del elenco típico que contienen los actuales códigos penales, tanto a nivel local como federal. Aunque este tema no es objeto de nuestro análisis, cabe hacer referencia al mismo, al considerar que es de primordial importancia tener en cuenta la naturaleza subsidiaria del derecho penal (*última ratio*). Por lo que debemos profundizar la revisión de aquéllos, y con esto evitar que perturbaciones leves a los bienes jurídicamente tutelados estén inmersas en el Código Penal o en leyes especiales.

Es decir, que si bien es cierto que a través de aquella rama del derecho se deben proteger los bienes jurídicos del individuo, de la familia, de la colectividad y del Estado mismo para mantener el orden social y jurídico, es pertinente, solamente en el caso de que haya existido la insuficiencia de otros medios de carácter no penal, la necesidad de tipificación de ciertas conductas, habida cuenta que las perturbaciones más leves del orden jurídico deben ser objeto de ramas del derecho distintas de la penal, pues una posición contraria da lugar al llamado “cinturón protector jurídico penal o terror penal”.

Aproximadamente hace tres mil años, Lao Tzu señalaba que: “El reino se gobierna con justicia, la guerra se lucha con sagacidad. Mientras más prohibiciones, más pobre será el pueblo, mientras más astucia más hechos extraños ocurrirán, mientras más leyes y decretos, más ladrones aparecerán”.<sup>23</sup>

Como ya lo hemos mencionado, dentro del contexto social que actualmente estamos viviendo, existe un marcado índice en el crecimiento de la delincuencia, el cual no solamente es exclusivo del quehacer del derecho penal, sino que se ve influenciado por la escasez de fuentes de trabajo, con más de la mitad de los mexicanos sumidos en la pobreza, por la opacidad, la falta de la cultura de rendición de cuentas y transparencia, escasas oportunidades educativas, mercado laboral de baja calidad, viviendas indignas, malos servicios hospitalarios, y comunicaciones, si no de esta clase, muy caras. Confucio<sup>24</sup> decía que “no encontraba diferencia entre una persona que mata con arma a otra, de aquella que lo mata con un palo, y tampoco encontraba diferencia alguna con aquél que mata de hambre a su pueblo”.

En lo particular, como partes del gremio del campo del derecho y como estudiosos en esta materia, necesitamos emplear todo nuestro empeño y reflexión para combatir el gran problema que se está viviendo con relación al aumento acelerado de la delincuencia organizada, innovar nuestro sistema de justicia penal, educar en los valores y desarrollar la cultura de la transparencia y rendición de cuentas.

Es necesario revisar exhaustivamente la base y práctica jurídicas por medio de la cual se vulneran los derechos de las personas que forman parte de nuestra sociedad, debiéndose perfeccionar nuestros procedimientos, normas, actitudes y leyes, con la debida participación de la ciudadanía, en especial de los servidores públicos encargados de procurar, administrar e impartir justicia, y de los postulantes, para que en un futuro no lejano los individuos que delincan sean rehabilitados y no solamente se les imponga una sanción privativa de libertad como panacea a la solución del problema, sino que se lleven a cabo cambios trascendentales que logren reintegrar a esos individuos

<sup>23</sup> Nesh, Ernesto, *Tao Te King de Lao Tzu*, México, Distribuidora Yug, 1994, p. 68.

<sup>24</sup> Leslie, Daniel, *Confucio*, Madrid, EDAF, 1991, p. 88.

que han perdido en un momento la rectitud social del deber ser, dentro del parámetro que busca nuestra sociedad para la correcta convivencia, y logre cumplir en todo tiempo el Estado con una obligación resocializadora, pues si bien es cierto, que “aquél que ultraja el patrimonio de otro apoderándose de un bien mueble que no le pertenece, se le denomina ladrón; no lo es menos que aquél que ultraja la justicia, se le denomina tirano”.<sup>25</sup>

De lo expuesto con antelación, es necesario imponer a los delincuentes, además de la pena privativa de libertad, sustitutivos que cumplan cabalmente con el objetivo del quehacer penal; es decir, con la prevención general y con la verdadera rehabilitación del reo, ya que no basta incrementar las sanciones de prisión para frenar el fenómeno delincencial, sino que se necesita individualizar la sanción a través de todos los recursos con que el Estado cuente, y de esa manera resulte ser congruente tanto la pena de prisión, como los sustitutivos, y en su caso, las medidas de seguridad que deban imponerse al condenado busquen que al reo se le brinde la oportunidad de rehacer su vida dentro de nuestra sociedad; de tal suerte que se pueda abatir efectivamente el fenómeno de la delincuencia.

En el campo práctico, ciudadanía, servidores públicos, así como los juristas en general deben de llevar a cabo una verdadera crítica científica a las propuestas de un nuevo Código de Procedimientos Penales, pues es bien sabido que, para que exista avance en cualquier ciencia, se requiere comprender el saber dado mediante la captación de un saber adicional dialéctico,<sup>26</sup> para obtener un resultado del saber empírico-técnico. Realizando epistemológicamente reflexiones acerca del alcance de la norma vigente, para estar en posibilidades de conocer a qué sistema debe pertenecer y al por qué y para qué se proponen los cambios, de tal suerte que se logre el dominio de los conceptos<sup>27</sup> generales correspondientes al estudio que se desarrolla.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>26</sup> La dialéctica es la disciplina filosófica dinámica que trata de la realidad, su comprensión y explicación, por medio de la razón de la lucha de los contrarios y de sus leyes epistémicas. Ordena las verdades o teoremas dentro de una acción a través del encadenamiento de los hechos. Véase el *Diccionario de filosofía* de Ferrater Mora, posiblemente el mejor en su género en español.

<sup>27</sup> El doctor Abelardo Rojas Roldán señala que “el análisis del lenguaje nos lleva a concebir la realidad de cierto modo. Detrás de las palabras hay realidades. Ahora

En este punto cabe citar como ejemplo la fórmula del éxito japonés, pues el cumplimiento del quehacer depende del dominio de la técnica básica de la disciplina que se trate. Por lo tanto, creemos prudente primero ponernos a estudiar el contenido de las tendencias para la elaboración de un nuevo Código de Procedimientos Penales, antes de proponer los cambios o ajustes que se requieran.

Hay que recordar que la función del legislador lleva implícita el deber y la responsabilidad de crear leyes que garanticen la adecuada regulación de los bienes jurídicos que constituyen el sustento y la base de la sociedad a la que pertenecemos. Nuestra labor como estudiosos del derecho exige estar orientada a buscar modelos normativos capaces de corregir las limitaciones de las instituciones jurídicas vigentes y adecuarlas a las condiciones sociales, axiológicas, teleológicas, económicas, culturales, políticas, entre otras, que prevalezcan, y así proponer desde la sana crítica propositiva las innovaciones que se requieran, siempre bajo la discusión reflexiva de los justiciables. Sin embargo, cabe recordar que la reforma al sistema de justicia penal no es la panacea para acabar con la delincuencia, sino que los cambios socioeconómicos así como un nuevo código de procedimientos penales deben ser un instrumento útil para tal efecto, el cual se tiene que apoyar en una nueva cultura ciudadana e institucional de rendición de cuentas y transparencia, legalidad y responsabilidad, con la consiguiente profesionalización de los servidores públicos encargados de procurar, administrar e impartir justicia.

La implementación del denominado juicio oral en materia penal en sí mismo no es un avance como tal, toda vez que el sistema tradicional en México es un procedimiento mixto; es decir, escrito y oral, y quizá con una proporción mayor de oralidad. Lo que marca el avance es, en principio, la transparencia y rendición de cuentas implícitas ante la ciudadanía, la construcción de una cultura ciudadana interesada en lo judicial y jurisdiccional cotidiano, el hecho de un

bien, el lenguaje y en especial las palabras son etiquetas, por decirlo así, con las que distinguimos conceptos. Estos últimos son las representaciones mentales que tenemos de todas las personas y los objetos. El concepto es el órgano del conocimiento de la realidad. Las formas de la realidad corresponden exactamente a los conceptos que forja la mente. Por lo tanto, hay que distinguir entre el concepto, la palabra y el objeto a describir". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. XLIV, enero- abril de 1994, p. 184.

cambio de fisonomía en sus tribunales, la aplicación de avances tecnológicos de punta durante el desarrollo del proceso; es decir, la utilización de grabaciones, computadoras, archivos electrónicos, entre otros, que hacen más fácil y eficiente la labor forense. No debe pasar inadvertido el hecho de que la mayoría de los estudiosos, en este tipo de sistemas, basa la mejora del mismo en situar a las autoridades encargadas sobre todo de la investigación de los delitos, como autoridades poco confiables, motivo por el cual tratan de desconocer el valor de las actuaciones que realizan los policías o del Ministerio Público.

Sin embargo, consideramos que ello no debe ser así. Sostenemos que si existe desconfianza en el actuar de los servidores públicos encargados de procurar o administrar justicia la solución es hacer frente a ese problema con transparencia, eficacia y eficiencia, contando con gente capaz y honesta, existiendo desde ya, la posibilidad de sancionar a todo aquel servidor público que no cumpla cabalmente con su deber.

En efecto, los órganos de control y vigilancia existentes, tanto en el ámbito de la procuración de justicia como en el Poder Judicial, cuentan con las suficientes facultades para revisar y en su caso sancionar a todo servidor público que abandone el deber ser. Además de lo anterior, tanto las entidades federativas de la República mexicana, como en el ámbito federal cuentan con sus respectivas comisiones de derechos humanos, y por ende los gobernados incluso pueden recurrir inclusive a instancias internacionales para hacer valer sus derechos, en caso de que la autoridad local o federal hagan caso omiso de sus reclamos. Por ello, el nuevo procedimiento penal no debe ser estudiado con la esperanza de evitar una mala actuación del servidor público, sino que exige aplicarse como un sistema transparente, eficiente y eficaz para lograr una justicia pronta y expedita. Es necesario también hacer hincapié en que la tendencia en los nuevos códigos de procedimientos penales es la de implementar un sistema novedoso en el proceso penal mexicano, es decir, el sistema acusatorio.

Ante este panorama, debemos centrar nuestra atención en las fuentes de donde surgen las reformas realizadas y que pretenden innovar al procedimiento penal, las que se encuentra tanto en el juicio basado en la oratoria y retórica de los griegos y latinos (en la Época

Republicana, en especial en Roma), y retomada en la modernidad por los países anglosajones, los cuales rechazaron la fórmula de la codificación, permaneciendo vinculados ellos a una concepción en donde la jurisprudencia es la fuente de las determinaciones o sentencias. Es decir, no fundamentan sus resoluciones con base en la norma elaborada por el legislador, y perfeccionada por la doctrina y la interpretación de la misma, por ende, no existen normas imperativas o supletorias a las que deban constreñir sus fallos, siendo impensable para ese tipo de sistemas una codificación como la nuestra.

Al estar basadas las decisiones en ese sistema por razones del precedente, lo convierte en un sistema abierto, en donde se permite resolver cualquier cuestión que se plantee sin existir normas sustantivas; es decir, no es una técnica interpretativa de las normas jurídicas, sino que a través del caso concreto se proponen descubrir la denominada *legal rule*, para aplicarla al caso concreto o resolver el asunto con los precedentes que norman el sistema denominado *Common Law*.

El aspecto totalmente casuístico que asume aquel sistema es obvio que produce numerosas lagunas, las cuales son resueltas a través de la razón como fuente subsidiaria del derecho. Resume lo anterior el pensamiento del juez sir Edward Coke (1552-1634), quien dijo: “La razón es la vida del derecho, no siendo el *Common Law*, otra cosa que la razón”.

Los sistemas jurídicos que tienen su fuente en la familia romano-germánica-canónica, como el nuestro, son sistemas cerrados, en donde se destaca su derecho escrito bajo la forma legislativa de elaborar el mismo. En estos sistemas, la razón se utiliza para la elaboración de las normas jurídicas y para su interpretación, quedando en nuestro sistema jurídico, como mencionamos, prohibida por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la aplicación de la analogía y la mayoría de razón en materia penal.

El juzgador requiere de dos cualidades supremas: prudencia, que es la capacidad de distinguir el bien del mal y, más que inteligencia, sapiencia; cuando hablamos de sabiduría sabemos que es un tema por demás difícil de abordar, pues rebasa con mucho la capacidad de los autores, la comprendemos primero que nada en relación con la reflexión como hábito, así el sabio es el ser humano reflexivo, el que busca la razón de la razón, la profundidad en las preguntas y respuestas,

el socrático ser que reconoce su infinita ignorancia y su pequeño saber; para trabajar sobre este tema podemos, sin embargo, kantianamente subirnos en los hombros de los gigantes de la reflexión para poder ver más lejos y con mayor claridad al respecto; un libro que nos auxilia al respecto es de quien está considerado por muchos como el más distinguido crítico literario de hoy: Harold Bloom (Nueva York, 1930), de quien recomendamos en especial *El canon de Occidente, Cómo leer y por qué* y en lo referente a este tema *¿Dónde se encuentra la sabiduría?*, dedicado a ese gran filósofo estadounidense de la Universidad de Stanford, California, quien fue Richard Rorty (1931-2007), en donde nos habla de la escritura sapiencial en los hebreos con Job y el *Eclesiastés*; entre los griegos, desde Homero a Sócrates o Platón;<sup>28</sup> incluye a Cervantes, Shakespeare, Montaigne, Francis Bacon, S. Johnson, Goethe, Emerson, Nietzsche, Freud y Proust. Por nuestra parte, nos atrevemos a trabajar con mucho respeto este tema, al considerar que la sabiduría tiene como principal enemiga a la soberbia, así no es la ignorancia su adversaria, como generalmente se considera; como ejemplos, tan sólo mencionaremos que Nicolás de Cusa en su obra *De la docta ignorancia* señala que el principio de la sabiduría es reconocer con sencillez la propia ignorancia, así en el *Libro de la sabiduría*, atribuido al rey Salomón, se aconseja: pídele al señor, tu Dios, humildemente sabiduría; que el camino de la sabiduría es la humildad; al respecto, Aristóteles afirma que una vida sin reflexión no vale la pena ser vivida, y que mientras el ignorante afirma absolutamente, el sabio duda y reflexiona; Isaac Newton, en el siglo XVIII, sostuvo que “lo que sabemos es una gota, lo que ignoramos el océano”; en el Siglo de Oro de la literatura española, Baltasar Gracián (1601-1658) afirmó que el primer paso de la ignorancia es presumir de saber; para Immanuel Kant (1724-1804), mientras el sabio cambia de criterio, el necio nunca; por su parte, más recientemente Jorge Luis Borges (1899-1986) imaginaba el paraíso como una gran biblioteca; desde lo que hoy se conceptualiza como la inteligencia emocional, basada en la teoría de las inteligencias múltiples<sup>29</sup> del profesor de la Universidad de Harvard, Howard Gardner, en el siglo XVII el filósofo fran-

<sup>28</sup> Blom, Harold, *¿Dónde se encuentra la sabiduría?*, Madrid, Taurus, 2005, p. 39.

<sup>29</sup> Gardner, Howard, *La nueva ciencia de la mente. Historia de la revolución cognitiva*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 87.

cés Blaise Pascal (1623-1662) visionariamente afirmó que el corazón tiene razones que la razón desconoce; de acuerdo con todo lo anterior, nuestros nuevos códigos procesales requieren sapiencia, recuperar nuestra historia romano-germánica, también —en lo que convenga— las aportaciones angloestadounidenses, y sobre todo, desarrollar una nueva cultura ciudadana e institucional de rendición de cuentas y transparencia para obtener como resultado una verdadera procuración y administración de justicia sapiencial (no tecnócrata) pronta y expedita. Estamos concientes de que hoy estamos construyendo y deconstruyendo una nueva cultura, nunca vista antes, de rendición de cuentas y transparencia en materia sustantiva y adjetiva penal.

### III. CONCLUSIÓN

Dentro de los grandes retos para la implantación de los juicios orales en materia penal en nuestro país podemos identificar los siguientes: *a)* Reconocer e incorporar la tradición grecolatina desde la oratoria y la retórica, a la luz de las aportaciones de Chäim Perelman en la recuperación de la retórica después de siglos de desprestigio,<sup>30</sup> Theodor Viehweg con su tópica,<sup>31</sup> S. Toulmin con su lógica dialéctica<sup>32</sup> y Manuel Atienza con sus razones y argumentación del derecho,<sup>33</sup> entre otros; *b)* Aprovechar la experiencia angloestadounidense; *c)* Contextualizarlos bajo la globalización y el Estado constitucional mexicano en construcción; *d)* Tomar en cuenta la necesidad de construir una cultura participativa, bajo la transparencia y rendición de cuentas entre los ciudadanos, los operadores del derecho (desde la magistratura y la postulancia), la academia y los medios masivos de comunicación; *e)* El avance del derecho cosmopolita como defensor protagónico internacional de la dignidad y los derechos humanos, y *f)* La nueva conceptualización del juzgador como persona totalmente comprometida con el desarrollo socioeconómico, jurídico, político y cultural del país.

<sup>30</sup> Perelman, Chäim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, p. 38.

<sup>31</sup> Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986, p. 29.

<sup>32</sup> Toulmin, Sthepen *et al.*, *An Introducción to Reasoning*, Nueva York, MacMillan, 1984, p. 3.

<sup>33</sup> Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 11, p. 61.

## IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ, J., *La Constitución del Estado constitucional*, Bogotá, Temis, 2004.
- ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- BLOM, Harold, *¿Dónde se encuentra la sabiduría?*, Madrid, Taurus, 2005.
- DEHESA DÁVILA, Gerardo, *Introducción a la retórica y la argumentación*, 4a. ed., México, SCJN, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.
- , *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1999.
- GARDNER, Howard, *La nueva ciencia de la mente. Historia de la revolución cognitiva*, Barcelona, Paidós, 1996.
- GONZÁLEZ IBARRA, J., *Epistemología jurídica*, México, Porrúa, 2001.
- , *Metodología jurídica epistémica*, México, Fontamara, 2005.
- GROSSI, Paolo, “La recuperación del derecho”, *Metapolítica*, México, núm. 55, 2007.
- , *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- *et al.*, *La constitucionalización de Europa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- LESLIE, Daniel, *Confucio*, Madrid, EDAF, 1991.
- MOLES, A., *Las ciencias de lo impreciso*, México, Miguel Ángel Porrúa-UAM, 1994.
- NESH, Ernesto, *Tao Te King de Lao Tzu*, México, Distribuidora Yug, 1994.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1981.
- PERELMAN, Chäim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979.
- Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, t. XLIV, enero-abril de 1994.

TOULMIN, Stephen *et al.*, *An Introduction to Reasoning*, Nueva York, MacMillan, 1984.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2008.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986.