

CAPÍTULO 4

**PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN
EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA
PENAL: UN BREVE REPASO**

Cedma González Andrade

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL: UN BREVE REPASO

Cedma González Andrade ⁸

SUMARIO

I. Revista sobre los derechos fundamentales, A) Los derechos y garantías; B) Las generaciones de los derechos fundamentales, C) Sobre los principios que rigen los derechos humanos; II. Revista sobre la reforma constitucional al sistema de justicia penal; A) Los principios, B) Las características; C) Los mecanismos complementarios; III. Correlación entre los principios de la reforma penal y el estado garantista; A) Transparencia/publicidad de las actuaciones dentro del proceso penal; B) Justicia alternativa; C) Argumentación como base de la oralidad en los juicios penales; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

Resumen

El propósito general de este ensayo es el de sustraer analíticamente los principios constitucionales del nuevo sistema de justicia penal acusatoria, para correlacionarlos con los del estado democrático contemporáneo. Tarea que conlleva un repaso generalizado de la reforma en comento, al tiempo que conduce a la comprensión integral del fenómeno jurídico.

Palabras clave

Principios constitucionales, transparencia, medios alternos de solución de controversias, interpretación, argumentación.

⁸ Doctora y maestra en derecho por la UNAM. Investigadora de la Universidad Veracruzana.

I. Revista sobre los derechos fundamentales.

Abordar el tema de los derechos fundamentales en relación al sistema de justicia penal en México, que ha venido implementándose en etapas y ritmos diversos, según la entidad federativa que se analice, nos remite por un lado, a lo que parece la natural correlación de la materia penal con el estado de derecho garantista que ha venido moldeándose a partir de la ola de reformas constitucionales estructurales de los últimos años.

Por otro lado, esta reforma en materia penal constituye la respuesta del estado mexicano, a las diferentes demandas tanto internas (de la sociedad civil) como de los organismos internacionales de derechos humanos, en el sentido de la innegable opacidad, dilación, impunidad y en muchos casos, imposibilidad de acceder a un sistema de justicia eficiente y eficaz.

Al situar a los derechos fundamentales como el centro de convergencia por el que pasa todo lo que ocurre en el mundo social y jurídico, el impacto es multidisciplinario, y por cuestiones de la importancia de la materia penal y de su consabida opacidad, también debía tener modificaciones profundas.

Nos situamos en un modelo de sistema jurídico garantista, que pasa de una metodología de corte formalista a una propuesta de corte funcional y sociológico que tiene entre sus principales fundamentos la reforma sobre derechos humanos y juicio de amparo de junio de 2011; la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco de 23 de noviembre de 2009, y el Expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de julio de 2011, en las cuales se establecen con gran claridad

los principios rectores de los derechos fundamentales, su interpretación y aplicación, no obstante la sentencia sobre contradicción de tesis 293/2011 sobre la jerarquía de tratados internacionales en el ámbito constitucional, emitida por la Suprema Corte de Justicia en el mes de septiembre de 2013.

En tal sentido, el propósito de este ensayo es la identificación de los principios constitucionales que al menos en nuestra mirada, representan el fundamento del estado de derecho democrático, y que por tanto constituirán pautas importantes de seguimiento en su aplicación.

Iniciando, con un brevísimo repaso sobre los principios que analizaremos, recordamos que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. (Ferrajoli, 1999, Pp. 10-13).

Entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones, de respetar) adscrita a un sujeto por una norma jurídica;

Y por *status*, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Considerando que a cada valor le corresponde un derecho subjetivo y que en todo caso, a cada derecho natural le corresponde un derecho positivado.

A) Los derechos y garantías.

El derecho es una concepción sustantiva, relativa al contenido y la garantía es una concepción adjetiva que tiene referencia al medio para hacer eficaz el derecho, esto es, para devolverlo a su estado original, antes de que fuera violado o no respetado. (Fix-Zamudio, 2005, p. 178 y ss).

Esto último es de especial relevancia si consideramos la materia penal, pues precisamente este punto de reparar o restaurar las cosas al estado en que se encontraban, o bien, operar eficazmente la indemnización que corresponda, se convierte ahora en uno de los pilares del nuevo sistema acusatorio.

Podemos sumariamente identificar que las garantías en el estado de derecho moderno, hacen referencia a las garantías individuales del gobernado, es decir, a los derechos de libertad (primera generación).

Y las garantías en el estado contemporáneo de derecho constitucional, hacen referencia a los medios de defensa de los derechos fundamentales, ya sean procedimientos jurisdiccionales o administrativos y no jurisdiccionales (en este rubro se incluyen todos los que se desahoguen a través de los procedimiento contencioso/administrativo en estricto sentido; aquellos que están a cargo de los Ombudsman por violaciones de naturaleza administrativa; y también los Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC).

Medios alternos que en un análisis extensivo incluyen los privados y los públicos, y que abarcan un sinnúmero de materias jurídicas, desde derechos ambientales y de consumidores, pasando por actos comerciales, entre muchos otros, y muy recientemente incluso en algunos casos de la materia penal.

En el estado constitucional de derecho, el concepto para acuñar la referencia a las garantías individuales, es precisamente el de derechos fundamentales.

B) Las generaciones de los derechos fundamentales

En términos de la teoría sobre derechos humanos, identificamos:

- 1) Derechos de primera generación / civiles y políticos.
- 2) Derechos de segunda generación / sociales, económicos y culturales.
- 3) Derechos de tercera generación / difusos y colectivos.

La primera generación de derechos fundamentales es fruto del liberalismo político del siglo XVIII, que se instaura en las primeras constituciones escritas (construcción del estado de derecho moderno).

Los derechos de segunda generación están constituidos por los derechos económicos, sociales y culturales del hombre.

Se reconocen en los textos normativos a principios del siglo XX, particularmente cuando el Constituyente de 1917 en México incluye en su articulado los derechos que son fruto de las luchas sociales por las condiciones de los trabajadores y el reparto de tierras.

Corresponde al Estado una obligación de hacer, dado que tales derechos tienen que realizarse a través o por medio del Estado.

El Estado debe actuar como promotor y protector de bienestar económico y social, es decir, convertirse en el garante del

bienestar de todas las personas dependientes de su jurisdicción, para que éstas desarrollen sus facultades al máximo, individual y colectivamente.

En el caso de los derechos colectivos e intereses difusos o derechos fundamentales de tercera generación, distinguimos: (Barbosa, 1992, p. 235).

- 1) Derechos colectivos: son aquellos que corresponden a una colectividad determinada, es decir, a un grupo humano determinado que tiene características comunes, en virtud de que existe un vínculo (jurídico). Por ejemplo, las sociedades mercantiles, el sindicato, el condominio, las comunidades indígenas, entre otros.
- 2) Intereses difusos: Son aquellos que pertenecen a una comunidad indeterminada, entre los cuales no existe una relación jurídica base. Inciden en factores de hecho frecuentemente genéricos, accidentales y mutables.

Como características comunes a los derechos colectivos y los intereses difusos, se encuentran su transindividualidad y su naturaleza indivisible.

Por lo que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo, constituye la lesión de la comunidad entera.

Por su parte, una de las diferencias entre los derechos colectivos y los intereses difusos es que estos últimos pertenecen a una comunidad de personas indeterminadas, entre las cuales no existe relación jurídica base.

Mientras que en los intereses colectivos la comunidad de personas si es determinada o determinable, en la medida en que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y en que además, existe una relación jurídica base entre estas y un tercero.

Algunos ejemplos de intereses colectivos son los derechos étnicos, los derechos de consumidores así como sus reparaciones e indemnizaciones. Sobre los difusos podemos mencionar el derecho a la paz, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

A manera de repaso, traemos a colación la identificación que hace el maestro Jorge Witker (2010) en relación a que la primera generación de derechos se refiere a los derechos civiles o derechos contra el Estado.

La segunda, es sobre los derechos políticos o derechos a participar en el Estado.

La tercera, tiene que ver con los derechos económicos, sociales y culturales o derechos crédito.

Y la cuarta con los derechos de solidaridad, es decir, los derechos por encima del Estado. El destinatario es el género humano, por ejemplo el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la paz, el derecho a la autodeterminación de los pueblos (sistema de jurisdicción internacional).

C) Sobre los principios que rigen los derechos humanos.

Bajo esta perspectiva, en conexión natural con la propia reforma constitucional de 2011, el sistema penal acusatorio queda implícita e intrínsecamente ligado a los propios

principios que rigen para los derechos fundamentales y que quedaron previstos en el artículo 1º constitucional, a saber:

- 1) El principio de universalidad, según el cual se procura la observancia de un mínimo común en todo el mundo, de ciertos derechos fundamentales. (Sagües, 2006, p. 219)
- 2) El principio de interdependencia, que nos refiere que por la naturaleza especial del ser humano, los derechos son indivisibles y por tanto no deben limitarse a los previstos en el texto normativo positivo, refiriendo que la tutela del valor de la persona no puede tener límites (Hitters y Fappiano, 2007, p. 54)
- 3) El principio de indivisibilidad, por el que se advierte la imposibilidad de aducir la separación de los derechos al hacer una interpretación o defensa de los mismos, debiendo entenderlos como mencionamos previamente, entidades de unidad y no como entidades divididas.
- 4) Y el principio de progresividad, conforme al cual entre las diversas alternativas para aplicar la norma, debe elegirse, en todos los casos y en cualquier tiempo futuro, aquella que restrinja en menor medida el derecho en cuestión. (Sagües, 2006)

Considerando que tales principios resultan aplicables tanto al sistema interno como al supranacional de justicia, en los ámbitos:

- 1) Jurisdiccional,
- 2) Administrativo, y de
- 3) Organismos no jurisdiccionales.

II. Revista sobre la reforma constitucional al sistema de justicia penal.

La metodología para continuar el análisis en el presente ensayo se basa en la identificación de los principios y características generales del nuevo sistema penal acusatorio, correlacionando tales principios, con los de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, desde una perspectiva que desde luego, no sólo es muy particular, sino que además podría en cada rubro desarrollarse con mucho mayor profundidad, conforme se vaya aplicando en el tiempo.

Con la reforma de 18 de junio de 2008 publicada en el Diario Oficial de la Federación, se lleva a cabo la incorporación del sistema procesal penal acusatorio, mismo que representa un cambio en las reglas del procesamiento en beneficio de las expectativas de un estado de derecho democrático.

Una reforma tan profunda, tiene como propósito modificar no solamente las reglas del proceso o las previsiones legales, sino que trasciende a un cambio en la cultura de la propia sociedad mexicana, entendiendo por cultura, un código de creencias, valores compartidos que se transmiten a través de significados sutiles y subliminales (Basañez, 2010).

Valores que por tanto, son cambiantes y se modifican al ritmo de la sociedad misma.

Tiene que ver con el proceso de interiorización de la norma, para que se ejerza plenamente requiere que la sociedad a la que se aplique, lo acepte y tenga confianza en el sistema, sus instituciones y sus operadores.

A) Los principios.

Como principios de esta reforma encontramos los prescritos en el artículo 20 constitucional, a saber (Consejo de la Judicatura Federal, 2011):

- 1) Publicidad, todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público.
- 2) Contradicción, que consiste en el indispensable interés de someter a refutación y contraargumentación la información, actos y pruebas de la contraparte.

Equilibrada confrontación que materializa el sistema de pares, pues en un procedimiento marcadamente contradictorio, toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes.

- 3) Concentración, que se entiende como la posibilidad de desarrollar la máxima actividad del procedimiento en la audiencia del juicio oral, o en el menor número posible de sesiones. El derecho a un juicio sin interrupciones o dilaciones injustificadas. El desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal.
- 4) Continuidad, en la presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales previstos en la ley.
- 5) Inmediación, entendido como la actividad propia del juzgador de presenciar de manera directa y personalísima la recepción o desahogo de pruebas y de

los alegatos de las partes, debiendo regir para todo vínculo de los intervinientes en el proceso. Considerando que la inmediatez tiene que ver con la cercanía de la prueba a los hechos (se trata de un tema de temporalidad), a diferencia de la inmediación, es un tema de conexión, de cercanía, de autenticidad en cuanto a que el juez conozca directamente la prueba, y no a través de intermediaciones.

Como vemos, el nuevo sistema se basa en actos concentrados y continuos que procuran la inmediatez. Se constituye como un sistema de partes, que advierte la necesaria contradicción entre ellas, en el que cada una ejerce sus habilidades y argumentos para el logro de sus objetivos.

Retomando lo que establece la Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que sostuvo que las garantías englobadas dentro del debido proceso deben respetarse en tres momentos: 1. Al momento de la detención, 2. En el desarrollo de procedimientos judiciales y 3. En el cumplimiento de una medida reeducativa o de internamiento (incluso la prisión).

B) Las características.

Como características del proceso penal, se encuentran las de:

- 1) Acusatoriedad, por lo que las facultades de investigación, acusación y juzgamiento están claramente separadas.
- 2) Adversarialidad, referimos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado al reconocer que el derecho a un juicio

adversarial contradictorio significa que los principales contendientes (fiscal y defensa) tengan la misma oportunidad de conocer y comentar las observaciones documentadas y evidencias aducidas por la otra parte (igualdad entre las partes / igualdad en derechos).

- 3) Oralidad, tomando en cuenta que en el proceso dialéctico prevalecen la idea de debate, de controversia, de contradicción, entonces será la síntesis dialéctica de la actividad de las partes encaminada a velar por los intereses que representan.

C) Los mecanismos complementarios.

Estableciendo como nuevos mecanismos complementarios dentro del proceso penal, aquellos alternativos de salida o de culminación anticipada del proceso en sentido estricto, o bien, los mecanismos alternos de solución de conflictos penales, tales como la mediación y la conciliación.

Como soluciones anticipadas al proceso penal que evitan llegar al juicio oral, una vez iniciado el proceso, se reconoce por parte del inculpado la comisión del hecho, y se llega a una forma de acuerdo de como restaurar el daño, pudiendo alcanzar una suspensión condicionada del proceso o una resolución con efectos atenuados.

La otra forma tiene que ver con los acuerdos reparatorios, que se reservan a cierta clase de delitos, donde los bienes jurídicos son generalmente disponibles y sólo se afectan los intereses del directamente agraviado particular, caso en que con autorización del juez se puede llegar a un acuerdo reparatorio o restauratorio.

En soporte de lo anterior, la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas establece los

principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa.

Una vez que hemos esbozado de forma muy genérica, pero sin duda esquemática, los principios, características y mecanismos del nuevo sistema acusatorio, los correlacionamos con los principios constitucionales del estado de derecho garantista, que nos estarían posicionando en un paradigma diferente al del estado formalista.

III. Correlación entre los principios de la reforma penal y el estado garantista.

A) Transparencia / publicidad de las actuaciones dentro del proceso penal.

Un derecho fundamental que puede contraponerse a la corrupción que colma un país como el nuestro, es precisamente la transparencia de los procedimientos y operaciones realizadas por entes públicos y entes privados que en todo caso implican consecuencias de beneficio o perjuicio hacia particulares.

Sin descontar los indiscutibles avances de la reforma constitucional de 2011 en relación a la procedencia del juicio de amparo como medio por excelencia para la defensa de los derechos humanos y la referencia a la procedencia de los medios alternos por parte de asociaciones civiles y grupos específicos, en ciertas materias y cumpliendo ciertas condiciones, de manera plena, la realidad es que en México, los derechos fundamentales no son directamente oponibles a particulares; y específicamente en el caso de la publicidad de las actuaciones judiciales, nos hemos caracterizado por una opacidad infinita.

En tal sentido, se siguen imponiendo limitaciones al ejercicio extensivo de las prerrogativas de acceso a la información y

publicidad, que al menos en materia penal, quedarían mejor colmadas de aplicarse cabalmente el principio de transparencia de la reforma en comento.

Como nos señala el doctor Ernesto Villanueva (2011) el derecho a la información abarca las relaciones entre Estado, medios y sociedad, así como los alcances y límites del ejercicio de las libertades de expresión y de información y el derecho a la información a través de cualquier medio.

El derecho a la información incluye diferentes supuestos, como son:

- 1) El derecho a atraerse información, que incluye facultades de acceso a los archivos, registros, documentos públicos; así como la decisión de qué medio se lee, escucha o contempla.
- 2) El derecho a informar, incluye libertades de expresión y de imprenta, así como la constitución de sociedades y empresas informativas.
- 3) El derecho a ser informado, incluye facultades de recibir información objetiva, oportuna y veraz, la cual debe ser completa y con carácter universal.

Por su parte existe también una diferencia entre transparencia y acceso a la información pública.

La transparencia significa que las razones de toda decisión gubernamental y administrativa, así como los costos y recursos comprometidos en esa decisión y su aplicación, están accesibles, son claros y se comunican al público en general.

No se trata solamente de exponer cifras, datos, referencias y cuadros, la transparencia apunta principalmente a conocer la

información precisa y clara para la toma de decisiones; conocer de manera directa la razonabilidad que aplican los jueces en sus resoluciones durante el desarrollo de un juicio; la publicidad de las audiencias, la motivación y argumentación de los jueces y las partes; así como el conocimiento veraz por parte de los ciudadanos para la exigibilidad de la rendición de cuentas, que en el caso proceda.

B) Justicia alternativa.

¿Qué podemos entender por justicia alternativa?, es la interrogante con la que me parece interesante iniciar este apartado.

Tradicionalmente, hemos reconocido como vía por excelencia para el acceso a la justicia el de las garantías jurisdiccionales, esto englobaría todo aquello que conocemos como los juicios, ya sean en materia civil, penal, mercantil, amparo, entre otros.

No obstante, el estado garantista de derecho nos obliga a reconocer medios diversos que nos lleven al mismo propósito, acceder a la justicia, reparar el daño, indemnizar adecuadamente a la víctima, por citar los más comunes.

En tal sentido, señalamos que las formas para llegar a la solución de un conflicto, en principio pueden ser:

- 1) De carácter privado, o bien
- 2) De carácter público.

Haciendo referencia a la doctrina, prevalecen dos categorías:

- 1) Medios autocompositivos, que consideran la solución a la controversia propuesta por uno o por ambos

elementos subjetivos parciales (partes), llegando a un acuerdo/arreglo que es aceptado por ambos.

- 2) Medios heterocompositivos, en los que la solución al conflicto es dada por un tercero ajeno al problema, siendo que dicho tercero resuelve de forma vinculativa la controversia.

De tal forma, la solución a los conflictos, además de las múltiples garantías (procedimientos adjetivos) previstos en la Constitución, a grandes rasgos, pueden tener cualquiera de las combinaciones anteriores; privados y autocompositivos, como sería una conciliación comercial; privados y heterocompositivos, tales como un arbitraje entre dos empresas celebrado ante una Cámara de Comercio; públicos y autocompositivos, como lo es la conciliación que se desahoga ante la Procuraduría Federal del Consumidor entre proveedores y consumidores; y públicos y heterocompositivos, como lo es un arbitraje que se lleva a cabo ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico; o bien, como un juicio penal que resuelven los juzgados en la materia.

En refuerzo de lo anterior, destacamos que en relación al rubro administrativo, el Comité de Derechos Económico Sociales de la Organización de las Naciones Unidas, Observación General número 9 en correlación con el artículo 17 constitucional sobre Medios Alternos de Solución de Controversias, establece que:

Paralelo a la creación de recursos judiciales, el Comité implementó un concepto más amplio al que denomina “recursos legales”, considerando así a los recursos administrativos, debiendo ser: accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces, dejando a salvo la posibilidad de plantear una apelación judicial (léase procedimiento contencioso administrativo/medios alternos de solución de controversias).

En la misma tesitura, con publicación en el Diario Oficial de la Federación de fecha 29 de julio de 2010, el artículo 17 constitucional fue reformado para establecer la:

- 1) Regulación de acciones colectivas, dejando la competencia a los jueces federales, así como la determinación de las materias a la legislación secundaria.
- 2) Regulación sobre mecanismos alternos de solución de controversias.

Siendo así, la reforma constitucional al sistema de justicia penal prevé los mecanismos alternos de solución de controversias para (Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, 2007): ¹¹

- 1) Cambiar al paradigma de la justicia restaurativa.
- 2) Propiciar una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí.
- 3) Privilegiar la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo.
- 4) Que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño.
- 5) Despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

Se colocan así, mediación y conciliación penales, como garantías adicionales de acceder a la justicia de forma más eficiente y menos dilatada (ONU, 2006)

Entendiendo que en el caso de la mediación penal, se trata de un programa restaurativo, en el cual un tercero, denominado facilitador, sin intervenir en las decisiones de las partes víctima-victimario, facilita la vía del diálogo y el acuerdo común, a fin de que al primero se le repare el daño y el segundo se reincorpore a la sociedad.

Por otro lado, la conciliación penal constituye un programa restaurativo, en el cual un tercero, denominado facilitador, interviene en las decisiones de las partes víctima-victimario, facilita la vía del diálogo y el acuerdo común a fin de que al primero se le repare el daño y el segundo se reincorpore a la sociedad.

Por tanto, la diferencia entre mediación y conciliación radica en la participación que lleva a cabo el facilitador; en la mediación conduce el proceso pero no interviene directamente y en la conciliación sí puede sugerir pautas de acuerdo.

C) Argumentación como base en la oralidad de los juicios penales.

Finalmente, un elemento que consistentemente se ha señalado en relación al nuevo sistema de justicia penal es el de la oralidad de los juicios. Si bien, no se concibe como un principio, ni como un mecanismo complementario, sino como una característica, eso sí, de todas y cada una de las actuaciones del proceso en comento, resulta fundamental destacar su importancia, en relación a cómo impacta en la transición de un estado formalista a uno de corte garantista.

Pues el abordar la oralidad nos lleva sin duda a tomar en cuenta dos de las actividades más relevantes de los sistemas jurídicos contemporáneos, la interpretación y la argumentación; sin estas no hay proceso dialógico, ni comprensión, ni razonabilidad.

Si dejamos de lado finalmente la visión estatalista del derecho y lo concebimos como un fenómeno social objeto de interpretación, la interpretación se delinea como la pre-comprensión, o en su caso, una comprensión con base en el horizonte hermenéutico¹³ del operador que intente llevar a cabo la interpretación, es decir, con base en el bagaje cultural y las vivencias que posee.

Sintetizando el proceso de interpretación se puede señalar el siguiente esquema:

Deliberación o juicio Actualización de la Norma
Aplicación del derecho

Siendo que al momento de aplicarse el derecho, es indispensable motivar la decisión, es decir, expresar sus razones y alejarla de todo arbitrio (como lo consideran Kelsen o Hart).

La aplicación exige de la motivación para lograr el convencimiento de las partes y la persuasión del auditorio universal (decisión razonable); por lo tanto, en un juicio basado en la oralidad de las actuaciones, la argumentación se erige como el instrumento de la aplicación.

Por su parte, la interpretación de autoridad es por tanto, un acto discrecional, y la interpretación jurídica hace referencia a la indeterminación del derecho.

Para Hart (Cárdenas, 2006, p. 63) la interpretación se explica a partir de la indeterminación en el lenguaje del legislador (indeterminación semántica porque todo lenguaje representa un halo de vaguedad o de textura abierta; y la indeterminación

voluntaria). Aunado a la ambigüedad que define en términos de la existencia de más de una norma aplicable a un mismo caso concreto, y la indeterminación por considerar los propósitos perseguidos por la regla.

2) ¿Qué entendemos por argumentación?

Por su parte, en relación a la argumentación (Atienza, 2009, p. 96) se entiende como un proceso integral de motivación, en el que si únicamente atendemos el aspecto formal que considera la competencia del órgano, el procedimiento y la previsión normativa, sería un proceso incompleto.

Siendo indispensable considerar también el aspecto material o de contenido del razonamiento, y la relación intersubjetiva entre las partes (juez, interesados, auditorio universal), tal como se prevé que ocurra al preponderar el proceso dialéctico y de contradicción en el nuevo juicio penal acusatorio.

El contexto del auditorio universal presupone condiciones democráticas no sólo como sistema de renovación de élites de gobierno y procedimentales de carácter electoral, sino también con estricto apego a los derechos fundamentales y a los medios de acceso a la justicia (tanto jurisdiccionales como administrativos, públicos y privados).

En este sentido, las teorías jurídicas de argumentación sostienen que la parte justificativa de la decisión se concentra en dar razones, apelando a la autoridad y al procedimiento, así como al contenido de la decisión, buscando siempre que el resultado sea formal, material y dialécticamente correcto.

Al abordar las teorías de la argumentación que consideran el contenido normativo y la relación intersubjetiva, sobreviene la necesidad de replantear el método para llevar a cabo tal proceso de motivación, lo cual podría dar un poco de luz en

relación a los grandes retos que se presentan para todos los operadores del nuevo sistema penal, refiriendo en este caso el pensamiento de Robert Alexy (1993, pp. 31-34) cuando se pregunta cómo afecta la existencia de los derechos fundamentales básicos al razonamiento jurídico.

Su propuesta señala la ponderación o balanceo, es decir, un procedimiento racional de ponderación provisto a partir de la teoría de los principios, siendo que los principios son mandatos de optimización y como tales implican la llamada regla de proporcionalidad (según la terminología alemana).

Por lo que para Alexy, en contraste con los representantes de la teoría de principios estricta, en el razonamiento práctico general y en el razonamiento jurídico, no se puede contar con un método que permita llegar a una solución definitiva para cada caso difícil.

Esbozando solo algunos de los elementos que consideramos de relevancia para ser considerados en esta nueva etapa del sistema de justicia penal en México, en relación al paradigma formalista/escrito vs garantista/oral, referimos los siguientes:

- a) La hermenéutica como interpretación;
- b) La ponderación como método argumentativo;
- c) La corrección del derecho a partir de las decisiones materialmente jurisdiccionales al momento de la aplicación en el caso concreto, partiendo de la crítica interna del derecho vigente;
- d) Un concepto de certeza y seguridad jurídica más exigente porque implica tener en cuenta todos los elementos normativos y sociales que intervienen en una decisión jurídica;

- e) La consideración de la relación intersubjetiva por parte del operador jurídico al aplicar el derecho (juez, participantes, auditorio universal), con el objeto de que la decisión sea aceptada y en su caso interiorizada por todos;
- f) La supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales dentro de un sistema democrático.

IV. Conclusiones.

Es lugar común para muchos de los operadores jurídicos, léase jueces, funcionarios, abogados litigantes, estudiantes, los propios ciudadanos, entre otros, seguir la inercia de las pautas formalistas de la comprensión del derecho.

Razón la anterior, por la que hemos de celebrar todos los esfuerzos académicos para conocer un poco más cada vez sobre la inminente transición de nuestro sistema jurídico.

El entendimiento del derecho como fenómeno social y al mismo tiempo multidisciplinario e integral es indispensable para abrir el espectro de la comprensión de las reformas constitucionales que se han venido modelando en la última década.

No existe más un estado decimonónico con instituciones tan definidas y poderes tan separados y funciones tan específicas. En nuestra particular visión lo que prevalece es un estado de corte garantista desde la perspectiva constitucional, un estado pro persona, que permea la preponderancia de los derechos fundamentales, como prerrogativas y como garantías adjetivas, en todas las áreas jurídicas.

En este sentido, el análisis realizado en este ensayo nos ha permitido comprobar la hipótesis sobre la correlación entre los

principios constitucionales y los que ahora rigen para la materia penal.

Destacando de forma relevante, la transparencia y publicidad de todas y cada una de las actuaciones judiciales, que colma uno de los principios indispensables de aquellos estados que se autodenominen democráticos, pues sin efectivo acceso a la información solo nos quedan la opacidad y los totalitarismos.

Por otro lado, los medios alternos de solución de conflictos, no solo como mecanismos complementarios, sino como el fortalecimiento mismo de las garantías de acceso a la justicia, dejando de lado aquella visión de que serían efectivas únicamente si eran desarrolladas por órganos formal y materialmente jurisdiccionales, para reconocer el lugar de importancia que tienen en un modelo de garantías diversificado y aplicable a todas las materias.

Finalmente, la actividad de la interpretación y la argumentación, como fundamento de la razonabilidad de las decisiones de los jueces y de la sociedad en general. Solamente cuando somos partícipes de los procesos dialécticos en materia jurídica, conocemos la motivación de las decisiones y resoluciones correspondientes, la comprendemos y la aceptamos como partes y como ciudadanos, es que se puede hablar de un estado democrático verdadero.

V. Bibliografía.

- Alexy, Robert. (1993). *Derecho y razón práctica*. México. Fontamara, S.A.
- Atienza, Manuel. (2009). *El derecho como argumentación*. México. Fontamara, S.A., 2ª reimpresión.
- Basañez O, Miguel. (2010). *Análisis del desarrollo cultural diferenciado entre los países de América y Europa*.

- (Conferencia magistral). Instituto Fletcher, Tufts University, Cambridge Massachusetts.
- Cárdenas G, Jaime. (2006). *La argumentación como derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimpresión.
- Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIIB).
- Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia. (2007) Dictamen con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Consejo de la Judicatura Federal. (2011). El nuevo sistema de justicia penal acusatorio desde la perspectiva constitucional.
- Ferrajoli, Luigi. (1999). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. España. Trotta.
- Fix - Zamudio, Héctor. (2005). *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. México. Porrúa.
- Gadamer, Hans George. (1997). *Verdad y método*. Salamanca. Ediciones Sígueme, 7ª edición.
- Hitters, J y Fappiano, O. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo I, Vol. I, Buenos Aires, Argentina. Ediar.
- Manual para la aplicación de los programas de justicia restaurativa de la Organización de las Naciones Unidas (2006).
- Ovalle Favela, José. (2003, Mayo-Agosto). Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107.

- Sagües, Néstor. (2006). La interpretación judicial de la Constitución. *Lexis Nexis*. Buenos Aires, Argentina.
- Villanueva, Ernesto. (2011). *Seguridad, transparencia y derechos humanos*. México. Jus.
- Witker, Jorge. (2010). Los derechos económicos y sociales (DESC) en el contexto de la globalización en *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

