

## LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PERSECUCIÓN PENAL

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Alcance del tema*. II. *La zona crítica de los derechos humanos*. III. *Propuestas revolucionarias*. IV. *Equilibrio entre los personajes de la justicia penal*. V. *Seguridad pública y política criminal*. VI. *Desarrollo de la ley penal*. VII. *Las selecciones penales*. VIII. *La transgresión*. IX. *El transgresor*. X. *La sanción*. XI. *La sede*. XII. *La autoridad*. XIII. *El enjuiciamiento*. XIV. *La ejecución*.

### I. ALCANCE DEL TEMA

La lucha contra la delincuencia, uno de los temas que más nos ocupan —aunque a menudo provoque la sospecha y la distancia entre las naciones, cuando no el encono<sup>1</sup>— puede mencionarse bajo otro rubro: la persecución penal. Y, en ocasiones, parece que hay lejanía y adversidad inclusive entre la eficacia de la persecución y el respeto de los derechos humanos. Este falso dilema pone en los extremos dos asuntos de vida o muerte. Luego provoca la colisión inútil. De este género de colisiones, saca ventaja el autoritarismo. A la postre, pierde el hombre y pierde el pueblo.

De los derechos humanos y la persecución penal se puede hablar con diversos alcances. Uno de ellos, el más reducido, se atendería al sentido riguroso y sofocante de la “persecución”, entendida como *poursuite*, y en esta virtud se cifraría en el examen de los derechos humanos del inculgado: el sujeto al que se indica —esto es, se “indicia”: señala— como probable autor o participante de un delito; el que comparece ante los estrados de la justicia, desde la menos solemne —la

1 Pienso, por ejemplo, en la discordia que ha sembrado la lucha contra el narcotráfico. En un examen amplio de la relación bilateral entre México y Estados Unidos, se hizo notar que el narcotráfico plantea una “amarga paradoja”. Por una parte, en el combate contra esta delincuencia coinciden los intereses nacionales de ambos países; por la otra, “los problemas de las drogas y el narcotráfico han sido fuente de repetidos desacuerdos entre ellos”, que contaminan otros aspectos del trato bilateral. *Cfr. El desafío de la interdependencia: México y Estados Unidos. Informe de la Comisión sobre el Futuro de las Relaciones México-Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 113.

simple y devastadora comisaría— hasta la más encumbrada y ritual —el supremo tribunal—.

De esta suerte quedaría excluido, aunque se halle en el ejército de la reserva penal, pendiente de ser llamado a filas, el ciudadano común al que se dirige el código punitivo, con su lenguaje de prevenciones y amenazas. Las contrapartes de aquél serían, en consecuencia, la policía, el Ministerio Público y el tribunal. Se trataría, sin duda, de una perspectiva importante y válida, aunque insuficiente. Veamos otro horizonte.

Hay una forma diferente de entender esa “persecución”, sin forzar las cosas: como actuación general del Estado para la definición y la represión del delito.<sup>2</sup> Así, en ella cabrían la ley penal, que amenaza, y la ejecución de sanciones, que cumple con detalle la amenaza en la elevación del patíbulo o entre las rejas de la prisión. Y los derechos humanos —como sabemos perfectamente— no sólo quedan en peligro cuando se enfrentan a los personajes de la investigación y el proceso, sino también cuando quedan frente a —o a merced de— las otras potestades y figuras del Estado que ejerce el monopolio del *jus puniendi*. Así, habría otras contrapartes interesantes: el autor de la ley, donde se resumen las propuestas, intenciones y advertencias penales del Estado, y el ejecutor de las penas y medidas de seguridad.

Para los fines de esta exposición, también podría echar mano de otras ideas; así, la de justicia penal —desde que ésta aparece en la ley hasta que consume, concluye, finiquita su actividad, el último acto de ejecución. E igualmente podría invocar la noción de “sistema penal”, y dentro de éste, sus múltiples vertientes y los grupos humanos que militan en cada una de ellas.<sup>3</sup>

2 Así, abarca los “tres momentos fundamentales de la función penal”: el de la conminación penal abstracta (“el legislador describe los delitos y fija las penas y las instituciones afines”), el del juicio y el de la ejecución. *Cfr.* Florian, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Bosch [s/f], pp. 13-14. En mi libro *La prisión* aludo a los “momentos de la actividad penal”: “cuatro afanes de una sola ocupación”, que integran, lógica y cronológicamente, la “lucha contra el crimen”, y se proyectan en “una política criminal unitaria y bien concertada”: prevención, conminación abstracta, averiguación y enjuiciamiento, y ejecución (México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 27-28). Ahora bien, hay autores que se plantean “si en correspondencia al deber del súbdito de observar una cierta conducta, esto es, de abstenerse de realizar la conducta prevista en la ley como delito, surge en el Estado un derecho subjetivo, el derecho de punir”. A esto se responde que “considerar la sumisión de los súbditos al poder del Estado como un derecho de éste es un modo de pensar casi tan anticuado como designar con el nombre de derecho subjetivo a la facultad de promulgar leyes penales”. Antolisei, Francisco, *Manual de derecho penal. Parte general*, trad. Juan del Rosal y Ángel Torio, Buenos Aires, UTEHA, 1960, pp. 43-44. En sentido contrario, *cfr.* Bettiol, Giuseppe, *Derecho penal. Parte general*, trad. José León Pagano (h), Bogotá, Temis, 1965, p. 153.

3 Zaffaroni entiende por sistema penal al “control social punitivo institucionalizado”, y se refiere a los grupos humanos que configuran los distintos sectores del sistema penal: policial, judicial, ejecutivo. “Por supuesto —añade— que no puede excluirse del sistema penal a quienes hacen las leyes y al ‘público’, pues, en rigor, son dos protagonistas de primera línea, dado que los primeros son los que dan las pautas de configuración, en tanto que el ‘público’ tiene la facultad de ponerlo

## II. LA ZONA CRÍTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando me di a la tarea, hace ya muchos años, de cotejar las ideas que entonces florecían en México acerca de los derechos humanos, con las realidades que se acumulaban en este mismo campo, no pude menos que descubrir el Mediterráneo por mi cuenta, arribar a la conclusión de que el derecho penal —en su más amplio sentido— es la zona crítica de esos derechos.<sup>4</sup> Eso lo hemos visto mil veces, y no sólo en las dictaduras; también, con frecuencia, en lo que llamamos, con más imaginación que rigor, “las democracias occidentales”. Por ello, es en este punto —mejor que en otras partes, y sin perjuicio de lo que se haga en éstas— donde es preciso aplicar un análisis más fino y una fuerza superior. No dijo en balde el clásico Lardizábal, nacido en Tlaxcala y florecido en España, que

nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal.<sup>5</sup>

Es cierto que, a menudo, miramos los avatares de la persecución con cierto sentido de lejanía, como algo extraño y distante; una tempestad que nunca llegaría a nuestro propio espacio amurallado. Empero, las murallas son frágiles y movezizas; todas son precarias, sin salvedad. Se me ocurre mencionar ahora la juiciosa premonición de Bertolt Brecht: “un día llegaron por los socialistas, y no dijimos nada porque no somos socialistas; otro día llegaron por los judíos, y no dijimos nada porque no somos judíos; y otro día llegaron por nosotros[...]”.<sup>6</sup>

en movimiento y, al menos teóricamente, de controlarlo”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer informe)*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 7 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 19. Inicié así la primera edición de esta obra, en 1976: “sigue siendo el derecho penal, así sustantivo como adjetivo, por encima de cualesquiera otros órdenes jurídicos, el escenario crítico de los derechos humanos[...]. El despotismo opera preferentemente en los parajes oscuros, intimidantes, de la vía penal; el ejercicio de la libertad reclama, a su turno, claridad y fijeza en las garantías penales: que este derecho no sea una vasta procesión de trampas, que no disuada el desarrollo ni excluya la justicia ni impida la libertad”.

<sup>5</sup> Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas*, 1ª ed. facsimilar, México, Porrúa, 1982, p. III.

<sup>6</sup> Los defensores de los derechos humanos —como los sacerdotes de una religión— han de cuidar constantemente el baluarte que aquéllos representan; tal es la conclusión que propone la frase del dramaturgo alemán, y que sirvió de título y argumento a un artículo periodístico en que hago notar los riesgos que se ciernen sobre los derechos humanos y quienes los custodian: “Y un día vinieron por nosotros[...]”, *Excélsior*, 18 de abril de 1966.

Si en otras regiones de la regulación y la experiencia —dos mundos tan distintos y distantes— entran en predicamento los derechos del hombre, en la región sombría donde se asienta la justicia penal, quien entra en predicamento es el hombre entero, con la suma de sus derechos, su dignidad, su presente y su porvenir; algo más queda en peligro: el destino de nuestra especie, alentada o intimidada; liberada o sometida. No es poca cosa poner en el estrado la vida, la libertad, la integridad, el patrimonio y el honor, y jugarlo todo, de una vez, a la decisión de un policía, un comisario, un fiscal, un tribunal o un celador. Si esto sucede en otros ámbitos, acontece como excepción; aquí, como regla y costumbre. Cosas muy graves deben ocurrir —como en México ocurrieron en 1990<sup>7</sup>— para que la sociedad pierda el sueño y reclame la devolución de esos derechos, aunque se trate de los derechos del diferente, el discrepante, el sospechoso, el infractor.

No deja de llamar la atención, asombrar, intimidar, el hecho de que el epígrafe de los expedientes penales anuncie una contienda imposible. Se dice, en efecto, “la nación” o “la república” o “el rey”, nada menos, contra “fulano de tal”, nada más.<sup>8</sup> Este anuncio parece el presagio de un huracán: ¿qué restaría de fulano de tal si verdaderamente afrontase —y de verdad afronta— todo el poder de la nación, de la república o del rey; es decir, la suma de los poderes que encomienda el pueblo al brazo vengador de la soberanía, puesta en pie de guerra? Nada quedaría, a no ser por la existencia de esa carta magna del infractor que guarda en unos cuantos renglones, puestos en el arco de entrada de la Constitución, los derechos y privilegios del enjuiciado.

Es inquietante la nueva delincuencia que pone en peligro la seguridad de la nación y hasta la paz del mundo, aunque los rubros en las codificaciones anuncien otra cosa: delitos contra la salud, contra la propiedad o contra la libertad, por ejemplo. Hay que prevenirla, someterla, reducirla. En este caso, vale recordar, con Marc Ancel, la destacada necesidad de cambiar leyes y procedimientos

7 Me refiero a los deplorables atropellos de derechos consumados por integrantes de la Policía Judicial federal, sobre todo, a ciencia y paciencia de quienes debieron evitarlos y sancionarlos, que motivaron el establecimiento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos; así, ésta resultó oriunda de la crisis, no obstante que ciertos antecedentes nacionales (algunos ampliamente reconocidos, otros frecuentemente silenciados: así, el signo del Ministerio Público como *ombudsman*) ya apuntaban hacia su fundación). Cfr. “Reflexiones sobre el Ministerio Público. Presente y futuro”, en VV. AA., *Estudios jurídicos en memoria de Alfonso Noriega Cantú*, México, Porrúa, 1989, pp. 200-202; y Madrazo, Jorge, quien escribe: diversos problemas, “pero sobre todo, los efectos varios del narcotráfico, generaron especialmente durante los dos primeros años de la actual administración [se refiere al período administrativo 1988-1994] un serio problema de respeto a los derechos humanos y, consecuentemente, una exigente demanda social que reclamó del Estado medidas rápidas, enérgicas e innovadoras para hacer cesar y revertir tal situación”, *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 45. Del mismo autor, cfr. “El ombudsman y los derechos humanos en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLV, núms. 201-202, mayo-agosto de 1995, pp. 203 y ss.

8 Cfr. García Ramírez, Sergio, *La prisión*, op. cit., p. 21.

del siglo XIX para enfrentar la delincuencia del siglo XX, en trance de ser, muy pronto, criminalidad del nuevo milenio.<sup>9</sup>

Pero también es inquietante la forma de hacer frente a esa delincuencia. En efecto, se entiende que el infractor, organizado para delinquir, se valga de todos los medios útiles a su empeño criminal. Para él no ha corrido el tiempo; para él no existen los valladares que impone la civilización; ni proclama si ejerce el “escrúpulo”. No se entiende, en cambio, que el Estado —ese aparato al que llamamos, en sociedad de la intención y la esperanza, Estado de derecho— se deslice en la misma tentación. Porque para él sí ha corrido el tiempo; para él sí existen los muros que elevó la civilización; para él valen los escrúpulos, que se hallan en el espíritu y en la letra de la ley, pero también en las constancias y experiencias de la cultura. La legítima defensa de la sociedad no puede diseñarse bajo los modelos que propone la ilegítima ofensa del criminal.

Es cierto que el crimen organizado nos ha puesto sitio, como lo han tendido la enfermedad, la ignorancia y la miseria, la demografía y la economía. Sin embargo, no aceptaríamos —a estas alturas, ya no— que el poder público enfrentara a estos sitiadores con el sacrificio de principios y derechos que para ellos no tienen valor, pero que implican, en contraste, el único valor que justifica al Estado mismo. Antes de emprender caminos que pudieran extraviarnos, es preciso reflexionar y analizar. La moderación de las garantías,<sup>10</sup> y la inversión en los principios de lo que llamamos el sistema penal democrático, lleva a un doble régimen de derechos, que acaba siendo un doble régimen de derecho.<sup>11</sup>

9 En las Jornadas Italo-Hispano-Francesas de Defensa Social, celebradas en Trieste, en 1978, “habíamos observado que desde el punto de vista político y criminológico era absolutamente necesario reformar todos aquellos códigos que, como los que rigen la mayoría de los países de la Europa continental, habían sido concebidos en el siglo pasado para una sociedad moral, artesanal e individualista, pues así resultan arcaicos frente a las concepciones y exigencias de la sociedad moderna”. “La defensa social frente a la criminalidad moderna”, *Terceras Jornadas Latinoamericanas de Defensa Social*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1983, p. 223.

10 A este respecto, se ha dicho que “existen procedimientos que no constituyen tanto una limitante a los derechos del delincuente sino, podría decirse, una nueva forma de garantías, concepto que ha sido poco explorado respecto al tema[...] [de la delincuencia organizada]”. Estos procedimientos proponen, a veces, una ampliación de garantías: por ejemplo, la reducción de la pena o inclusive la inmunidad, cuando el infractor aporta elementos que permitan capturar a otros delinquentes. *Cfr.* Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, México, Senado de la República, LVI Legislatura, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 34.

11 Mi ilustre maestro Niceto Alcalá-Zamora censuró duramente el *plea bargaining* del sistema norteamericano: es un “regateo”, dijo; “bochornoso chalaneo, con apariencias de allanamiento y realidades de transacción penal”. *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3ª ed., México, UNAM, 1991, p. 89. Ahora bien, el *bargaining*, con diversas presentaciones, es también conocido en el proceso de algunos países europeos. *Cfr.* Delmás-Marty, Mireille, “El proceso penal en Europa: perspectivas”, *Poder Judicial*, núm. 37, marzo de 1979, pp. 88-89.

Adelante (*infra*, sub. 4) me ocuparé del difícil equilibrio que se plantea entre los personajes que comparecen y contienden en la escena penal. Esto, como lo que llevo dicho hasta ahora, obedece a que en ese paraje de la vida se suscita, como en ningún otro, el encuentro entre el hombre y el poder, en la más extrema versión de uno y de otro: aquél, con el máximo desvalimiento —titulado de “enemigo social”—, y éste con su mayor pujanza: la de quien monopoliza la violencia y ahí la ejerce con absoluta propiedad y completo rigor. No debe ocultarse para descargar el golpe, ni lo desliza entre los laberintos de una legislación insidiosa y opresiva; por el contrario, lo exhibe a la luz del día y lo descarga ante la mirada del pueblo. Todo cabe bajo el rótulo característico de la persecución penal: “se hace justicia”.

Me llevaría muy lejos hablar aquí de las otras expresiones del poder, que también se guarecen tras el aparato penal: el poder económico, el poder social. Finalmente, el poder político es una vanguardia de aquéllos. Algún día irá hacia adelante, con más arrojo, la historia de los derechos humanos, y acabaremos por reconocer que el hombre tiene estos derechos también frente —y contra— las otras versiones del poder, y que, en tal virtud, cada individuo, cada organización, cada sector, es un obligado por cuenta y orden de los derechos del hombre.<sup>12</sup> Los derechos humanos pudieran abarcarse, bajo la más ambiciosa comprensión, en uno solo: el derecho del hombre al desarrollo.<sup>13</sup>

En fin, la persecución penal, la justicia penal, el sistema penal, como se quiere, no son neutrales respecto a los derechos humanos. Tienen un tono peculiar, un color, un signo finalista. No pueden escapar —obras humanas como son— al enjuiciamiento que se haga sobre su idoneidad para servir al hombre y a la sociedad en que los hombres cumplen su existencia y buscan su destino.<sup>14</sup> Hay, en consecuencia, sistemas de persecución que procuran la armonía —tan ardua

12 Cfr. mi artículo “Los otros derechos humanos”, *Temas de México*, México, Asociación Nacional de Abogados, 1996, pp. 98 y ss. En *Los derechos humanos y el derecho penal* propongo: “el nuevo concepto que domina al derecho interno ya no prescinde del poder social informal. Es éste una fuerza nominada o innominada, concentrada o difusa, que actúa imperiosamente ante o sobre el individuo, con o sin auxilio estatal. No cabe, sensatamente, restringir la protección y, por ende, la obligación. Cada uno de los hombres, y el conjunto social, surgen como obligados. Ésta es una reconsideración o actualización del dogma individualista, que puso como límite al derecho de cada uno, el derecho de los demás. El Estado sigue siendo custodio, pero ya monopoliza la obligación... De esta manera se avanza hacia un concepto de derecho pleno, si se autoriza la expresión: es el derecho humano en su dimensión universal[...]”, *op. cit.*, pp. 174-175.

13 Cfr. la nota a la segunda edición de *Los derechos humanos y el derecho penal*, *op. cit.*, pp. 7-8, y 172-173.

14 Un “sistema penal que forme parte de una estructura jurídica realizadora de derechos humanos, debe ser la coronación normativa de un ordenamiento que tutele como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia. Conforme a ello, un sistema penal puede ser defectuoso, desde el ángulo de los derechos humanos, cuando no provea una tutela suficiente a tales derechos fundamentales”, Zaffaroni, *Sistemas penales...*, *op. cit.*, p. 27.

en este campo— con los propósitos de la vida; otros la combaten y perturban; erizados de contradicciones, clausuran con ahínco los espacios de la vida.

### III. PROPUESTAS REVOLUCIONARIAS

La revolución —una revolución: revolución verdadera, se entiende, que sube, no baja; que avanza, no retrocede— se hace siempre en nombre del ser humano. El discurso varía. La retórica cambia. Pero el orador que arenga desde el manifiesto o la tribuna pone aquel nombre a la cabeza de su propuesta y en la empuñadura de su vaticinio. Hablo de las insurgencias modernas. Antes no hubo, propiamente, derechos humanos; sí dignidad del hombre, pero no derechos estipulados. Toda la persecución inquisitiva pudo desplegarse en este vacío: el gran vacío de la historia. Los tormentos, los delitos arbitrarios, los procesos caprichosos, las sentencias terribles, las ejecuciones devastadoras fueron parte de una persecución natural y justificada.<sup>15</sup> La tortura, que no manchaba al juzgador que la disponía ni al verdugo que la ejecutaba, ni irritaba al pueblo constituido en audiencia curiosa, tenía una virtud a cambio de no tener mayores vicios: purificaba al supliciado.<sup>16</sup>

Bajo el rey imprevisor, Luis XVI, capaz de confundir la revolución con el motín, los *cahiers de doléances*,<sup>17</sup> naturalmente dispuestos para reclamaciones tributarias, fueron mucho más allá: exigieron la reforma de la legislación penal. Los diputados del pueblo, que probablemente jamás leyeron a Rousseau ni a Beccaria, llegaron sin embargo a la misma conclusión: por una parte, que “el hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas”,<sup>18</sup> y por la otra, que “la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales” caracterizan a una “legislación que es tan principal y que tan descuidada está en casi toda Europa”<sup>19</sup> Esto se derramó en las calles de París y gobernó

15 Al examen de los “restos de la legislación de un antiguo pueblo conquistador”, unas leyes que son apenas “reliquias de los siglos más bárbaros”, en las que se sustenta la tradición de opiniones a las que en el último tercio del siglo XVIII “gran parte de Europa honra todavía con el nombre de leyes”, destinó Beccaria su obra demoledora. Cfr. Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. Constanancio Bernaldo de Quirós, Puebla, José M. Cajica Jr., p. 55.

16 El tormento, “una crueldad consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones”, sirve para “cierta metafísica e incomprensible purgación de infamia”. “Se cree que el dolor, que es una sensación, limpia de la infamia que es una mera relación moral. ¿Acaso el dolor es un crisol y la infamia un cuerpo mixto impuro”, *idem*, pp. 88 y 94.

17 Todos los *cahiers* impugnaron las *lettres de cachet*, que fueron, como se ha dicho, la marca más visible del absolutismo penal. Bajo el gobierno de Luis XV se expidieron ciento cincuenta mil; bajo el de Luis XVI, catorce mil. Cfr. Rudé, George, *La Revolución francesa*, trad. Aníbal Leal, Buenos Aires, Javier Vergara, 1989, p. 34. Acerca de la materia penal en la *Déclaration française de 1789*, cfr. mi estudio “César Beccaria y la Declaración de Derechos de 1789”, en VV. AA., *Bicentenario de la Revolución francesa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 95 y ss.

18 Rousseau, *El contrato social*, México, Porrúa, 1977, p. 3.

19 Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, *op. cit.*, p. 61.

el tumulto contra La Bastilla, hecho emblemático de la *Révolution* —de cualquier revolución— y bomba que hizo estallar, con efectos diferidos, el sistema penal de Occidente.

Cuando la Asamblea estatuyó que los derechos naturales del hombre, los genuinos e irrevocables, eran la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión<sup>20</sup> —que desde luego ya no bastan para el ciudadano de 1996— pensaba en muchas cosas de ese género, pero acaso más en los delitos arbitrarios, las *lettres de cachet*, la muerte exacerbada, las confiscaciones y la infamia, el látigo y la marca, la sumisión absoluta del juez al monarca.

Pudo haber en el origen de la *Révolution* muchos factores tomados de la emergencia económica de los burgueses, pero no hubo menos —entre el “pueblo menudo”, los *sans culottes*, quienes asaltaron las Tullerías y capturaron a Luis Capeto— factores de la dura experiencia penal. Es decir, los temas humanos de la persecución penal, que luego serían, vistos al revés, los derechos humanos de los justiciables, se hallaron en la raíz de aquella Revolución.

Sucedió lo mismo con nuestra propia Revolución. Es cierto que existía todo género de cuitas electorales, y más cierto es que había una amplia gama de reclamaciones agrarias; pero es indudable —y no fue menos explosivo— que todo eso y mucho más acababa por fundirse con los temas del delito, el juicio y la pena, o traducirse en ellos: por este vertedero se deslizaban las peticiones políticas y económicas;<sup>21</sup> era preciso, en tal virtud, sellar aquí para obtener allá. Eso hicieron los autores de la Constitución de 1917.

Llama la atención conocer, a través de los debates, la experiencia penal de los constituyentes: no porque entre ellos menudearan los penalistas —hasta donde sé, no los había—, y ni siquiera los abogados, sino porque abundaban los perseguidos, los enjuiciados, los capturados. Todos sabían, dentro y fuera del Congreso, cuanto había que saber sobre Valle Nacional y San Juan de Ulúa. Todos estaban al tanto de la “ley fuga” y de la frase más ilustrada del porfiriano: “mátalos en caliente”. Y muchos, si no todos, habían visitado Lecumberri, sea en lo individual, sea en esa remisión colectiva de la Cámara de Diputados a la Penitenciaría, que tuvo a bien disponer Victoriano Huerta.

Seguramente por eso, a la hora de legislar, el Congreso Constituyente fue minucioso, muy minucioso, cuando estatuyó lo que procedía en las materias

20 El artículo 2 de la *Déclaration* de 1789 estatuyó que la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión son los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre”; y puntualizó que “el fin de toda asociación política es la conservación de estos derechos”.

21 Sobre el nerviosismo represivo de la dictadura, escribió Luis Cabrera: “El efecto de las medidas de represión puede resumirse diciendo que por cada responsable que la policía ha aprehendido, existen nueve presos inocentes, y por cada detenido más o menos inofensivo, se han sustraído a la ley diez personas que no pensaron nunca en lanzarse a la revolución”. Urrea, Blas, “La situación política en fines de marzo de 1911”, *Obras políticas*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, p. 152.

agraria y obrera, pero también cuando lo hizo sobre el régimen penal. Si fueron aleccionadores los relatos en el mensaje del primer jefe acerca de las condiciones en que se hallaban obreros y campesinos, no lo fueron menos sobre el estado que guardaba la justicia en poder de los jueces instructores, al punto que el Ministerio Público —hoy en crisis, como tantas cosas— fue erigido en garantía de las garantías; una especie de cruzado de la libertad. El constituyente no se ocupó en abolir dependencias públicas, salvo en dos casos: la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes y la Secretaría de Justicia. Con los años y el empuje misionero de Vasconcelos se repondría aquélla; pero ésta sigue suprimida; hasta 1996 ha llegado, invariable, esa suerte de horror hereditario por la justicia penal.<sup>22</sup>

Por todo ello, aquí y fuera de aquí, los derechos humanos en materia penal suscitan una atención tan viva y característica. Lo saben y lo acreditan, por ejemplo, los defensores de los derechos humanos —los *ombudsmen*, cualquiera que sea su denominación local— de los países menos acaudalados: no diré menos desarrollados, para no comprometer al desarrollo con la riqueza. Es posible que ante los *ombudsmen* de otros parajes, como refiere el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, se sometan problemas de puntualidad de los ferrocarriles o entrega expedita de la correspondencia, pero los de estas tierras tropicales —y algunas que no lo son tanto— nacieron al calor de las desapariciones forzadas, la tortura, los allanamientos indebidos, la denegación de justicia.<sup>23</sup> También es cierto que los *ombudsmen* de América Latina, o en todo caso muchos de ellos, como escribe Gros Espiell, tienen una específica función histórica: son de los órganos de la transición entre el autoritarismo y la democracia.<sup>24</sup>

Ahora bien, si los derechos humanos —y en este conjunto, sobre todo los de contenido, raíz o trascendencia penal— son punta de lanza de las propuestas revolucionarias interiores, también lo son de una revolución exterior: la primera

22 Lapidariamente, el artículo decimocuarto transitorio dispone: “queda suprimida la Secretaría de Justicia”. En su versión original, de 1917, resolvía: “quedan suprimidas las Secretarías de Justicia y de Instrucción Pública y Bellas Artes”.

23 En la primera etapa de su existencia, esto es, entre 1990 y 1993, la Comisión Nacional de Derechos Humanos emitió 529 recomendaciones. En este conjunto predominan las relacionadas, en una forma u otra, con asuntos penales; así, 169 sobre violaciones de carácter penitenciario; 90, deficiencias en la integración de una averiguación previa penal; 54, detenciones o aprehensiones ilegales; 43, tortura; 39, incumplimientos de órdenes de aprehensión, y 22, comunicaciones o privaciones ilegales de la libertad. *Cfr. Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano...*, op. cit., p. 68.

24 Señala Héctor Gros Espiell que “en los países en los que acaban de terminar los regímenes autoritarios, el *ombudsman* puede cumplir una tarea esencial para asegurar que este tránsito se haga bajo el imperio de la ley, que la transición política sea pacífica, justa, sin venganzas ni revanchismos injustificables y que se realice con la seriedad y la prudencia que aseguren la estabilidad y la duración de la democracia que se reinstaura”. “El *ombudsman* en América Latina. Establecimiento de algunas líneas básicas para una legislación uniforme”, en *idem, Derechos humanos y vida internacional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 173.

“globalización” —ésta de naturaleza bienhechora— que condujo a universalizar, según su naturaleza, las prerrogativas del hombre. No pudo haber mayor revolución en esta etapa de la historia del derecho.<sup>25</sup>

#### IV. EQUILIBRIO ENTRE LOS PERSONAJES DE LA JUSTICIA PENAL

La justicia penal de este tiempo enfrenta un problema que caracterizará, sin duda, las soluciones típicas de la justicia penal del porvenir. Me refiero al nuevo equilibrio, por llamarlo de alguna manera, entre los personajes que pueblan la escena penal.<sup>26</sup> Hay muchas cosas en este escenario, pero las más importantes, las definitorias, son, obviamente, los personajes que ahí circulan y la forma en que se entienden, dicen sus parlamentos y caminan de acto en acto, de cuadro en cuadro, hasta llegar a un desenlace previsible. El acierto de la obra —es decir, el acierto del sistema penal; su permanencia o su relevo— dependerán del aplauso o el repudio del mundo que mira y juzga a la justicia; un mundo espontáneo o mediatizado, que acostumbra fallos someros e inapelables. Aquí se encuentra la delicada balanza de los intereses en conflicto: hay que medir y pesar, acercar, concertar, conciliar, resolver.

Cada tiempo tiene cierto criterio de medida, dicho sea en términos aproximados: unos, atribulados por un largo periodo de opresión del inculcado —potencial o actual—, deciden rescatarlo y lo fortifican con derechos abundantes y exigentes, que ponen el viento a su favor; otros, preocupados por la postración de la víctima, siempre a la zaga, siempre en la sombra, resuelven protegerlo y restituir con diligencia sus intereses agraviados;<sup>27</sup> finalmente, otros más, asedia-

25 “La cuestión relativa a los derechos humanos no es ya una materia reservada a la jurisdicción interna o doméstica de los Estados. Es una materia, regulada internacionalmente, en la que coexisten competencias estatales y competencias internacionales[...]. El derecho internacional de los derechos humanos, rama nueva y de asombrosa fuerza expansiva del derecho internacional contemporáneo, ha incidido en toda la temática del actual derecho de gentes, especialmente en cuanto a la subjetividad internacional del hombre, la responsabilidad internacional y el derecho de los tratados, modificando fórmulas y criterios del derecho internacional clásico, incompatibles con la realidad jurídica, filosófica y política del mundo actual”. Gros Espiell, Héctor, “Sistema interamericano de derechos humanos”, *Derechos humanos...*, op. cit., pp. 54-55. Me refiero a la incorporación de los derechos humanos de contenido penal en el derecho internacional público, en *Los derechos humanos y el derecho penal*, op. cit., pp. 53 y ss.

26 Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, op. cit., pp. 220-222.

27 En el proceso penal —como en el sistema sustantivo, desde la asunción estatal del *jus puniendi*— la figura del ofendido se halla en recato. Esta disminución se alivia donde hay acción popular, particular o privada, y donde la reclamación del resarcimiento incumbe a la víctima. Examinó estos puntos en “La acción en el proceso penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XVII, núm. 65, 1967, pp. 110 y ss. y 134 y ss. Nada de esto sucede en México: aquí el Ministerio Público retiene siempre el ejercicio de la acción persecutoria, y la reparación del daño está concebida, erróneamente, como “pena pública”, por lo que el ejercicio de la acción reparadora se sustrae a la víctima. De ahí que se haya dicho, como Carlos Franco Sodi recuerda —y combate—, que el ofendido es un “nadie” en el proceso penal. *El procedimiento penal mexicano*, 4ª ed., México,

dos por la inminente ruina del orden público y de la paz social, acuerdan poner a la cabeza de los cuidados penales el valor de seguridad, aunque se halle comprometido el valor de justicia,<sup>28</sup> y exaltar la tutela de la sociedad.<sup>29</sup>

Desde luego, un sistema racional de justicia penal debiera poner en equilibrio a estos personajes, con sus respectivos intereses, de manera que nadie sucumba de antemano y a todos se aseguren el más escrupuloso respeto y la más constante tranquilidad. Pero esto, tan deseable, también parece improbable. De ahí que la reforma penal sea en rigor un sistema de flujos y contraflujos, reformas y contrarreformas que se disciplinan al síndrome de Penélope, la enfermedad profesional de la justicia penal: ora se hace, ora se deshace; ora se avanza por un camino, ora se marcha por otro. Es que los vientos de la política —vientos oportunos u oportunistas, como se quiera— no tienen dirección preferida o aborrecida; van por donde se les apremia; condescienden; apaciguan; y vuelven a comenzar. La reforma penal mexicana de 1983, que imprimió un nuevo rumbo al derecho penal en este país y sostuvo los mejores cambios legislativos de los años siguientes, proclamó su propósito de afirmar el equilibrio posible entre el inculpado, el ofendido y la sociedad.<sup>30</sup>

Porrúa, 1957, pp. 108-109. El papel del ofendido puede retomar importancia a través de la impugnación del no ejercicio de la acción penal, introducida por la reforma de 1994 al artículo 21 constitucional (reforma que abarcó varios preceptos constitucionales e incurrió en diversos desaciertos). En los proyectos de Códigos Penal y de Procedimientos Penales que elaboré en 1996 por encargo del gobierno del estado de Morelos, propuse entender que la reparación de daños y perjuicios es una consecuencia civil del delito, y en tal virtud puede ser demandada por el ofendido, con acción principal (y el Ministerio Público, con acción subsidiaria) ante la justicia penal. Asimismo, me remito a lo que digo en “La reivindicación del ofendido: un tema de la justicia penal”, *Revista Mexicana de Procuración de Justicia*, México, vol. I, núm. 1, febrero de 1995, pp. 13 y ss., y “El ofendido en el proceso penal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIX, núm. 85, enero-abril de 1996, pp. 161 y ss.

28 En todo caso, es impracticable la justicia cuando no existe seguridad. *Cfr.* Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 618: “el rango de este valor de seguridad es inferior al rango de otros valores jurídicos —la justicia y los demás por ella implicados—. Pero la realización de este valor de seguridad es condición indispensable previa para el cumplimiento de los valores de superior jerarquía”.

29 La sociedad —mejor que el Estado— es el sujeto pasivo constante de todos los delitos, que de lo contrario sólo serían lesión o peligro sobre un interés privado, salvo cuando el ofendido sea precisamente la sociedad o el Estado. Bettiol asegura que el “sujeto pasivo constante de todo delito” es el Estado. *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 154. Antolisei, quien analiza el papel del Estado como ese “sujeto pasivo constante para todos los delitos”, conviene en que “contra esta concepción no existen razones decisivas”; pero constituye “una afirmación puramente teórica, que se halla privada de significado práctico. Por ello, la concepción aludida ha sido considerada superflua y eliminada por varios escritores”. *Manual..., op. cit.*, p. 138. Sin embargo, en la existencia de ese sujeto pasivo general hunde sus raíces la asunción pública del *ius puniendi* y halla su mejor justificación el papel persecutorio del Ministerio Público, “representante social”.

30 A este respecto, *cfr.* García Ramírez, Sergio, “La reforma penal sustantiva”, *Justicia y formas legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, p. 253.

Cada posición invoca en su favor los derechos humanos. El individuo, en general, considera que el mayor y mejor de sus derechos es la intervención mínima y marginal del poder público. El inculpaado pretende prerrogativas que lo amurallen contra las pretensiones del fiscal, y que luego satisfagan el daño que le causó un proceso infundado: satisfacción, ésta, que deriva de una indebida intervención del Estado, que menoscabó sus derechos a la seguridad y a la libertad.<sup>31</sup> El ofendido quiere el aniquilamiento del infractor y la restitución de sus bienes, sea a cargo del inculpaado, sea por cuenta del Estado, bajo un sistema de reparación que comienza a abrirse paso en México.<sup>32</sup> La sociedad desea velar y dormir en paz: una paz completa, imperturbable y perfecta, aunque los factores económicos, sociales, políticos, culturales y morales de la delincuencia se hallen en pie de guerra.

Todos, pues, echan mano de los derechos del hombre: no hay más derecho, dicen, que el derecho propio; el ajeno es o suele ser exceso, pretexto peligroso para no reconocer el propio. No existe legislador responsable que no se haya visto asediado por la presión de estas fuerzas. Por encima de ellas puede mirar —y debe hacerlo— los despeñaderos que en cada extremo aguardan: desde la anarquía hasta el despotismo. Y, sin embargo, debe resolver pronto y bien, mientras llega la próxima reforma penal a zanjar otro capítulo de las relaciones entre el hombre y el Estado.

## V. SEGURIDAD PÚBLICA Y POLÍTICA CRIMINAL

En este filo de la navaja, donde a veces se corta el individuo y en ocasiones la sociedad, hay dos modos de organizar los planes de lucha contra la delincuencia, y de ambos provienen consecuencias relevantes para la ampliación o el retraimiento de los derechos humanos. El punto de arranque es la teoría y la

31 Se previene una publicación especial de la sentencia, “a título de reparación y a petición del interesado, cuando éste fuere absuelto, el hecho imputado no constituyere delito, o él no lo hubiere cometido” (artículo 49 del Código Penal Federal y para el Distrito Federal). En el proyecto de Código Penal para Veracruz, elaborado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales en 1979 (*cit. infra*, nota 59), se amplió la sanción de reparación del daño (título V del libro primero), que, por una parte, se dirigía al delincuente y a los terceros civilmente responsables (capítulo I), y por la otra, al Estado (capítulo II). Esto último no fue recogido en el Código veracruzano de 1980. El artículo 85 del proyecto disponía: “el Estado cubrirá el daño causado al reo a quien se hubiese seguido proceso que culmine en sentencia absolutoria o en sobreseimiento, en virtud de haberse acreditado la inexistencia del delito o la falta de participación del imputado[...]”.

32 Para favorecer la reparación del daño a cargo del Estado, la reforma de 1993 al Código Penal Federal y del Distrito Federal aportó una nueva fórmula en la fracción VI del artículo 32, precepto, éste, que manifiesta quiénes están obligados a reparar el daño causado por el delito: “VI.- El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culpables”. Anteriormente, la fracción se limitaba a decir: “El Estado, subsidiariamente, por sus funcionarios o empleados”.

práctica de la seguridad pública,<sup>33</sup> bajo la conciencia de que, como decía el recordado maestro Recaséns (ver, *supra*, nota 28) no es la seguridad, sino la justicia, el valor primario del derecho, pero sin seguridad no hay justicia, ni hombres, ni vida, ni sociedad a los cuales aplicarla. De ahí que se suele proponer a la seguridad de todos como el derecho humano crucial, de todos también, para que los restantes existan, subsistan o prosperen.<sup>34</sup>

La gravedad de algunas circunstancias ha militado por un concepto punitivo de la seguridad: todo el sistema de persecución, todo el régimen de justicia penal —que es mucho más que un régimen de tribunales— está al servicio de la seguridad y constituye su garantía más firme y segura. Bajo esta óptica, que mira los árboles y desatiende el bosque, se anticipa la función penal y se recata la función social. Dicho en términos que alguna vez he utilizado: se gobierna con el Código Penal en la mano (ver, *infra*, nota 49), cuando habría que hacerlo, primero, con la Constitución y su catálogo de programas de justicia. Los resultados prácticos suelen ser espectaculares en el primer minuto, pero modestos —y sumamente costosos— en las horas restantes, hasta que la presión estalla. El precio más alto es la inversión de valores y el establecimiento de un Estado gendarme en el más riguroso sentido de la expresión. No son pocas las leyes de seguridad que se hicieron según este modelo de policía.

Hay, desde luego, otra hipótesis acerca de la seguridad, que se difunde en un modelo opuesto de política criminal. Éste no abandona el énfasis en la prevención policial y la persecución penal; pero anticipa y carga el acento en otro género de prevención, infinitamente más amplio y ciertamente más eficaz, que no suprime la delincuencia —sería imposible—, pero puede moderarla para dejar que la represión opere donde debe operar: en el margen y para la excepción, no en el centro y para la generalidad.

Este otro modelo —un modelo integral— conjuga todos los derechos humanos para obtener un efecto unitario: pone a salvo, por ejemplo, el derecho de cada uno a la seguridad, y lo hace convocando la efectividad de otros derechos que pudieran serenar muchas conciencias y desarmar muchas manos: los derechos, también de cada uno, al trabajo, al salario justo, a la educación, a la salud, a la vivienda, a la recreación. Los derechos humanos de la primera generación —estrechamente relacionados, muchos de ellos, con la función persecutoria del

33 En lo que respecta a México, *cfr.* González de la Vega, René, *Política criminológica mexicana*, México, Porrúa, 1993, pp. 411 y ss.; y González Ruiz, Samuel; López Portillo, Ernesto V., y Yáñez, José Arturo, *Seguridad pública en México*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1944.

34 Tal es la idea implícita en el nuevo texto sobre seguridad pública, aportado por la adición de un último párrafo al artículo 21 constitucional, en 1994. Este asunto se halla en el título de garantías individuales; está vinculado con otras instituciones creadoras y tutelares de derechos: la procuración y la administración de justicia, que a su vez apoyan el Estado de derecho y la preservación de la paz.

Estado— padecen menos cuando de veras rigen los de la segunda generación —manifiestamente vinculados, no pocos, con la función promotora de ese mismo Estado, que ahora parece declinar. La consecuencia radical sería que el Estado desocupara médicos, obreros, educadores y campesinos, para ocupar policías.

Dicho con las juiciosas palabras de Denis Szabo:

El plantear la criminalidad como un problema social abre sin duda otras perspectivas. La política criminal se convierte en capítulo de la política social... entonces se pueden sacar las consecuencias en cuanto a medidas de prevención, cuestiones administrativas y medidas curativas[...].

Concluye: “un país cuya política social gira en torno al respeto de los derechos de las personas y que hace esfuerzos por satisfacer las necesidades elementales de seguridad económica, social y sanitaria tiene, por eso mismo, una política criminal preventiva”.<sup>35</sup>

## VI. DESARROLLO DE LA LEY PENAL

Si hay que ser previsor en cuanto a la criminalidad, también hay que serlo —justamente en aras de los derechos humanos conectados con la persecución— en lo que se refiere al desenvolvimiento de la ley penal —como de cualquier otra—, a su turno determinado por lo que pudiéramos llamar la fisiología de los procesos legislativos. Es cierto —como lo hemos visto en México— que determinados procesos provienen de la evolución natural de las instituciones jurídicas, al paso que evolucionan las relaciones sociales. También lo es —como lo hemos percibido aquí— que otros procesos arrancan del prurito reformista y convocan la adopción automática de soluciones extrañas. Otros más —también lo hemos observado en México— salen al encuentro de la crisis con aire de emergencia.<sup>36</sup> Y la emergencia no suele ser buena consejera; ni la impaciencia escribe las leyes mejor que la reflexión.

Hay crisis y crisis, por supuesto. Una de ellas, que ya mencioné, trajo al *ombudsman*. Pero en estas tormentas no sólo llueven derechos; suele ocurrir otra cosa: en la tempestad, los derechos menguan; la intervención deja de ser mínima; la punición deja de ser moderada. Eso exige la emergencia, y eso se le da. Luego no será fácil imprimir reversa a la locomotora en marcha.

<sup>35</sup> *Criminología y política en materia criminal*, trad. Félix Alcán, México, Siglo XXI, 1980, p. 217.

<sup>36</sup> Sobre esta triple posibilidad, *cfr.* lo que expongo en *Proceso penal y derechos humanos*, 2ª ed., México, Porrúa, 1993, pp. 9 y ss.; y “El Ministerio Público y las reformas constitucionales de 1994: antecedentes, contexto y novedades”, *Ars Juris*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, núm. 13 (especial), 1995, pp. 137-138.

## VII. LAS SELECCIONES PENALES

Quien construye un sistema penal —o lo observa, lo analiza, lo pone en movimiento, lo destruye— debe hacer una serie de selecciones. En cada una de éstas creará, modificará o afectará derechos; en cada una trascenderá hacia las personas y los grupos humanos; en cada una hará radicar determinado concepto sobre el poder, la libertad y la justicia; en cada una, en suma, acreditará cierta convicción filosófica, moral y política, que luego inflará las velas de la punición.<sup>37</sup> Por eso los estadistas, los genuinos estadistas, ponen tanto reparo en las cuestiones penales: saben su valor; un valor en sí y un valor de demostración; hay que manejar estas cosas, aseguran, con delicadeza. Ahora recuerdo la reflexión de nuestro joven Otero, en el siglo XIX mexicano, tan turbulento y nublado: “la legislación penal es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”; en ella se mostrará “más que en alguna otra parte la combinación [del] talento [y] el progreso de la ciencia”.<sup>38</sup>

Esas selecciones de que hablé, que mostrarán la idea y el proyecto que se tiene sobre el hombre, la sociedad y el Estado, y acerca de los espacios, las potestades y las relaciones de cada uno, para sí y frente a los demás, se refieren a la transgresión, al transgresor, a la punición, a la autoridad, al enjuiciamiento y a la ejecución. Como no hay sistema penal que sea un hecho consumado y final, todos los días —en ese hilado de Penélope, acosada por el apremio social y su consecuente (o desencadenante) político, pretendientes de la ley penal— habrá que elaborar las novedades de la persecución, que pueden ir desde la piel hasta el corazón.

## VIII. LA TRANSGRESIÓN

Recuerdo que mis maestros de derecho penal, en sus clases y en sus libros, se ocupaban en acreditar los códigos más recientes ponderando el número de artículos que contenían. Antes de entrar a la explicación del Código de 1931 —que fue reorientado por la más profunda y renovadora reforma que ha habido entre esa fecha y 1996: la de 1983—, hacían notar su reducido número de preceptos, apenas unos cuatrocientos, en contraste con los números —más de un millar— que correspondían a los códigos de 1871 y 1929.<sup>39</sup> Había varias expli-

37 Enseña Giuseppe Bettiol: “el código no surge ex abrupto de la mente del legislador, sino que madura con lentitud bajo el influjo de las concepciones filosóficas dominantes, de las apremiantes exigencias políticas, de las necesidades espirituales y económicas, de las tendencias científicas de una época determinada, de las tradiciones y de la conciencia moral y jurídica de un pueblo”. *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 6-7.

38 “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, *Obras*. México, Porrúa, 1967, t. II, pp. 653-654.

39 Así, la explicación del profesor Raúl Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 11ª ed., México, Porrúa, 1976, pp. 123 y ss.

caciones para esa reducción dramática; pero los expositores querían destacar sólo dos: una, el progreso de la técnica jurídica penal, que podía lograr mejores resultados con menos preceptos, y otra, más relevante sin duda, la concentración de los tipos en las conductas antisociales que verdaderamente merecían una reacción penal, y no apenas consecuencias civiles o administrativas. Era una forma de aludir al derecho penal mínimo, sin emplear esta expresión.

Seleccionar la transgresión apareja, sin duda, la más delicada, trascendente y peligrosa labor del Estado en el ámbito penal. A partir de esta selección, se armará todo el edificio de la persecución. Se ha dicho que en una sociedad primitiva menudean los delitos y abundan los castigos terribles. Otra cosa debe suceder en una sociedad avanzada —materialmente desarrollada o no—, que ensancha el espacio de la libertad o, en todo caso, se vale primero de la consecuencia menos severa para dejar la más grave al final, en el menor número de supuestos y como de mala gana.<sup>40</sup>

Sin embargo, la complejísima sociedad moderna, la evolución del delito, la aparición de nuevas categorías de infractores y los avatares que todo esto acarrea sobre la cortante espada de la seguridad han traído consigo una proliferación de tipos, que compensan y superan las bajas que produce el trabajo contrario: la destipificación. Cada día aparecen tipos penales: por adición, por reelaboración de los existentes o por introducción de calificativas. Desde el ángulo de los derechos humanos, habría que considerar la pertinencia y la formulación de estas figuras.

Es cierto que muchos tipos son únicamente, a veces, la reiteración exasperada y enfática de tipos preexistentes y suficientes, algo así como la transmutación de un discurso político en inocuo discurso penal: el mejor ejemplo, en nuestro Código, es la relación tan copiosa como inútil de fraudes específicos a pesar de que existe una figura de fraude genérico que abarca todos aquéllos, o casi todos.<sup>41</sup> Pero también es cierto que la tipificación puede traer consigo —y ha traído— errores que abren la puerta del exceso punitivo, o figuras muy abiertas, como aquella deplorada fórmula de la “disolución social”,<sup>42</sup> que marcan el arribo del autoritarismo.

40 Cfr. García Ramírez, Sergio, Los derechos humanos y el derecho penal, op. cit., pp. 181-182.

41 Jiménez Huerta advierte que las legislaciones modernas optan por una descripción amplia del fraude, que recoja las numerosas posibilidades que la realidad plantea, y hace notar que muchas de las fracciones contenidas en el artículo 387 son apenas en rigor innecesarias especificaciones casuísticas de la figura considerada en el 386; pero el 387 también incluye tipos que no recogen, propiamente, una conducta fraudulenta y a las que este autor llama “fraudes espurios”. Cfr. *Derecho penal mexicano (La tutela penal del patrimonio)*, 3ª ed., México, Porrúa, 1977, pp. 145 y ss. Asimismo, cfr. Zamora Pierce, Jesús, *El fraude*, México, Porrúa, 1992, pp. 221-222.

42 Hice la crítica de estos tipos en “Los delitos de disolución social”, trabajo publicado inicialmente en *Criminalia*, México, año XXXIV, núm. 11, 1968, y reproducido en Estudios penales, op. cit., pp. 45 y ss. Por decreto del 17 de julio de 1970, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de los mismos mes y año, desaparecieron los tipos de disolución social.

En este lugar conviene aludir también a los “pequeños delitos”, las faltas de policía, que merecen una recepción legal cuidadosa. Es bien sabido que aquí pueden acechar medidas opresoras de los derechos individuales. En el artículo 21 de la Constitución mexicana se previno la existencia de reglamentos autónomos para la regulación de las faltas. De tal suerte, éstas causaron baja en el catálogo de los códigos penales. Así padeció el principio de legalidad en el régimen de las contravenciones.

Un progreso apreciable se produjo en 1983, mediante la Ley de Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno,<sup>43</sup> pero poco más tarde sobrevino el retroceso a través de la llamada “justicia cívica”, que devolvió este asunto al plano de los reglamentos. Conviene formular algunas consideraciones sobre este asunto.

La ley de 1983 reunió las disposiciones judiciales y procesales y estableció un concepto sobre las faltas de policía y buen gobierno. De este modo, señaló el rumbo para que otra reforma progresista, más favorable a los derechos humanos que a los poderes del gobierno, ampliara la innovación y reasumiera en la ley las faltas y las sanciones correspondientes, que estuvieron en manos del Congreso bajo el Código de 1871, y quedaron en los del Ejecutivo bajo las legislaciones de 1929 y 1931. Sin embargo, el camino de la legalidad se clausuró, e inclusive retrocedió, por obra del ordenamiento sobre justicia cívica.

Sucedió que el artículo tercero transitorio del decreto de reformas constitucionales del 29 de julio de 1987, publicado el 10 de agosto siguiente, dispuso que la Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal, su reglamento y las disposiciones administrativas del Distrito Federal, acerca de los asuntos mencionados en el nuevo inciso A) de la base 3ª de la fracción VI del artículo 73 constitucional, quedarían vigentes hasta que la

43 Tomando en cuenta la prevención constitucional de los reglamentos autónomos, el legislador de entonces debió analizar previamente la constitucionalidad de un ordenamiento legal sobre faltas. Conviene recordar que esta misma posibilidad, en lo que respecta a los estados de la República, ya constaba en las modificaciones que en diciembre de 1982 se hicieron al artículo 115 de la Constitución, cuya fracción II pasó a decir: “los ayuntamientos poseerán facultades para expedir de acuerdo con las bases normativas que deberán establecer las legislaturas de los estados, los bandos de policía y buen gobierno, y los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones”. Sobre la constitucionalidad y las características de la Ley de Justicia mencionada, *vid.* Carrillo Flores, Antonio, “Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno”, en VV. AA., *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984, pp. 399 y ss.; Tena Ramírez, Felipe, “Opinión respecto de la Ley de Faltas de Policía y Buen Gobierno”, en *idem*, pp. 407 y ss.; Martínez Báez, Antonio, “La aplicación por la autoridad administrativa de las sanciones establecidas por las infracciones a los reglamentos de Policía y Buen Gobierno”, en *idem*, pp. 411; Román Lugo, Fernando, “La justicia de Policía y Buen Gobierno”, en *idem*, pp. 419 y ss., y Andrade Sánchez, Eduardo, “El régimen legal de las faltas. Comentario a la Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno”, en *idem*, pp. 429 y ss.

Asamblea de Representantes del Distrito Federal no dictase los bandos, ordenanzas y reglamentos que debía expedir conforme a las normas del referido decreto.

Ahora bien, el mencionado inciso A) estableció la facultad de dicha Asamblea para “dictar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno que, sin contravenir lo dispuesto por las leyes y decretos expedidos por el Congreso de la Unión para el Distrito Federal”, tuvieran como objeto una amplia serie de materias, entre ellas la seguridad pública. Como se ve, esta disposición permitía la coexistencia de normas legales y disposiciones reglamentarias. Jamás debió verse como una supresión lisa y llana de las leyes y una vía franca para la proliferación de reglamentos autónomos en torno a los asuntos aludidos en aquel inciso. Por lo que toca específicamente al tema que ahora nos antañe, esta coexistencia de normas de diverso rango jurídico ya existía en los estados de la República, al amparo del segundo párrafo de la fracción II del artículo 115 constitucional, que faculta a los municipios para expedir bandos de policía y buen gobierno, de acuerdo, precisamente, con las bases normativas que deben establecer las legislaturas de los estados.

Con sustento en una lectura errónea del multicitado inciso A), alentada hasta cierto punto por el artículo tercero transitorio del decreto del 29 de julio de 1987, se expidió el Reglamento Gubernativo de Justicia Cívica para el Distrito Federal, del 15 de julio de 1993, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 del mismo mes. Fue así como retrocedieron las manecillas del reloj de la legalidad en el régimen de faltas de policía en el Distrito Federal.

En los términos del decreto de reformas a la Constitución del 21 de agosto de 1996, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de agosto, decae la crítica sobre pérdida del principio de legalidad en materia de faltas en el Distrito Federal, en cuanto que el inciso i) de la base primera del apartado C) del artículo 122 constitucional pone a cargo de la futura Asamblea Legislativa del Distrito Federal (órgano que realiza la función idéntica por parte del Congreso de la Unión, aunque cada una se extienda a cuestiones diferentes) normar la justicia cívica sobre faltas de policía y buen gobierno.

Bajo la más conveniente interpretación de este mandamiento, toda la materia de faltas —esto es, la orgánica, la sustantiva, la adjetiva y la ejecutiva— quedaría integrada en disposiciones con rango de ley expedidas por la Asamblea Legislativa. Bajo otra interpretación, también practicable, pero menos plausible, habría que vincular el mandamiento del artículo 122 con el contenido en el artículo 21, acerca de reglamentos autónomos, y entender que la competencia de la Asamblea Legislativa no suprime la del órgano administrativo para señalar en reglamentos las infracciones de policía y buen gobierno; en la especie, esa autoridad sería el jefe de gobierno del Distrito Federal, puesto que se trata de proveer en la esfera administrativa la exacta observancia de una ley expedida por la Asamblea Legislativa (inciso b, fracción II, base segunda, apartado C, del artículo 122).

## IX. EL TRANSGRESOR

La selección del transgresor parece sencilla: hoy día existe un solo personaje: el adulto imputable, al que se sanciona en función de su culpabilidad, no de su peligrosidad; esto es, por lo que verdaderamente hizo, no por lo que acaso es y probablemente hará. Dejo de lado la reacción frente al inimputable que desplegó una actividad con resultado típico: el manejo corresponde al derecho de la salud y la educación, más que al de la punición.<sup>44</sup>

Un camino oscuro, poblado de celadas, conduce al establecimiento de situaciones de peligro que provocan la aplicación de sanciones al sujeto “peligroso”, aunque no exista delito que justifique con hechos la suspicacia del Estado. Por este rumbo, el hombre está en trance de naufragio. En México, nunca hubo simpatía para la legislación sobre estados de peligro predelictual, salvo en el supuesto de los menores infractores.

Aunque la sociedad entera habla todo el tiempo de peligro y peligrosidad —dos de sus realidades cotidianas, que el hombre común no puede ignorar— el moderno derecho penal se resiste a hacerlo. En ocasiones, excluye de plano la peligrosidad; en otras, la encubre con elusiones y eufemismos, como “características del sujeto”, “personalidad del infractor”, etcétera. La más importante reforma de nuestro Código Penal de la Federación y el Distrito Federal, la de 1983 —y digo la más importante porque con ella y desde ella varió el rumbo de la ley penal— sacó de raíz la presunción de dolo, que venía desde cien años atrás; en el mismo rumbo, la reforma de 1993 abolió la referencia a la peligrosidad y se pronunció por la culpabilidad, y finalmente la reforma de 1996 limpió la ley procesal de referencias a la temibilidad, resabio de Garofalo en el derecho nacional.

Lo que puede mellar el espacio de los derechos del individuo es la ampliación en el concepto sobre el adulto imputable, crecimiento que opera de un golpe legislativo: la reducción de la edad, no ya para la imputabilidad penal —como se decía, sin acierto—, sino para el ingreso al ámbito de validez subjetiva de la norma penal, que es el ámbito mismo de la justicia penal.

Aquí se ha formalizado una discusión entre dos corrientes enfrentadas, aunque en rigor no haya razón para que lo estén. De un lado, se localiza la orientación tutelar y del otro, la orientación “garantista”. Si se ven las cosas con mayor

44 Con buen sentido, y precisamente para recibir preocupaciones relacionadas con la preservación de los derechos humanos del infractor inimputable, la reforma penal de 1983 dispuso un nuevo texto para el artículo 69 del código de la materia, que evitase reclusiones indefinidas como consecuencia de un delito y de una sentencia de juez penal: “en ningún caso la medida de tratamiento impuesta por un juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables”.

detenimiento, no existe una forzosa contradicción entre lo tutelar y lo garantista; es decir, entre la actuación del Estado como tutor del individuo y las garantías a las que se halla sujeta esta hipotética tutela. Puede haber ambas cosas: tutela y garantías, que las hay en el derecho civil familiar del que son oriundas las instituciones de la patria potestad y la tutela. La contraposición existe en otro orden de ideas: entre la pretensión tutelar y la pretensión penal.<sup>45</sup> No extraña, por lo demás, que un Estado en involución, reticente frente a las ideas de protección o bienestar, opte por la punición, mejor que por la corrección, cuando se coloca frente al menor infractor.

Debo reconocer que los redactores de la Ley sobre Consejos Tutelares de 1973 sí acertamos en la integración de estos órganos y en el diseño procesal, no sin algunos tropiezos, nos equivocamos al incluir en ella el concepto de peligrosidad predelictiva, como supuesto para la competencia material de los consejos. Esto fue indebido y lo corrigió la vigente ley de 1991, que a su turno resultó errónea por el olvido de las infracciones administrativas, y regresiva por el propósito general de convertir al menor de edad en sujeto del derecho punitivo — con sus conceptos y figuras—, bajo el imperio de una ley penal especial.<sup>46</sup> Empero, aquella inclusión era explicable bajo el concepto de que los Consejos

45 En mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, *Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, expongo lo siguiente: “se ha formulado una curiosa antinomia entre lo que se designa como orientación “tutelar” del régimen para menores infractores, y lo que se denomina orientación “garantista” en este mismo campo. El dilema que a partir de aquí se construye es absolutamente falso, producto de una confusión flagrante. Los patrocinadores de la antinomia quieren decir, de buena fe inclusive, que por un lado existe cierto derecho de signo supuestamente tutelar o paternal, que priva de garantías a sus destinatarios menores de edad a cambio de tratarlos como pacientes de ciertas dolencias, al paso que por otro lado prospera un derecho de signo supuestamente “garantista” —rara palabra, entre atroz y pintoresca, para decir lo que en castellano se denomina “garantizador”—, cuya virtud es dotar de garantías, en el sentido procesal de la expresión, a esos mismos destinatarios. El error proviene, pues, de oponer tutelar a garantista, es decir, cavar un abismo entre tutela y garantía. Es obvio que estos dos conceptos son perfectamente compatibles entre sí. Más aún, debieran serlo en cualquier caso, pero sobre todo en éste. Se pierde de vista que la diferencia no reside tanto en la exclusión o la inclusión de garantías procesales, que desde luego son importantes e indispensables, sino en el sentido profundo de la reacción del Estado. La verdadera oposición existe entre un derecho para menores infractores de orientación tutelar y otro de orientación punitiva. ¿De qué se trata entonces?, ¿de mantener a los menores de edad bajo ordenamientos propios, con categorías *sui generis*, pero no despojadas de garantías consecuentes con los sujetos y los temas que se manejan en ese orden autónomo, o de reinstalarlos en el sistema penal, bajo el texto de una ley punitiva especial? Ésa es la verdadera antinomia”, *op. cit.*, pp. 205-206.

46 Entre los supuestos de intervención de los Consejos Tutelares creados por la Ley de 1973, publicada el 2 de agosto de 1974, figuraba el caso en que los menores de edad “manifiesten otra forma de conducta (además de infracciones a las leyes penales o a los reglamentos de policía y buen gobierno) que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños, a sí mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo”. La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores fue expedida el 19 de diciembre de 1991 y publicada el 24 de ese mismo diciembre.

Tutelares relevan a los padres y tutores en el desempeño de sus atribuciones familiares, relevo previsto en la legislación civil correspondiente.<sup>47</sup>

## X. LA SANCIÓN

Otra selección arriesgada es la que se refiere a la consecuencia jurídica del delito sobre la vida y los derechos del inculpado, cuando éste llega a su primera culminación: el punto en que será condenado. Aquí hay que optar, en un catálogo más o menos nutrido, por el sentido o la finalidad de la sanción, uno de los temas descollantes de la filosofía y la política penales. Y luego es preciso estatuir, como efecto de aquella primera selección, los métodos para obtener el fin que se quiere y declara, o bien, los que no se declaran a la luz del día, pero se quieren en la secreta conciencia de la sociedad, o al menos del legislador.

No continuaré sin antes observar que la sanción penal, consecuencia de una conducta reprochable, en general, y reprochada, en particular, de ninguna manera es —ni debiera pretenderse que sea— el instrumento decisivo en la lucha contra el delito. La eficacia disuasiva de la pena es siempre discutible y relativa. No puede sostenerse la paz en el detallado y cotidiano discurso de los castigos; ni afianzarse la justicia en la “costumbre de la pena”.<sup>48</sup> Es obvio que no se gobierna a una sociedad —no, al menos, a toda la sociedad todo el tiempo— con el Código Penal en la mano.<sup>49</sup> Ya que hablamos de derechos humanos, habrá que insistir en que la felicidad del pueblo, objetivo y obligación del buen gobierno, reside más en la parte social que en el capítulo penal de la Constitución.

La selección primordial, crucial para todo lo que siga, aparece en la encrucijada histórica: vida o muerte, es decir, sanciones de recuperación —con numerosas variedades— o sanciones de supresión —con dos categorías muy practicadas: expulsión de la existencia o expulsión de la convivencia; muerte y exclusión—. No parece factible conciliar el respeto a los derechos humanos con

47 Puesto que el ejercicio de la patria potestad “queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal” (artículo 413 del Código Civil), que fue relevada por la Ley de los Tribunales para Menores, de 1941; ésta lo fue, a su vez, por la de Consejos Tutelares, de 1973; y ésta quedó sustituida por la ley penal especial de 1991.

48 Costumbre que, por otra parte, mina los efectos intimidantes de la sanción; “la experiencia demuestra que es decreciente la eficacia de la pena reiterada y extremada. El empleo excesivo de la sanción acaba por privar a la pena de buena parte de sus efectos disuasivos. Surge una especie de ‘costumbre de la pena’, que la erosiona”. *Los derechos humanos y el derecho penal, op. cit.*, p. 183.

49 *Cfr.* Los derechos humanos y el derecho penal, *op. cit.*, p. 183. Esta expresión —“no se gobierna a la sociedad con el Código Penal en la mano”— causó, hace tiempo, algún explicable desagrado, que comenté periodísticamente en el artículo “A cinco años de distancia”, *Excelsior*, 28 de julio de 1994, que se reproduce en mi libro *Temas de México*, México, Asociación Nacional de Abogados, 1996, pp. 11-12.

el cultivo de la pena capital, aunque a ésta se deje apenas un resquicio por el que se deslicen, sólo de cuando en cuando, los descendientes contemporáneos del público de París y de la gran familia Sanson.<sup>50</sup>

A mi modo de ver, sólo se puede ser abolicionista o no abolicionista, pero difícilmente abolicionista a medias o bajo condición, como lo fueron los constituyentes mexicanos de 1856 y 1916,<sup>51</sup> porque esto ya supone un principio de admisión y justificación que luego emprende el camino y acaba marchando por su cuenta, con paso muy largo y horizonte muy ancho. No celebro el dogmatismo, ni en el derecho ni en otras partes; pero si acaso hubiera que construir un dogma en el régimen de las penas, tal sería el que defendiera la vida a rajatabla. No obstante la demostrada inmoralidad de la pena de muerte y su evidente ineficacia reductora de la criminalidad, sigue campeando por sus fueros.<sup>52</sup>

En el desenvolvimiento constitucional se han sucedido dos categorías de normas sobre las sanciones, que en rigor se aplican sobre todo a la pena privativa de libertad, desde que se miró como la más relevante de todas, cualitativa y cuantitativamente. Una primera serie procura el buen trato del reo; tiene, pues, una pretensión humanitaria; la segunda dispone —expresa o implícitamente— el tratamiento del recluso; cuenta, así, con un designio finalista.<sup>53</sup>

En 1916, la ley fundamental eligió un propósito difícil y profundo: la regeneración del delincuente; en 1964 optó por otro, menos comprometido y peligroso: la readaptación social.<sup>54</sup> Quedaron pendientes, por lo que hace a la letra de la Constitución, todos los restantes, con los nombres y matices que se quiera: retribución, ejemplo, expiación, contención. Pero no han estado pendientes ni en la ley secundaria, ni en la lógica del derecho penal, que no puede ignorar la correspondencia que propuso Grocio al entender a la pena como *malum passionis*

50 Los Sanson —y entre ellos el ejecutor de Luis XVI y de María Antonieta— formaron una de esas “dinastías” de verdugos, que han “sido el símbolo viviente de la reacción penal durante tantos siglos de historia de nuestra disciplina, desde la Edad Media”: los Gröbel y Reichhart, en Alemania; Deibler, Desfourneaux y Sanson, en Francia; Berry, Calcraft y Pierrepont, en Inglaterra. Cfr. García Valdés, Carlos, *Teoría de la pena*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 31.

51 Porque la primera parte del artículo 23 de la Constitución de 1857 (hasta su reforma en 1901) dispuso: “Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario”. Examen de los antecedentes y deliberación de este precepto, en García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 47 y ss. Por su parte, el artículo 22 de la Constitución de 1917 no suprime de plano la sanción capital, sino manifiesta en qué casos podrá ser incluida en los ordenamientos penales. La pena de muerte quedó suprimida de los códigos penales comunes en 1975, al reformarse, para este fin, el de Sonora; subsiste en el Código de Justicia Militar.

52 Cfr. García Valdés, *Teoría de la pena*, op. cit., pp. 32 y ss.

53 Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, op. cit., pp. 52 y 210-211.

54 Me refiero a este desarrollo en mi libro *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, op. cit., pp. 50 y ss.

*quod infliggitur ob malum actionis*,<sup>55</sup> ni en la proposición final de Beccaria para que fuese “la menor de las penas posibles en las circunstancias dadas” y “proporcional a los delitos”.<sup>56</sup> Cada cambio en nuestra ley —y han sido muy abundantes— acentúa alguno de aquellos objetivos restantes, no necesariamente la readaptación.

Todo apunta, sin embargo, a la existencia de un derecho humano a la readaptación, consagrado por la ley fundamental de la República. Eso se infiere de la colocación de aquel proyecto penal en el texto de esta ley principal, de las reformas acerca de ejecución extraterritorial o “repatriación” de sentenciados, de muchas disposiciones secundarias que insisten en la readaptación, y del ordenamiento mismo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos —nueva norma clave de la materia—, que identifica éstos a partir de la remisión a ese emplazamiento constitucional y a los tratados internacionales celebrados por México.

Ahora bien, el derecho a la readaptación que estatuye el artículo 18 no parece ser el único que puebla este espacio penal. Pudiera concurrir con otros, tomados de diversas normas con idéntico rango. Me refiero a un posible derecho social e individual a la justicia, que derivaría del artículo 17; a otro —con el mismo alcance subjetivo—, a la seguridad, que se construiría a partir de las nuevas fórmulas del 21; y a uno más, también a la seguridad y a la justicia en favor de la sociedad y del ofendido, que se podría establecer con apoyo en la inminente fracción I del artículo 20.

Si esta hipótesis prevalece, a su luz debieran ponderarse por lo menos tres asuntos de derecho sustantivo y alguno más de derecho adjetivo que adelante mencionaré. De los sustantivos, estrechamente relacionados entre sí, uno es la adecuación de las sanciones en general, es decir, la selección de su entidad e intensidad,<sup>57</sup> que constituye la clave para la individualización judicial, la más notable utopía penal en el traslado de la norma legal a la resolución jurisdiccional;<sup>58</sup> otro, el constante cambio de las penas tradicionales por las penas relativamente novedosas que las relevan de plano en el código mismo, o las alteran en calidad de sustitutivos judiciales individualizados (sin perjuicio de los “correc-

55 En *De jure belli ac pacis*, 1625; prolegómenos, I, 1. *Cit.* Costa, Fausto, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*. trad. Mariano Ruiz Funes, México, UTEHA, 1953, p. 67.

56 *Tratado de los delitos y de las penas*, *op. cit.*, p. 185. La estupenda fórmula final de la obra de Beccaria establece: “para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de las penas posibles en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos y dictada por las leyes”.

57 A esto se refieren dos preceptos centrales del Código Penal mexicano, a saber: los artículos 51 y 52, modificados en 1993. En ellos se fijan las bases para el arbitrio judicial, hasta donde lo permite la ley nacional.

58 Dice Marc Ancel que el tema capital del derecho penal moderno es la “inserción de la personalidad dinámica del delincuente dentro de un sistema objetivo y naturalmente estático de reacción legal”. “Introduction comparative aux Codes pénaux européens”, *Les Codes pénaux européens*, París, Centre Français de Droit Comparé, t. I, pp. LXV-LXVI.

tivos” de la fase ejecutiva).<sup>59</sup> y otro más, la introducción del perdón judicial en los supuestos de irracionalidad de las penas legalmente previstas, que se despliegan en las especies de lesión del agente por obra de su propia conducta punible, enfermedad y edad avanzada.<sup>60</sup>

Seguimos teniendo en el centro de nuestros problemas la pena privativa de libertad. Pugna contra la idea humanizadora —que es la aliada de una versión más generosa de los derechos humanos— el empleo excesivo de la prisión; oprime inútilmente y no rescata al inculcado para constituirlo, de nueva cuenta, en hombre libre; así sea libre en un segundo momento, tras el castigo, el escarmiento, el tratamiento; y en consecuencia, más bien hombre liberado y hasta liberto, que libre a secas. Por eso se quiere “obligar al legislador” a optar por las sanciones sustitutivas de la prisión.<sup>61</sup>

Sin embargo, aquí pisamos terreno resbaladizo. En algunos países que han tenido éxito en la reducción de la criminalidad, se exhibe la prisión como instrumento de la paz: no de la retribución, ni de la expiación, ni de la rehabilitación; sino lisa y llanamente de la contención.<sup>62</sup> Esto rige tanto para la preventiva

59 Los sustitutivos penales (además de la condena condicional, que data de mucho tiempo atrás, y de ciertos casos de sustitución de pena privativa de libertad por multa) fueron introducidos por el proyecto de Código Penal para el estado de Veracruz, redactado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales por una comisión integrada por Celestino Porte Petit, Sergio García Ramírez, Ezequiel Coutiño Muñoz, Moisés Moreno Hernández, Luis Marcó del Pont y Carlos Vidal Riveroll. La exposición de motivos —en la que se explica el innovador régimen de sustitutivos— figura en *Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981, t. 5, pp. 63 y ss. El Código para Veracruz, de 1980, recogió el sistema de sustitutivos. Lo mismo hizo, con mejor factura, la reforma de 1983 al Código Penal, de la que derivan los contenidos actuales del inciso 2 del artículo 24 y el artículo 27.

60 El artículo 55 del Código Penal fue reformado primeramente el 30 de diciembre de 1983 (*Diario Oficial de la Federación* del 13 de enero de 1984), para aludir a las consecuencias graves en la persona del agente como efecto del delito cometido; y seguidamente, el 16 de diciembre de 1991 (*Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre), para referirse a los supuestos de senilidad y enfermedad, en términos por demás generales, y por ello riesgosos. En virtud de ambas reformas, el precepto dice ahora: “cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte, motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos”. Queriendo corregir la extremada vaguedad en que incurrió la reforma federal y distrital de 1991, el proyecto de Código Penal para el estado de Morelos, de 1996, se refiere al supuesto de precario estado de salud como sigue: “Cuando el agent[er] padezca enfermedad grave, incurable y avanzada” (artículo 59, fracción II).

61 Hay una amplia bibliografía condenatoria de la prisión. Me refiero a algunos títulos en mi libro (en proceso de edición) *Prisiones, prisioneros y custodios. Los personajes del cautiverio*. Marc Ancel observa que es “anormal” que la prisión, “condenada por todo el mundo, siga siendo aplicada tan amplia y ciegamente por los tribunales de los distintos países[...] Hay que obligar al legislador a crear penas sustitutivas de la prisión, hay que esperar que los jueces las utilicen[...]”. “La defensa social...”, en *Terceras Jornadas...*, *op. cit.*, p. 224.

62 La reducción de la criminalidad en grandes ciudades norteamericanas, y especialmente en Nueva York, se asocia con una serie de factores, entre los que destaca el intenso empleo de la prisión:

—que no es sanción, aunque opere exactamente como si lo fuera— como para la punitiva. Por lo demás, el empleo de los sustitutivos ha sido a veces erróneo, precipitado, en la triple perspectiva de la legislación, la jurisdicción y la ejecución. Es entonces cuando aparecen los otros derechos: los de la víctima, los de los hombres comunes, militando contra una benevolencia que se dice torpe y peligrosa. Y es entonces, por lo mismo, cuando retrocedemos en el camino de la libertad; los derechos se comprimen y se recela del humanitarismo penal.<sup>63</sup>

## XI. LA SEDE

A estas alturas ya parece indiscutible que la ley es la única sede para la regulación penal. El principio de legalidad, que cavó la tumba del absolutismo penal, la discrecionalidad judicial, el arbitrio procesal y ejecutivo, etcétera se ha establecido firmemente en el triple campo del derecho material, el procesal y el ejecutivo.<sup>64</sup> Tal es, por lo menos, la teoría; pero esa misma dirección camina también, en la mayoría de los casos, el derecho positivo. Aquí, la legalidad se expresa a través de una serie de principios: *nullum crimen nulla poena sine lege, nemo iudex sine lege, nulla poena sine iudicio, nulla executio sine lege*.

Como antes señalé, en México hay una laguna a propósito del régimen de faltas de policía y buen gobierno, que pudo colmarse si se hubiera recogido nuevamente la tradición de los códigos históricos o la enseñanza —que en este punto, específicamente en éste, pudo ser atendida— de algunos ordenamientos extranjeros, que suelen ser el espejo para que en él se mire el legislador nacional. Por ese camino ya va el artículo 115 de la Constitución, en el régimen estatal y municipal, y por él iba la Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen

los delincuentes —se dice— están en la cárcel, no en las calles. Cfr. Krauss, Clifford, “The mystery of New York, the suddenly safer city”, y Lacayo Richard, “Law and order”, y Pooley, Eric, “One good apple”, en *Time International*, vol. 147, núm. 3, 15 de enero.

63 Sobre este asunto en México, a propósito de los diversos movimientos en los sustitutivos penales que incorporó la reforma de 1983 en el Código Penal federal, cfr. mi trabajo “Desarrollo de los sustitutivos penales”, en VV. AA., *Las penas sustitutivas de prisión. Cuaderno número 2 de Justicia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.

64 “Según los distintos momentos sobre los que opera, el principio de legalidad de los delitos y las penas contiene, en primer lugar, las denominadas garantía criminal y garantía penal, lo que se corresponde con la originaria formulación de dicho principio. Estas garantías actúan en el momento de la definición legal de los delitos y las penas y en el de la decisión sobre la responsabilidad penal y la pena aplicable, pero a ellas se han añadido otras que operan en momentos distintos; concretamente, el principio de legalidad exige también que la decisión sobre la responsabilidad penal y sobre la pena aplicable se lleve a cabo mediante el proceso establecido legalmente y por los órganos judiciales competentes, en cumplimiento de lo que se conoce como garantía procesal y jurisdiccional[...]. Por último, se exige también que la pena impuesta se ejecute con arreglo a las disposiciones vigentes en cumplimiento de la garantía de ejecución o principio de legalidad de la ejecución”. Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, pp. 100-101.

Gobierno, de 1983, en lo que atañe al Distrito Federal. Ocupada en restablecer el principio de legalidad, esta norma adoptó una interpretación ilustrada del artículo 21 constitucional.

## XII. LA AUTORIDAD

Al legislador y al interesado en los derechos humanos —e interesados somos todos, por más que algunas voces extravagantes quieran sostener que el *ombudsman* sólo protege a delincuentes, precisamente por ser delincuentes— les importa sobremanera definir el papel de las autoridades en este campo. En principio, bajo el Estado de derecho que conocemos, lo mismo el Estado de seguridad que el Estado de justicia,<sup>65</sup> todas las autoridades se hallan obligadas por los derechos humanos: son el “detente”, la muralla, el foso erizado de advertencias y garantías, que contiene al poder en la frontera entre el uso y el abuso.

Pero es preciso hilar más finamente: distinguir entre los obligados generales, que son todos los funcionarios, y los obligados particulares, en los que radica una especie de “profesión” defensora. Para esto existe la vasta red de las protecciones jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Entre nosotros, hay remedios y oficientes de los remedios: lo son el juicio de amparo y los jueces federales; el *ombudsman*<sup>66</sup> y las recomendaciones y conciliaciones que le están atribuidas; las comisiones del Poder Legislativo y las comparecencias e investigaciones que practican; los dictámenes u opiniones que la Suprema Corte dispone en virtud del controvertido artículo 97 de la Constitución,<sup>67</sup> y las personas que los emiten;

65 Distingo entre estas dos versiones del Estado de derecho: Estado de seguridad, que provee certeza sobre las potestades (atribuciones) de la autoridad y las posibilidades (derechos) del individuo, y Estado de justicia, que provee condiciones para el desarrollo de las potencialidades del ser humano. El primero sería, pues, un Estado “formal” de derecho; el segundo, por contraste, un Estado “material” de derecho, o bien, visto desde una perspectiva axiológica, un Estado social de derecho o un Estado de derecho justo.

66 Ciertamente, el *ombudsman*, que ha florecido en nuestro medio, no desplaza o sustituye a los restantes controles del poder público, en general, y de la administración, en particular. Dice bien Gros Espiell que es “algo que debe adicionarse a todas o a algunas de estas instituciones o recursos, según los distintos sistemas jurídicos, para complementar, desde un punto de vista distinto, actual y diferente, el control de la administración y la protección del individuo. Por eso, no se trata de plantear una opción, sino de resolver un problema de armonización y coordinación en función del objetivo esencial: fortalecer y hacer más eficaz el sistema institucional para que el Estado de derecho sea una realidad veraz y viva”. “El *ombudsman* en América Latina...”, en *Derechos humanos...*, op. cit., p. 168.

67 Aludo aquí a la controversia suscitada por la intervención y la conclusión (¿sentencia?, ¿resolución?, ¿dictamen?, ¿opinión?, ¿?) en el grave asunto de Aguas Blancas, Guerrero, ventilado en 1996, en que la Suprema Corte designó una comisión de ministros para investigar, a solicitud del Ejecutivo federal, la violación de garantías individuales en esa localidad de aquella entidad federativa, en los términos del segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución. Al parecer, la ¿opinión? de la Suprema Corte no posee ningún efecto jurídico vinculante para otras autoridades, puesto que la Procuraduría General de Justicia del estado de Guerrero (a quien la Suprema Corte remitió sus

los jueces penales ordinarios —por supuesto— cuyos procedimientos recorren la intrincada geografía de los derechos del inculpado, de la sociedad y del ofendido, y finalmente —pero no por último— el envolvente democrático de los derechos humanos: el juicio de la opinión y la decisión del sufragio.

No basta, por supuesto, con los *omes bonos* que dijeron las Partidas para caracterizar al juzgador,<sup>68</sup> si aquéllos no disponen de normas suficientes y de recursos bastantes para trasladar a la realidad los buenos deseos del constituyente. Pero ninguna norma, por perfecta que sea, podrá resguardar al ser humano si no lo procura la autoridad. Ahora bien, como “la autoridad” es una abstracción, deberemos pensar aquí en los hombres concretos investidos de poder público —ellos son el Estado; ellos son la justicia—, es decir, en el dato subjetivo de los derechos humanos<sup>69</sup> y en la cultura también de derechos humanos: es decir, de humanismo y de juridicidad que esos funcionarios deben poseer, profesar y ejercer.<sup>70</sup> Si esto no ocurre, con el nombre que se quiera, dominará la retórica: menguada esperanza para el inculpado que se sabe en peligro.

Éste es el escudo, el envolvente, el “ambiente” propicio para que florezcan las prerrogativas del hombre. Eficaz en todo caso, lo es todavía más en el supuesto de la persecución penal, donde el ser humano se halla peor titulado y gravemente desvalido: esa cultura será determinante cuando se trata de abordar a quien es, nada menos, un enemigo social “diplomado”.<sup>71</sup>

Separo al Ministerio Público sólo para destacarlo. Es preciso, porque fue una figura luminosa en el mensaje esperanzado de Carranza, en el alba de la Constitución, y es ahora un personaje en la penumbra. No ensayo una teoría universal de esta figura; apenas propongo una versión mexicana, que es, finalmente, para los mexicanos, la única que les concierne y por ende la única

conclusiones) no ejerció acción penal alguna a raíz y con motivo del pronunciamiento de la Corte; y en vista de que la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (asimismo, destinataria de dichas conclusiones) tampoco resolvió la apertura de un juicio político. Por lo demás, la Suprema Corte no puede instar por sí misma un juicio penal local, ni erigirse en tribunal de conocimiento de imputaciones penales (formuladas por ella misma), ni promover un juicio político.

68 Dijeron las Partidas que los jueces son “*homes bonos que son puestos para mandar e facer derecho*”, part. 3ª, tít. 40., ley 1ª.

69 Son “piezas” del sistema penal las normas y los hombres. Entre éstos, policía de prevención, policía de investigación, acusador oficial, defensor, juzgador, ejecutor y, desde luego, la sociedad. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, op. cit., pp. 184 y ss.

70 Sobre la cultura de derechos humanos, cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, op. cit., pp. 175-176; y *Curso de derecho procesal penal*, 5ª ed., México, Porrúa, 1989, pp. 30-31: “una deficiente ‘cultura de derechos humanos’ frenará y desvirtuará, evidentemente, los mejores propósitos del legislador. Esto lo conocen y padecen constantemente, además de las víctimas de la violencia por parte de los ‘servidores de la justicia’, quienes tesoneramente procuran, contra un medio adverso, la conciliación práctica entre el respeto al hombre-individuo y el respeto a los hombres constituidos en sociedad”.

71 Cfr. García Ramírez, Sergio, *La prisión*, op. cit., p. 21.

que existe.<sup>72</sup> Se ha dicho que el Ministerio Público es una autoridad o una parte de “buena fe”:<sup>73</sup> esto significa que es, como el juzgador mismo, un personaje comprometido con la legalidad, y nada más que con ella. Por lo pronto, no discutiré si además lo está con la justicia.

La legalidad marca los derechos de fondo y de forma de los participantes en el procedimiento. Es afortunada la ya antigua idea —más una idea que una práctica— que establece a la cabeza de las atribuciones del Ministerio Público la vigilancia de la constitucionalidad y la legalidad.<sup>74</sup> Se puede discutir, como lo hacen algunos autores, si esa vigilancia se ejerce sobre todos los funcionarios del Estado o apenas sobre los miembros del Ministerio Público mismo y sus temidos auxiliares.<sup>75</sup> En todo caso, se ejerce en el procedimiento penal indagatorio y judicial, donde están a punto de naufragio los derechos humanos, y en la ejecución de la sentencia, la etapa que más elude las candilejas, donde suelen naufragar de plano. Si hay alguien comprometido con la preservación de los derechos humanos en el curso del procedimiento penal, lo es el Ministerio Público. Este compromiso tiene partida doble: proviene de su función como custodio de la constitucionalidad —¿y qué mejor custodia habría que la de las garantías individuales?— y de su tarea como indagador objetivo en la averiguación previa y parte *sui generis* en el proceso penal.

72 Ayarragaray puntualiza que “compréndese[...] por qué suscita tantas discusiones el origen, funciones, atribuciones, relaciones, jerarquía y futuro del Ministerio Público: participa la institución moderna del sello local que la evolución o la historia le han impreso en cada país y en cada época. Con tal criterio debe estudiarse, verificando en cada caso y en cada circunstancia, sus caracteres esenciales y comunes”. *El Ministerio Público*, Buenos Aires, J. Lajouane y Cía., Editores, 1928, p. 9.

73 Clariá-Olmedo señala que “el Ministerio Fiscal es[...] un órgano de justicia al igual que el tribunal, pero no ejercita el poder jurisdiccional, lo que es privativo de éste; es el órgano judicial público instituido para excitar la decisión del órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción. Salvo esta fundamental diferencia, ambos son representantes de la soberanía en la rama judicial, y deben actuar conforme a las prescripciones legales”. *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediar, 1962, t. II, p. 290. Y Calamandrei señala: “entre todos los oficios judiciales, el más arduo me parece el del acusador público, el cual, como mantenedor de la ley, deberá ser imparcial como un juez”. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, EJE, 1969, p. 60.

74 En su recordado debate sobre la misión constitucional del procurador de la República y las funciones del Ministerio Público, Luis Cabrera y Emilio Portes Gil (este último entonces procurador de la República), coincidieron en sostener que la tarea más relevante del Ministerio Público federal “es la de intervenir como parte en los juicios de amparo en que se trata de impedir la violación de garantías constitucionales”. Del mismo parecer es Alfonso Noriega, autor del estudio introductorio a una edición de ese debate. *Cfr.* Cabrera, Luis, y Emilio, Portes Gil, *La misión constitucional del procurador general de la República*, 2ª ed., México, Botas, 1963, pp. 20, 60 y 93. Mi punto de vista, en “Reflexiones sobre el Ministerio Público. Presente y futuro”, en VV.AA., *Estudios jurídicos en homenaje de Alfonso Noriega Cantú, op. cit.*, y en la circular 1/84, que expedí el 23 de abril de 1984, como procurador general de la República, que apareció en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de ese mismo mes.

75 Por ejemplo, José Ovalle Favela escribe: “las propias funciones del Ministerio Público le impiden ser el ‘vigilante’ de la legalidad de los demás; más bien exigen que aquél cuide la legalidad de sus propios actos, dada la trascendencia de éstos, y que los mismos queden sujetos al control jurisdiccional”, *Teoría general del proceso*, México, Harla, 1991, pp. 244-245.

### XIII. EL ENJUICIAMIENTO

La selección de las formas procesales (es decir, el llenado del continente constitucional: *due process of law*,<sup>76</sup> como sostiene la ley fundamental norteamericana, o principios esenciales del procedimiento,<sup>77</sup> como señala nuestra Constitución) es otro capítulo de la difícil relación entre derechos humanos y persecución penal. En este punto me interesa subrayar varios órdenes de consideración: el envejecimiento de la administración de justicia, el acceso a la justicia penal, el inicio de la investigación, la solución compositiva, el equilibrio procesal, los riesgos de la justicia espectacular.

Si hay derecho a la justicia,<sup>78</sup> es preciso que el aparato de la justicia sirva a la satisfacción de ese derecho precisamente: pero no de cualquier modo, sino bien; con suficiencia y oportunidad. La denegación puede llegar por mil vericuetos, hasta por aquellos que menos reparos provocan. Debemos observar, con muchos analistas, que la administración de justicia tiene la costumbre de ir a la

76 En el derecho norteamericano, el *due process of law* contenido en la quinta enmienda implica el derecho de la persona a ser juzgada por un tribunal competente, a ser escuchada por éste, a controvertir los cargos que se le hacen y a presentar las pruebas que le convengan. En el concepto del *due process* se hallan involucrados los derechos básicos del inculpado en un procedimiento criminal y los elementos conducentes a un juicio justo (*fair trial*). Cfr. Black, Henry C., *Black's law dictionary*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1991. El *due process model* requiere una extensa serie de salvaguardas: presunción de inocencia, derecho a no autoincriminarse, proscripción de allanamientos y cateos indebidos, derecho a asistencia legal, procedimiento expedito, información sobre los cargos, derecho a libertad bajo fianza, juicio por jurados, derecho a convocar testigos y a interrogar a los testigos de cargo mediante *cross-examination*, juicio imparcial y acusador imparcial (*right to an impartial prosecutor*). Cfr. Bartollas, Clemens, y Loras, Jaeger *American Criminal Justice. An Introduction*, Nueva York, MacMillan Publishing Company, 1988, p. 100.

77 El segundo párrafo del artículo 14 sólo autoriza la privación de derechos "mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". Según Ignacio Burgoa, dichas formalidades se vinculan con dos oportunidades que debe reconocerse al justiciable: oportunidad de defensa y oportunidad probatoria, que a su vez se analizan en diversos actos previstos por la legislación procesal secundaria. Cfr. *Las garantías individuales*, 22a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 550-551. Juventino V. Castro acepta el parecer de Alfonso Noriega Cantú acerca de la tradición hispánica de esta norma constitucional, que en sustancia recoge la garantía de audiencia. Cfr. *Lecciones de garantías y amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1978, pp. 218-219.

78 Este derecho se construye a partir del artículo 17 constitucional, que consagra diversas garantías. La que ahora nos interesa parte del supuesto, estatuido en la propia ley fundamental, de que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho". La proscripción de la autojusticia o autodefensa es consecuente con la asunción estatal de la solución de las contiendas, a través del poder jurisdiccional. El ejercicio indebido del propio derecho implica un delito, en los términos del artículo 226 del Código Penal, bajo la reforma de 1983. Contrapartida de la exclusión de la autojusticia es el derecho público subjetivo contenido en el segundo párrafo del artículo 14: "toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial[...]".

zaga de otras funciones del Estado:<sup>79</sup> no suele ser la más moderna, ni la más oportuna, ni la más innovadora. Y en estas limitaciones acostumbradas puede fugarse el derecho a la justicia, suplantado por su propia apariencia —el espectro, el fantasma— insuficiente y morosa.

En cuanto al acceso a la justicia —piedra de toque del procedimiento en una sociedad impersonal—, es evidente que no se trata solamente de arreglar con diligencia la administración de la justicia. Creer que acceso equivale a desconcentración, a multiplicación de tribunales o a variación de competencias es quedarse en la superficie. Por ahí se puede avanzar, pero sólo eso: avanzar, no por fuerza conseguir.

Considero que el acceso a la justicia se despliega en dos etapas. Primero, el acceso formal que se asegura con la audiencia y la defensa; ésta, desde luego, como “defensa adecuada”, que dice la fracción IX del artículo 20 constitucional.<sup>80</sup> Segundo, el acceso material, que sólo se asegura con la sentencia justa.

No es posible sostener que se respetan los derechos humanos en la persecución penal cuando no existe la posibilidad de proponer la propia pretensión y apoyarla con tantas probanzas como exija la verdad; y esto no se resuelve sólo con audiencia y defensa, como formas sinuosas que se proyectan fuera de la caverna platónica, así tengan las togas y las caras largas de las *gens de justice* de Daumier. Y mucho menos es posible decir que han hallado satisfacción esos derechos, aunque ocurran una audiencia y una defensa aceptables, cuando lo que no existe es una sentencia justa.

Hubo un tiempo en el que proliferó la delación, método sombrío para arrojar sobre una persona el aparato persecutorio del Estado. No podríamos olvidar el “buzón de la verdad”, receptáculo de agravios, rencores y fantasías, empotrado en un muro de Venecia. Contra este régimen inquietante, asociado a la pesquisa, se pronunció la interpretación dominante del artículo 16 constitucional: sólo por denuncia o querrela habrá lugar a la apertura de un procedimiento penal.<sup>81</sup> Tal

<sup>79</sup> “La administración de justicia ha constituido durante mucho tiempo —sostiene Denis Szabó— la parte más tradicional del aparato del Estado[...]. El mundo ha cambiado y la justicia no; y ésta en realidad, ha retrocedido[...] la administración de justicia lleva impreso el sello de la subadministración”. *Criminología y política en materia criminal*, trad. Félix Blanco, México, Siglo XXI Editores, 1980, p. 215.

<sup>80</sup> Buen principio acuñado por la reforma constitucional de 1993. *Vid.* mi comentario al respecto, en *El procedimiento penal mexicano, op. cit.*, pp. 97 y ss.

<sup>81</sup> La doctrina procesal mexicana acepta ampliamente que sólo es admisible el inicio de una averiguación previa penal (primera fase del procedimiento) cuando se satisfacen los extremos de la denuncia o la querrela. En este sentido, citaré, sólo como ejemplo de la opinión prevaleciente, el parecer de Manuel Rivera Silva: para iniciar la investigación es menester “el cumplimiento de ciertos requisitos legales o de iniciación. Estos requisitos son la presentación de la ‘denuncia’ o de la ‘querrela’. El señalar como únicos los requisitos que hemos apuntado, ofrece como reverso el destierro total en nuestro derecho, de instituciones jurídicas como la pesquisa particular, la pesquisa general, la delación anónima y la delación secreta”. *El procedimiento penal, op. cit.* He sostenido que también la flagrancia constituye un medio de iniciar el procedimiento, aunque reconozco que una

es el derecho inicial del inculpaado: a éste se vincula, naturalmente, otro derecho de signo convergente; saber los cargos que se hacen y conocer la identidad de quien los formula.

Emprendido el procedimiento, toca a la autoridad llevar adelante, con todos los medios legítimos a su alcance, la indagación y la captura del imputado. Difícilmente se podría sostener, a estas alturas, la pertinencia de ofrecer recompensa por la localización de un infractor, paso previo a la oferta de un atractivo premio por su captura, “vivo o muerto”, que ya censuró Beccaria, hace doscientos años,<sup>82</sup> y que sólo parece adecuado para una justicia de *westerns*.

Hablaré enseguida de la solución compositiva, que excluye el enjuiciamiento.<sup>83</sup> pero no puede excluir su finalidad específica: hacer justicia. Si evitara aquél, en virtud del menor costo y el menor esfuerzo, pero tampoco alcanzara ésta, por obra de la fuerza que se impone al desvalimiento, ese sistema no jurisdiccional de solución de controversias sería una trampa para el derecho y una ruina segura para los derechos del individuo, trátase del inculpaado, trátase de la víctima. El Estado esquivaría su función justiciera en favor de la función pragmática que cumple el avenimiento.

La autocomposición no ha sido característica del sistema penal moderno, aunque lo fuera del antiguo, que debió progresar lentamente hasta constituirse en “derecho imparcial”, por contraposición a un derecho gobernado por las partes (sociedad u ofendido).<sup>84</sup> El carácter público del jus puniendi pugnó, al principio, con el convenio entre víctima y victimario. Ahora sucede otra cosa. Crece, con general complacencia, el número de los delitos perseguibles por querrela mínima o acción privada. Tal sucede, desde luego, en el derecho mexicano. Pero también puede crecer el dominio de la fuerza privada en un campo donde la fuerza pública aseguró a los contendientes que ninguno de ellos pondría su derecho por

vez practicada la detención del indiciado, la averiguación se encauzará por medio de una denuncia. Cfr. mi *Curso de derecho procesal penal*, *op. cit.*, p. 465.

82 Beccaria dedica a este asunto el capítulo XXII de su *Tratado de los delitos y de las penas*. En ese lugar examina “si es útil poner a precio la cabeza de un hombre conocido como reo, y, armando el brazo de cada ciudadano, hacer de ellos verdugos. O el reo se encuentra dentro de los confines nacionales, o fuera de ellos. En el primer caso, el soberano estimula a los ciudadanos a cometer un delito y les expone a un suplicio[...]. En el segundo caso, muestra la misma debilidad. El que tiene fuerzas bastantes para defenderse, no procura comprarlas. Además, el edicto poniendo precio a la cabeza de un reo trastorna todas las ideas de moral y virtud que el menor soplo desvanece en el alma humana. Unas veces, las leyes invitan a la traición; y otras la castigan[...]. las leyes que premian la traición y que suscitan una guerra clandestina, esparcen las sospechas recíprocas entre los ciudadanos”, *op. cit.*, pp. 131-132.

83 La autocomposición puede ser vista como “modo de concluir el proceso” o como “medio para la solución de los litigios”, advierte Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en *Proceso, autocomposición...*, *op. cit.*, p. 72.

84 Cfr., por ejemplo, Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1964, t. I, p. 244. Asimismo, Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición...*, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

encima del derecho ajeno. El desequilibrio real, que prohijó soluciones tutelares en los espacios del derecho social familiar, agrario, del trabajo, inquilinario, etcétera, no debiera imponer soluciones en el espacio del jus puniendi estatal, que se retira o subroga en favor del derecho de los particulares.<sup>85</sup> Con estas salvedades —en rigor, matices—, hay que celebrar la tendencia a la conciliación y a la reconciliación.<sup>86</sup>

Todavía en lo que respecta a este punto escabroso, conviene preguntarse finalmente por la conveniencia o inconveniencia de que claudiquen ciertos principios que hemos considerado —y así los hemos construido— esenciales del proceso penal moderno: entre ellos, la legalidad en el ejercicio de la acción, que pugna con la oportunidad (ampliamente conocida, es cierto, en el derecho procesal contemporáneo), y la verdad histórica, que supusimos distintiva del enjuiciamiento penal.<sup>87</sup> Ambos pudieran quedar cancelados con actos de disposición pactados entre el inculpado y el Ministerio Público. Esto desvirtuaría el proceso penal y crearía problemas adicionales para la víctima y la sociedad.

85 Aunque se refiere al ámbito civil, es útil recordar aquí la crítica que formula Alcalá-Zamora sobre los casos en que la autocomposición no está precedida y determinada por un dato que debiera serle característico: la espontaneidad. “Por desgracia, la desigual resistencia económica de los litigantes[...], la lentitud y carestía del procedimiento, las malas artes o las influencias de una de las partes o de su patrocinador, la desacertada conducción del pleito, etcétera, arrastran a autocomposiciones que son más bien rendiciones, en las cuales la decisión altruista viene provocada por la más o menos solapada imposición egoísta del contrario. De esa manera, la autocomposición oculta o disimula con frecuencia verdaderos actos de autodefensa, y el reconocimiento de que al adversario le asiste la razón, se ve sustituido por el reconocimiento de que al denunciante le falta resistencia, aunque le sobren argumentos, para proseguir la contienda”. *Proceso, autocomposición...*, op. cit., p. 78.

86 Cfr. Schneider, Hans Joachim, “Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad”, *Criminalia*, México, año LIX, núm. 2, mayo-agosto de 1993. En el proyecto de Código Penal que elaboré en 1996 para el estado de Morelos, el artículo 75 estipula la suspensión de la ejecución de la condena por delitos perseguibles de oficio o mediante querrela, en estos casos: “I. Cuando se haya dispuesto multa o semilibertad, como pena directa o como sustitutivo de la prisión, y sobrevenga la reconciliación entre el inculpado y el ofendido, espontáneamente o propiciada por la autoridad ejecutora, en forma tal que manifieste la readaptación social del infractor”, y “II. Cuando se esté en los mismos supuestos penales previstos por la fracción anterior, y una vez notificada la sentencia el infractor pague inmediatamente u otorgue garantía de pago de los daños y perjuicios causados, a satisfacción del ofendido”. En el correspondiente proyecto de Código de Procedimientos Penales se determina que en el caso de delitos perseguibles por querrela, el Ministerio Público “procurará la conciliación entre el inculpado y el ofendido, actuando por sí mismo o requiriendo la intervención de quien esté en condiciones de promover esa conciliación, en virtud de su autoridad moral y del ascendiente que tenga sobre aquéllos. Si se trata de individuos pertenecientes a un grupo étnico indígena, tomará en cuenta los usos y costumbres del grupo para requerir la intervención del conciliador” (artículo 121). Igualmente, se prevé que en caso de delitos perseguibles por querrela, “el juzgador podrá promover las actuaciones de conciliación a las que se refiere el artículo 121, sin perjuicio de que el proceso continúe en los términos previstos por la ley, mientras no se otorgue el perdón del inculpado”.

87 A “la sombra de las comisarías de policía o de los palacios de justicia[...] se están desarrollando, aquí y allá de Europa, diversos procedimientos de negociación entre las partes, cuya función sería la de restablecer la paz, incluso si para ello es preciso renunciar a la verdad del caso”, dice Delmás-Marty, “El proceso penal en Europa...”, *Criminalia*, cit., p. 80.

En el procedimiento no se enfrentan apenas el defensor y el Ministerio Público, de manera tal que nuestra preocupación pudiera resolverse con dar a uno y a otro las mismas oportunidades, formalmente establecidas como unos mismos derechos. Quienes entran en juego son esos personajes de los que antes hablé: el inculpado, el ofendido y la sociedad. Cualquier proceso es un ensayo de equilibrio para resolver, de esta manera cuidadosa, el desequilibrio que hay o se dice que existe en la relación material que nutre la controversia. Pero ya mencioné que ese equilibrio es particularmente complejo y delicado en el enjuiciamiento penal.

Uno de los extremos más notables y controvertidos del enjuiciamiento se halla en el arsenal de las medidas precautorias. Tales son los casos, sobre todo, de la prisión preventiva, en una cara de la medalla, y la libertad provisional, en la otra. Entre nosotros, el hecho de que aparecieran, sucesivamente, cinco textos constitucionales a propósito de esta excarcelación;<sup>88</sup> pone en relieve la insólita complicación del tema. Por el derecho del inculpado milita la ampliación de los supuestos de libertad; por el derecho del ofendido lo hace la subordinación de la garantía a las exigencias de la reparación, y por el derecho de todos, que es el de cada uno, milita la responsabilidad judicial en la concesión o la negativa de libertad y las nuevas condiciones sobre esta misma y la caución. La experiencia enseña, más allá de la retórica y los aspavientos, que el desequilibrio en esta trilogía de apremios conduce casi inexorablemente a la opresión de algún derecho. Por eso, el legislador debe mirar a la realidad, no sólo a su imaginación.

Ha sido tradición que sólo sean admisibles en el proceso —y eficaces, como posible secuela de su ingreso al torrente del juicio— las pruebas que no contravengan la ley y las buenas costumbres. A este principio acopló la justicia anglosajona una regla saludable: la exclusión de pruebas obtenidas por medios contrarios a la ley,<sup>89</sup> que suelen ser las recabadas con menoscabo de las garantías individuales: allanamientos ilegítimos, detenciones excesivas, malos tratos al declarante, amenazas persuasivas, interceptaciones ilegales. La *exclusionary rule* invirtió el apotegma ominoso: el fin justifica los medios; en la inversión resultó un nuevo principio: la justicia de los medios empleados justifica el fin persegui-

88 Aludo a la fórmula inicial, de 1917; el segundo texto, de 1947; el tercero, de 1984 (una reforma progresista que implicó avances importantes); el cuarto, de 1993 (que no supo aprovechar las sugerencias de la reforma secundaria de 1991 —a propósito de la autoridad y responsabilidad jurisdiccional en el otorgamiento de la libertad— e incurrió en errores notorios; *cfr.* mi comentario en *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 53 y ss.); y el quinto, que provendrá de la reforma emprendida en 1996.

89 Bajo la cuarta enmienda incorporada en la Constitución norteamericana (aplicable a los estados que integran esa Unión, conforme a la interpretación sustentada por la Suprema Corte de Justicia), son inadmisibles en juicio las pruebas obtenidas en forma ilegal. A este respecto, son relevantes los pronunciamientos de dicha corte en los casos *Mapp vs. Ohio*; *Escobedo vs. Illinois*, y *Miranda vs. Arizona*. *Cfr.* Black, *Black's law...*, *op. cit.*, p. 391. Asimismo, Bartolas y Jaeger, *American criminal...*, *op. cit.*, especialmente pp. 189, 325 y 202.

do. La privación de admisibilidad y eficacia no erradica las torpezas indagatorias, que tienen hondas y múltiples raíces, pero las desacredita, las vuelve inútiles, y así contradice el mérito que sus autores y partidarios les atribuyen: la eficacia.<sup>90</sup>

Observemos, finalmente, la evolución en el escenario de la justicia penal. Primero, un hecho en la plaza pública, cercano y personal. Luego, un acontecimiento en el recato y el silencio. Adelante, de nuevo un suceso conocido y publicado: pero ya no en la plaza, sino en un aula menor: la sala de audiencias del tribunal. Ahora bien, desde aquí el enjuiciamiento sale a la calle y da la vuelta al mundo. Deja de ser un examen y un debate; apela a la intuición y a la emoción; no delibera, sino catequiza. El punto donde florecen los argumentos puede ser un lugar remoto, al que nunca accederá la muchedumbre. Sin embargo, los contendientes están a la mano, como lo estuvieron muchos años atrás, en el bosque o en la plaza de la ciudad antigua. A cierta hora, cada quien —integrante de un pueblo en la sombra— convoca la contienda, observa y pontifica. No debe molestarse en viajar, ni debe fatigarse en pensar.

Todos somos espectadores, y por ende, todos somos juzgadores. Ante un jurado universal, ¿cuál es la posibilidad de audiencia y defensa? Algo más: ante ese jurado, ¿qué sucede primero: el juicio o la sentencia; la deliberación o la ejecución? Si así están las cosas, ¿qué defensa existe contra el juicio prejuicioso, contra la condena general, contra la ejecución sumaria?

La sociedad de masas, intensamente comunicada, pone en peligro el derecho de cada uno: derecho a ser tratado como inocente; derecho a un juicio imparcial; derecho a la absolución. Pero no es éste el único riesgo: también lo hay en el nerviosismo persecutorio: la urgencia de juzgar y la necesidad de condenar. Esto serena —quizá— al pueblo, pero no a la conciencia ni a la justicia.

En este orden de consideraciones, me ha llamado la atención el voto del magistrado Stevens, de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en un caso reciente que afectó la soberanía de México, pero también el honor de la justicia, la eficacia del derecho de gentes y la vigencia de los derechos del hombre. Antes de culminar con la fórmula ritual —“respetuosamente disiento”—, el magistrado Stevens invoca la autoridad de Thomas Paine. Como éste advirtió —cita el juzgador—, la “‘avidez por castigar es siempre peligrosa para la libertad’ porque conduce a una nación ‘a ampliar, malinterpretar y aplicar equivocadamente la mejor de las leyes’”. Para hacer frente a esa tendencia, [Paine] nos recuerda: ‘aquel que pretenda asegurar su propia libertad debe proteger incluso a su ene-

90 La inadmisibilidad e ineficacia de las pruebas obtenidas por medios indebidos han sido temas de las reformas procesales (constitucionales y secundarias) realizadas en el último lustro. Sobre esta materia, me remito a lo que he dicho en mis libros *Proceso penal y derechos humanos, op. cit.*, y *El nuevo procedimiento penal mexicano, op. cit.*

migo de la opresión; porque si viola este deber establece un precedente que lo alcanzará a él mismo”<sup>91</sup>.

#### XIV. LA EJECUCIÓN

Se diría que la última parte de la persecución penal es la ejecución de la sentencia. Eso se diría, en efecto, salvo por el hecho de que aún sigue la liberación en la que el excarcelado —si se trató de prisión— viaja con el estigma que informalmente lo ajusticia *sine die*; una flor de lis, una señal de Caín, un título de enemistad social que nada revoca.

La ejecución, como la ley y la sentencia, debiera ser precisa: no exacerbar la pena, agobiándola con otras penas prescindibles. El penado tiene un derecho, entre varios, a que no haya exceso; si existe una restricción que el juzgador impone, sólo esa restricción debe existir. Se dirá que la privación de libertad, por ejemplo, es mucho más que una muralla en torno a la facultad de tránsito. Es cierto: con el cautiverio vienen otras pérdidas inevitables; de lo que se trata es de que no aparezcan además pérdidas evitables.

Los derechos del ejecutado llegan tarde en la historia general de los derechos penales. Aquél fue, durante mucho tiempo, cosa de la administración; una especie de res *derelicta* que el ejecutor tomaba para actuar a discreción. Y acaso sigue ocurriendo: rara vez se pronuncia la muchedumbre, exaltada, contra los códigos; no suele haber grandes tumultos en las salas de audiencia; pero no son infrecuentes, sino casi cotidianos y siempre violentísimos, los motines carcelarios. Los hay en todos los mundos: del primero al tercero, y en otros más. Habremos de admitir, ante una realidad aleccionadora, que esos alzamientos son con frecuencia una violencia que se opone a otra violencia,<sup>92</sup> acaso más irracional que aquélla: porque el gesto provocador surge de quienes están investidos con una presunción de cordura y un prejuicio de legalidad. Por cierto, las prisiones dicen, con un lenguaje devastador, lo que son y no son las sociedades que las erigen, administran y toleran. Bien observó Angela Davis: “según un prin-

91 Me refiero al voto disidente del magistrado Stevens, apoyado por los magistrados Blackmun y O'Connor, en el caso Álvarez Macháin, fallado por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos el 15 de junio de 1992, con base en la ponencia del *chief justice*. Rehnquist, V., *Límites de la jurisdicción nacional. Documentos y resoluciones judiciales del caso Álvarez Macháin*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1992, vol. I, p. 187.

92 Explica Szabo: “la rebelión en las prisiones es el ejemplo del fracaso del sistema. Para unos, es la rebelión de los parias de la tierra; para otros, el grito desesperado de una humanidad caída y abandonada. Otros más ven en ella los síntomas de una conspiración contra el orden social, la unión de un ‘lumpen’ de intelectuales con los matasietes empeñados en justificar sus carreras criminales”. *Criminología y política en materia criminal, op. cit.*, p. 218.

cipio consagrado por el tiempo, el nivel del progreso general —o del retroceso— de cualquier sociedad nos está dado por sus prisiones”.<sup>93</sup>

Es pueril sostener, como lo hacemos en ocasiones, que para cambiar la suerte de los penitenciados hay que reformar las leyes penitenciarias. Ninguna propone la sobrepoblación, el maltrato, el ocio, la soledad, la incompetencia de los custodios. Ninguna dice que se haga lo que no se debe hacer o que se omita lo que no se debe omitir. Al menos, no lo dice ninguna ley en México, que yo sepa. El mal está en otra parte. Por ende, lo que hay que modificar es esto último. Puede ser interesante el relevo del ejecutor administrativo por el juez ejecutor.<sup>94</sup> Empero, ni basta ni podría bastar. Y si no hay otros relevos, que atañen al fondo de la ejecución, ese relevo será trivial y nada cambiará.

Es importante observar que el principio de la readaptación social —eje de la teoría utilitaria de la pena, en su vertiente de prevención especial— ha hecho progresos concretos, más allá del discurso penal, en el espacio de la ejecución. Un nuevo derecho humano, o en todo caso, una expresión novedosa del viejo derecho a la readaptación, que sólo puede ser efectivo en condiciones razonables, llegó a la Constitución mexicana a través de la reforma de 1976 al artículo 18. Hoy, por esa enmienda, prevalece el principio de la readaptación social sobre el de la ejecución territorial —antigua prenda de la soberanía—, y para que aquél opere se necesita una múltiple voluntad: del Estado juzgador, del Estado ejecutor y del individuo en ejecución. Por ende, la idea de que en la ejecución dominan las razones del Estado se matiza con la mejor idea de que también ahí tienen voz y voto las razones del individuo.<sup>95</sup>

Y con esta apreciación puede concluir un discurso sobre los derechos humanos y la persecución de los delitos: ¿dónde está el problema? Por lo tanto, ¿qué es lo que hay que modificar? Las leyes suelen ser el primer objetivo del reformador, e inclusive del revolucionario. Pero si sólo las leyes cambian, no habrá reforma, y mucho menos revolución. Si preconizamos la intervención mínima del Estado a través del sistema penal, no lo hacemos únicamente por temor a la opresión; también por una disposición de eficacia. Es cierto que hay que mejorar

93 “La rebelión de Attica”, en Davis, Angela Y., y otros perseguidos políticos, *Si llegan por ti en la mañana... vendrán por nosotros en la noche*, trad. Francisco González Aramburu, México, Siglo XXI Editores, 1972, p. 48.

94 Se suele atribuir al derecho italiano el origen de la figura jurisdiccional ejecutora, a través del *giudice di sorveglianza*. Sobre éste, Giovanni Leone estimó que se trataba de una “oportuna, audaz ypreciadísima innovación de los Códigos de 1930 (artículo 144 Código Penal, artículo 585 Código de Procedimientos Penales), integrados por el Reglamento penitenciario (artículo 4 y siguientes).” *Tratado de derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1963, t. III, p. 513. Recientemente, la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha sugerido la intervención de órganos jurisdiccionales (tribunales) en el proceso de ejecución de penas.

95 En tanto la última frase del cuarto párrafo del artículo 18 constitucional, reformado en 1976, establece que “el traslado de los reos [para efectos de ejecución de sentencia en otro país] sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso”.

la justicia penal; pero también lo es que ésta hará poco, aunque intente mucho, si no mejora la justicia social. Y es cierto que hay que revisar las leyes: desde la Constitución hasta los más puntuales reglamentos. Pero también es cierto que si la “macrojusticia” constitucional no descende a la realidad donde se agita —en cada hombre y en cada pueblo— la “microjusticia”, ocurrirá lo mismo que acontece cuando la “macroeconomía” no resuelve las angustias de la “microeconomía” particular. En ambos casos sucederá lo mismo: es decir, no sucederá nada.