

JUSTICIA PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

José Zamora Grant



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O



Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Justicia penal y derechos fundamentales

José Zamora Grant



MÉXICO, 2012

Primera edición: diciembre, 2012

ISBN: 978-607-729-023-0

D. R. © Comisión Nacional
de los Derechos Humanos
Periférico Sur 3469,
esquina Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1. DERECHOS HUMANOS Y MODERNIDAD	15
I. DERECHO, ESTADO Y MODERNIDAD	15
1. Introducción	15
2. Estado de Derecho y Derecho Penal moderno	18
<i>A. Funciones sociales del Derecho en la modernidad</i>	24
<i>B. Validez y fines en el Derecho moderno</i>	25
3. Derechos fundamentales y democracia	31
<i>Libertad e igualdad</i>	36
<i>Modalidades de la libertad</i>	42
<i>Igualdad jurídica</i>	43
<i>Modalidades de la igualdad jurídica</i>	45
4. Moralidad, diversidad y legalidad	47
<i>Pluralidad, Derecho y políticas de la criminalidad</i>	50
<i>Legalidad</i>	55
CAPÍTULO 2. JUSTICIA PENAL MODERNA Y POLÍTICAS DE LA CRIMINALIDAD	59
I. MODERNIDAD Y JUSTICIA PENAL	59
1. Castigo y sociedad moderna	61
<i>A. Retribucionismo penal. El castigo como fin del Derecho Penal y de la pena</i>	62

<i>B. El utilitarismo penal y la prevención del delito</i>	63
<i>C. La consecución de los derechos de los involucrados como fin del Derecho Penal</i>	67
2. Modelos de justicia penal en la modernidad. Distinción entre proceso penal inquisitivo y acusatorio	70
<i>A. Sistemas penales de corte inquisitivo</i>	74
<i>B. Sistemas penales mixtos</i>	75
<i>C. Sistemas penales de tipo acusatorio. Definición y características</i>	77
<i>Definición</i>	77
<i>Características.</i>	77
a) Separación entre acusación y juez	77
b) La igualdad de las partes	81
c) La presunción de inocencia y la carga de la prueba	84
d) El derecho a la defensa	87
e) La publicidad y la oralidad	88
f) La discrecionalidad de la acción penal	90
II. POLÍTICAS DE LA CRIMINALIDAD	93
1. Modelo positivista de la criminalidad	93
2. Diversidad social y criminalidad	97
3. Criminalidad y conflicto social	100
CAPÍTULO 3. JUSTICIA PENAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES	103
I. GARANTISMO PENAL	103
1. De Beccaria a Ferrajoli	103
<i>Beccaria</i>	103
2. Garantismo penal de Ferrajoli	106
<i>Principios garantistas del Derecho Penal de Ferrajoli</i>	111
II. DERECHOS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL PENAL	114
CAPÍTULO 4. REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2008 Y 2011. SUS CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO	131
I. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL MEXICANA ANTES DE LA REFORMA JUDICIAL DE 2008	131

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008	134
1. Variables democráticas	137
<i>A. Incremento de los derechos para los inculcados y restricción a las potestades punitivas del Estado</i>	137
<i>B. Incremento de los derechos para las víctimas</i>	138
a) La reforma penal de 2008 en materia de víctimas.	140
2. Variables represivas	148
<i>A. Restricción de los derechos de los inculcados y los derechos de las víctimas</i>	148
<i>B. Incremento en las potestades punitivas del Estado</i>	149
III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011	151
1. Contenido general	151
2. Ampliación del marco de reconocimiento de los derechos humanos	153
3. Esquema de protección de los derechos humanos de la justicia penal en los instrumentos internacionales firmados y ratificados por México	165
4. Correspondencias y discrepancias de la reforma con el marco de protección de los derechos humanos de la justicia penal en los instrumentos internacionales	166
BIBLIOGRAFÍA	177

INTRODUCCIÓN

Se habla de democracia ahí donde el respeto a los derechos humanos es el punto de referencia. Esto se debe a que el vínculo que existe entre estas dos categorías es tal que una no se puede explicar sin la concurrencia de la otra. Si bien se conciben también —incluso generalmente— los derechos humanos como inherentes al ser humano y, por consiguiente, atemporales, lo cierto es que su verdadera vigencia ha dependido de la manera en que las estructuras normativas los consagran, por lo que aquel argumento, de carácter más bien filosófico, sirve más para su legitimación que para su operatividad.

Por consiguiente, los derechos humanos tienen un acta de nacimiento, esto significa que es posible, en la revisión jurídica, identificar su aparición en el devenir histórico de las sociedades. De esta manera, es factible identificar los antecedentes de los derechos humanos pero en una organización vertical, en tanto que el poder del gobernante y el escalafón que se desprendía de él suponía más bien eso: prerrogativas de unos sobre otros; lo anterior quiere decir que algunos gozaban de más derechos (prerrogativas) que otros. Tales inercias, si bien constituyen un antecedente, no se corresponden con lo que desde hace dos siglos —cuando menos— se conoce como derechos fundamentales.

La diferencia entre aquellas inercias y las actuales radica en que estas últimas se erigen en torno a un derecho que es en esencia fundamental: la igualdad; por dicho motivo, no se trata de prerrogativas sino de derechos para todos.

Con la igualdad como presupuesto los demás derechos tienen ahora más sentido y, de la mano de ella, el reclamo más anhelado para entonces: la libertad, motivarán en conjunción el cambio no sólo ideológico sino, en su impacto, de las estructuras sociales y asimismo en la forma de ejercer el poder político.

Como consecuencia del advenimiento de las libertades en términos de igualdad y de la consecuente aparición de los derechos humanos, surge un nuevo modelo político que se reconoce como democracia. Ésta, luego entonces, sólo es posible por el reconocimiento en la ley de los derechos humanos, en tanto éstos suponen una forma concreta de desplegar la función pública y ejercer el poder político con base en el presupuesto del respeto a derechos básicos, y de ello surge la exigencia del respeto por la autoridad de los derechos fundamentales.

De este modo, el reconocimiento de los derechos humanos y el advenimiento de la democracia implican la imposición de límites a los actos de autoridad para exaltar, en contraposición, las libertades de los gobernados, al eliminarse las diferencias y distribuirse las funciones públicas para evitar su concentración.

La acción de las autoridades sólo debe justificarse, a partir de entonces, debido a la necesidad de mantener el orden social, por lo que sus imposiciones tienen ahora una intención que las acredita; pero toda acción que exceda tal necesidad se contravendrá a la intención de los derechos humanos y se considerará antidemocrática.

La medida de la restricción en los anhelos de la democracia tiene que ser la mínima indispensable que haga posible la convivencia social y que a su vez propicie el máximo posible de desarrollo en términos de bienestar. Pero aquellos anhelos democráticos, desde sus orígenes, han mostrado tendencias que por sus inercias restrictivas de las libertades se alejan de esas expectativas y propician el surgimiento de modelos políticos de tendencias inquisitivas.

Por ello, más que un modelo político consolidado, la democracia se convierte, incluso hasta nuestros días, en un anhelo permanente en consolidación. Existen por ello sociedades más democráticas que otras, en cuanto han consagrado de mejor manera los derechos humanos y logrado su actualización en términos de vigencia tanto real como jurídica.

La democracia, así, es medible, y su unidad de medida son los derechos humanos; una sociedad es más democrática si el modo en que se consagran y aplican los derechos humanos cumple estándares avanzados, de calidad.

Por ende, las experiencias de las dictaduras como férreamente restrictivas de las libertades de las personas son un atentado contra la democracia y un estancamiento, una regresión, en el camino que supone una democracia consolidada donde los derechos humanos sean el presupuesto de la organización social y el motor que impulse el desarrollo de los pueblos para alcanzar niveles de bienestar para la mayoría.

Al ser, entonces, los derechos humanos la unidad de medida del desarrollo democrático de los pueblos, no queda más que insistir, por un lado, en la mejor consagración y reconocimiento jurídico de los mismos y su debido acatamiento, y por el otro, en la construcción de una cultura de respeto a los derechos humanos, lo que significa una cultura de la democracia.

En un sistema político democrático las instituciones públicas deben corresponderse con tal expectativa política y su sistema de justicia penal debe revestir características democráticas; por ello se habla de sistema de justicia penal democrático.

Los modelos políticos democráticos no son modelos puros, sino que revisten características particulares que incluso pueden evidenciar su grado de desarrollo y madurez. El desarrollo democrático de un sistema político depende, sin duda, del desarrollo democrático de las instituciones que lo integran; de este modo, es necesario analizar el modo en que se conforman las instituciones y en la que despliegan su función pública.

Las instituciones que configuran los sistemas de justicia penal no permanecen ajenas a esta inercia; por el contrario, son uno de los reflejos más importantes del desarrollo democrático de un determinado sistema político y de gobierno.

Al ser la justicia penal la mejor posibilidad que tiene el Estado para ejercer la fuerza, queda claro que entre mayor represión ejerza, menos democrática será su función; en contraste, el despliegue ecuánime y responsable de la fuerza evidenciará, indudablemente, un sistema de justicia penal democrático. Por supuesto que la fuerza, a manera de represión, significa pocos derechos para los involucrados (tanto víctimas como victimarios) y muchas potestades para el Estado, pero si se amplían los derechos de aquéllos, las potestades de éste se reducen.

Los sistemas jurídicos operan, luego entonces, mediante la fórmula de los derechos y las obligaciones; un derecho de alguien siempre exige la contraprestación a manera de obligación para otro, y cuando se trata de las relaciones entre los particulares y el Estado (como en el Derecho Penal), un derecho para el particular se traducirá en una obligación para el Estado,

pero las facultades que como derechos y potestades tiene el Estado significarán restricciones a los derechos de los particulares (para el caso, víctimas y victimarios), principalmente a sus libertades, reflejado por lo general en la obligación de no hacer.

Democracia significa participación en términos de igualdad, y ello en la justicia penal supone que los actores en el drama penal deben participar, sin importar sus posiciones de víctima, victimario o autoridad, de manera equitativa y en equilibrio. Esto significa, a su vez, no sólo la igualdad de fuerzas entre acusados y agraviados, sino entre éstos y el Estado.

La historia del Derecho Penal democrático, o cuando menos desde el advenimiento de la modernidad con expectativas democráticas, paradójicamente ha mostrado tendencias poco comprometidas con un modelo de ese tipo, donde los contrapesos entre los involucrados, incluido el Estado, suelen inclinar la balanza hacia este último.

La manera en que la balanza puede nivelarse es, sin duda, otorgando más derechos a los inculpados y a las víctimas, y que ello se traduzca, como es lógico, en la restricción de las potestades del Estado. Debido a ello, en la evolución de los modelos de justicia sólo puede ser así cuando los cambios conllevan mayores derechos para víctimas y victimarios en detrimento de las potestades del Estado. Evolución que sólo puede haber, para efectos de la justicia penal, si los cambios se dirigen hacia la democracia, y esto únicamente ocurre si los derechos de inculpados y víctimas se amplían y las potestades punitivas del Estado se reducen; cuando los cambios, por el contrario, significan restricción de los derechos de los primeros y aumento de las potestades punitivas del segundo, ese cambio no significa evolución, al estar ya determinada por un modelo político reconocido y pretendido que marca la directriz de la vida política y social; esto es lo que se reconoce como democracia.

Por tal razón, no todos los cambios en la justicia penal significan progreso. Está claro ya cómo es que un sistema de justicia puede evolucionar, por ello hay cambios que significan regresión y no mejora. Las políticas que incrementan las potestades punitivas del Estado tienden a perpetuar o hacer resurgir tendencias inquisitivas propias de una justicia de hace más de un siglo.

Los derechos de los inculpados se amplían en tanto se les permita defenderse debidamente, lo que significa que cuenten con suficientes mecanismos legales para combatir las arbitrariedades de quien los incrimina (el Estado). Los derechos de las víctimas se extienden cuando se les conceden

más facultades para intervenir en los procedimientos con independencia y libertad, incluso para negociar. Por último, las potestades punitivas del Estado se restringen cuando los requisitos para afectar las libertades de los involucrados se endurecen y dejan pocas posibilidades para la intervención y nulas para la arbitrariedad.

CAPÍTULO 1

DERECHOS HUMANOS Y MODERNIDAD

I. DERECHO, ESTADO Y MODERNIDAD

1. Introducción

Los derechos humanos estructuran todo Estado de Derecho actual; son el eje sobre el cual se cimenta la modernidad y son, por tanto, producto de una transición acaecida poco a poco en el devenir histórico que dio al traste con los viejos ideales absolutistas, legitimadores de un autoritarismo exacerbado y un despotismo sin control, transgresores constantes de la libertad e integridad como hoy se entienden, y sustentados aquellos en un ideal de justicia que no denotaba otro sentido sino el de ajusticiar.¹

Entre las influencias que actuaron con esta finalidad humanitaria, las más cercanas a nuestros días es preciso buscarlas en las ideas que a finales del siglo XVIII predominaron en el ámbito de la inteligencia, a las cuales se les ha dado el nombre de Iluminismo: ideas liberales que significaron cambios en los conceptos de la organización estatal y el ejercicio del poder, el cual

¹ El Estado nace como Estado absoluto; en su forma originaria fue un ente represivo con estructuras jerarquizadas en el que la verticalidad tenía un referente único que además le imprimía legitimidad. El monarca, representante de Dios en la Tierra, era elegido por éste para que en su nombre gobernara y, por consiguiente, se le consideraba superior a los demás hombres, que le debían tributo. Los más claros ejemplos del ejercicio absoluto del poder se dieron precisamente en los orígenes del Estado, y lo que hoy reconocemos como justicia penal estaba determinada por las inercias de las formas de organización política de la época.

desde entonces debe emanar del seno mismo de la sociedad y los gobernantes sólo son mandatarios de sus miembros, por lo que deben ejercer sus funciones con pleno respeto a su condición humana.

Así, los derechos humanos hoy día suponen un Derecho diferente del de entonces, respetuoso de la condición humana y de su potencialidad productiva, sustentado en un ideal democrático del quehacer común. Un Derecho que estructura la organización estatal y el desempeño de sus servidores en función de un respeto incondicional a la legalidad; que tutela y protege la igualdad y libertad personal al tiempo que propicia el respeto íntegro a la propiedad privada; que procura el acceso irrenunciable a satisfactores indispensables de todo desarrollo vital, como la salud, la vivienda y la educación, y que prevé la consagración de valores colectivos que permiten el logro de la paz, el disfrute de un medio ambiente sano y, sobre todo, que otorga a cada individuo la posibilidad de ser diferente.

Ésta debe ser la estructura y el funcionamiento de todo Estado moderno basado en el ideal inquebrantable de los derechos humanos, ideal que todas las instituciones gubernamentales no sólo deben respetar sino consagrar y hacer valer. En el ámbito de su competencia, toda ley y toda institución, desde entonces, deben consagrar, promover y hacer posible estos derechos humanos.

El Estado absoluto fue un modelo en gestación de su forma moderna donde se incubaron las semillas del modelo económico capitalista y político democrático con el que se correspondería. Asimismo, la justicia penal moderna encontraría en el modelo absolutista sus orígenes, los que, en mayor o menor medida, seguirían caracterizando a la reacción punitiva en el ya desarrollado Derecho Penal de la modernidad. El castigo será una variable presente en el devenir de la modernidad pese a sus incongruencias con la democracia, si bien con distintas modalidades, siempre encontrando nuevas formas para su legitimación y arraigo. Cualquier análisis del Estado moderno tiene que partir de sus orígenes, esto es, del Estado absoluto, que es precisamente el Estado originario.²

La potestad punitiva en la modernidad sustituiría su fuente de legitimación hacia el Derecho, que sentaría las bases de cuándo y por qué castigar, y regularía las potestades punitivas del Estado al fijarles límites. En la modernidad, el Estado y el Derecho darían lugar al nacimiento del Derecho Penal moderno.

² Juan José Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento criminológico II: Estado y control*, p. 11.

Así, en la modernidad, el Derecho, a través de la ley, ha implementado una serie de mecanismos propios para la afectación del ámbito personal de todo individuo, cuando éste ataque o lesione intereses o derechos de terceros. Tales mecanismos responden a la necesidad imperiosa de mantener el orden social y hacer la vida en común más llevadera, y suponen un cúmulo de facultades inherentes a quienes están encargados de administrar y procurar justicia. Pero no atender con rigor ese cúmulo de facultades significa vulnerar la ley misma, atentar contra la integridad de los gobernados y quebrantar el Estado de Derecho. En consecuencia, para proteger los derechos humanos habrá que restringirlos, pero tal restricción sólo es posible y, por tanto, legítima si se respetan los parámetros que la propia ley marca, y que significan el conjunto de reglas necesarias para que tal restricción sea la mínima indispensable para hacer posible la salvaguardia de los derechos de los afectados. De ahí la función del Derecho Penal en la modernidad.

Los derechos humanos son, luego entonces, el pilar sobre el que descansa toda organización estatal moderna, basada en el respeto al derecho y en la consagración de los intereses que el mismo tutela. Están contenidos en los ordenamientos jurídicos y se organizan poniendo límites al ejercicio de las libertades para que las sociedades vivan con orden y, de esta manera, puedan progresar; son el reflejo de las conquistas culturales que en el devenir histórico los seres humanos han alcanzado para satisfacer de mejor manera sus necesidades y expectativas de vida. Las constituciones modernas consagran los derechos humanos; así, la vida, la igualdad, la libertad, la legalidad, la seguridad e integridad personal, la privacidad, la propiedad y la dignidad se hallan reconocidas en la Ley Fundamental, que no solamente las consagra sino que, como referencia, marca la pauta para que las leyes secundarias que de ella emanan, en el ámbito de su especialidad, a su vez las consagren y establezcan los mecanismos para hacerlas valer. Se consagran también aquellos derechos que protegen y promueven la protección de la salud, la educación, el trabajo y la vivienda, como elementos esenciales para lograr la justicia social y el mejor acceso a los bienes y servicios; del mismo modo, se reconocen y protegen derechos humanos que la doctrina llama *de tercera generación*, como son el derecho a la paz, al patrimonio común de la humanidad, a la conservación del medio ambiente y al desarrollo, que son requisitos para el buen desenvolvimiento del resto de los derechos.

Las condiciones socioeconómicas y culturales de los países —México no es la excepción—, sin embargo, hacen que las diferencias sociales estén todavía bastante acentuadas y que las posibilidades de acceder a la riqueza

y a todos los satisfactores tampoco sean las mismas para cada individuo, lo que dificulta el goce de los derechos fundamentales. Por ello, el respeto a la ley de todos los actores sociales (autoridades y gobernados) y el mejor desenvolvimiento de todas las instituciones (públicas y privadas) posibilitará cada día más la consagración real de aquellos derechos y, con ello, a la par, el mejor desarrollo de nuestra vida y del alcance de expectativas. Los derechos humanos, entonces, interesan a todos, en cualquier latitud del mundo, y han sido, son y seguirán siendo basamento del progreso de la sociedad, de la modernidad, la libertad, la democracia y la paz.³ Pero no olvidemos que el siglo XX se caracterizó por avances importantes en la tecnología, así como por graves transgresiones de la justicia y de los derechos humanos;⁴ de ahí su trascendencia e importancia en la actualidad, en que el simple reconocimiento de los derechos no es suficiente para su debida consagración.

2. Estado de Derecho y Derecho Penal moderno

El análisis y estudio de cualquiera de las instituciones públicas —incluso las privadas— de la modernidad, obliga a atender al modelo o forma de Estado en el cual se enmarcan. En palabras de Joan Antón Mellón, “Las ideologías y los movimientos políticos crean realidad. Conforman, interrelacionados con otros factores, las actitudes y los comportamientos históricos de los individuos en sociedad”.⁵ La comprensión de tales fenómenos (políticos e ideológicos) es imprescindible para sociólogos, politólogos, historiadores, juristas y cualquier investigador social, por la proyección social que los mismos implican en el ámbito de su interés.

Por ese motivo, cuando en la Teoría del Estado se habla de modernidad, se hace alusión a aquella forma de organización política que, con sus diversos matices, se vive desde hace más de doscientos años. Su origen habrá de buscarse principalmente en los postulados filosóficos de los pensadores “ilustrados” que poco a poco, de alguna manera, sentaron las bases del Estado moderno. Tales postulados, en principio, se constituyeron como sendas manifestaciones en contra del Antiguo Régimen y las prácticas impe-

³ Jorge Madrazo Cuéllar, *Sistemas de protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, p. 11.

⁴ Manuel Ramos-Kuri, *Avances tecnológicos de los derechos humanos*, p. 44.

⁵ Joan Antón Mellón, *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, p. 11.

rantes, de la forma de producción y repartición de la riqueza y de la concepción misma del hombre. Aunado a tales postulados se conjugaron acontecimientos sociales cuya relevancia trascendió en el cambio de instituciones y de organización política. El pensamiento de los filósofos ilustrados tuvo una influencia decisiva en la transformación de las ideas políticas y, sin duda, fincaron las bases del Estado y del Derecho de la modernidad. Por ello, cuando se habla de instituciones públicas, éstas deben responder a los principios que estructuran y dan vida al Estado moderno, y las instituciones de cualquier otra época deben a su vez estudiarse al amparo de la ideología política en boga. Por tal razón, se hace referencia al Derecho Penal moderno, así como al sistema penal, para aludir a aquel que se estructura, evidentemente, a la luz de la modernidad.

De este modo, si bien se habla de modernidad, las muy diversas formas en que la misma se manifiesta en los distintos países del mundo obligan a un análisis más focalizado de cada forma de Estado moderno y del sistema jurídico sobre el cual se funda y estructura. Es por eso que, además de hacer alusión al Estado moderno, es forzoso mencionar la tradición jurídica a la que cada Estado —y sus instituciones— responden.

México, como la mayoría de los países de América y parte de los europeos,⁶ obedece a una tradición jurídica que se ha identificado como continental, de tradición romano-germánica. Las características de tal sistema jurídico se reflejan por fuerza en las instituciones públicas e incluso privadas que lo configuran.

A pesar de las múltiples diferencias, es posible estudiar al Estado moderno con base en un sinnúmero de analogías que también permitirán contrastarlo con formas de organización social premodernas. A riesgo de ser omiso, tales constantes se evidencian —salvo algunas reminiscencias— en todos los aspectos de la vida social. “En el mundo moderno el Estado influye hasta en lo más íntimo de nuestras vidas privadas”,⁷ es decir que la familia, la educación, la economía, las relaciones laborales, las comunicaciones, etcétera, se encuentran influidas por la forma de gobierno que nos rige.

De acuerdo con Crossman,⁸ las notas comunes más distintivas de la vida del Estado moderno son, en principio, la industrialización, pues el sistema de fabricación para la producción en masa es un rasgo distintivo de la

⁶ Italia, Alemania, Francia y España, entre otros, responden a esta tradición jurídica.

⁷ R. H. S. Crossman, *Biografía del Estado moderno*, p. 18

⁸ *Idem*.

modernidad; los medios de comunicación, cuya sola enumeración basta para llegar a la misma conclusión, y los modos de diversión y recreo: el cine, la televisión, la radiodifusión, los juegos de azar, el baile y las novelas policíacas son comunes en todo el mundo. El hecho es el mismo, ya que a pesar de las diferencias entre nuestros Estados modernos existe una civilización común que la distingue de cualquier sistema social premoderno.

Los inicios del Estado moderno y los principios que le sirvieron de base —como se afirmó— se deben buscar en el liberalismo clásico, producto del conjunto de ideas formuladas, sobre todo durante los siglos XVII y XVIII, en contra del poder absoluto del Estado, de la autoridad excluyente de las Iglesias y de los privilegios político-sociales que prevalecían, con el fin de que el individuo pudiera desarrollar sus capacidades personales y su libertad en los campos religioso, económico y político.

Se conoce como *Estado de Derecho liberal-burgués* el tipo de Estado característico de la época moderna y, de manera más precisa, de la organización política que se originó históricamente en el mundo al tratar de llevar a efectos los postulados de la Revolución Francesa de 1789.

Por consiguiente, la reivindicación de la libertad y de la autonomía del individuo requirió de un orden político que las reconociera y garantizara, y ahí el Derecho cumplió una función esencial. Ello desembocó, al final, en el reclamo de una Constitución⁹ escrita que organizara —y limitara— el poder político por el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos.

En los regímenes democráticos o liberales las personas deben tener expedito el ejercicio de sus derechos humanos, que a tal efecto tienen que estar garantizados por los respectivos sistemas legislativo y gubernativo.¹⁰ Francisco Porrúa Pérez¹¹ destaca que el Estado moderno tiene una misión de tutela en la que se reconocen los derechos fundamentales inherentes a todo individuo; la igualdad, sobre todo, parte de una ideología democrática que se sustenta principalmente en la división de poderes, que evita la concentración del poder en un solo órgano o individuo, y el sufragio universal, por el que los ciudadanos dan a conocer su opinión en la designación de los gobernantes por medio del voto. Debido al liberalismo se abolieron los an-

⁹ La Constitución es la norma suprema que organiza a los poderes del Estado y protege los derechos fundamentales de las personas. VVAA, *Las garantías individuales. Parte general*, p. 47.

¹⁰ Luis Bazdreh, *Garantías constitucionales. Curso introductorio actualizado*, p. 34.

¹¹ Francisco Porrúa Pérez, *Teoría general del Estado*, pp. 323 y ss.

tiguos principios y se universalizó el voto;¹² los partidos políticos son, por tal motivo, consecuencia de la natural divergencia de opinión de los seres humanos.

En suma, un Estado de Derecho es aquel en el que la legalidad se convierte en el eje rector de la vida social y del ejercicio del poder a la luz del Derecho. El poder se basa principalmente en la tradición y en las obligaciones normativas que se derivan de ella, a las que puede apelar el jefe para hacerse obedecer, pero a las que también él está sometido.¹³

Por el poder, las instituciones y las personas ciñen sus actitudes al marco de la ley; cualquier extralimitación u omisión redundará en la indefectible violación de la legalidad y el quebrantamiento de un Estado cuya fuerza y propia existencia gira en torno al respeto y estricto cumplimiento de la ley. Y para que la legalidad se cumpla y se consagre, el Estado de Derecho habrá de provocar que todo gobernado respete las prohibiciones y/o limitaciones que la ley le imponga, y por el contrario, habrá de exigir de todo servidor público que cumpla cabalmente con lo que la ley lo faculta. En la medida en que ello se logre, se estará consagrando —en igual proporción— el Estado de Derecho. De ahí la importancia de las instituciones de la modernidad en una forma de organización social que funda su razón de ser en el Derecho, el cual debe garantizar a cada miembro de la sociedad el logro mismo de sus propias metas y expectativas de vida, según sus propias aptitudes, circunstancias, esfuerzos y méritos personales, sin más limitaciones que las que la propia ley le marca, por la mejor convivencia social mediante el respeto irrestricto a los derechos de terceros.

Luego entonces, es el Derecho en la modernidad el que le da vida y estructura al naciente Estado moderno, a quien además rige en su funcionamiento, cumpliendo con ello la trascendente función de legitimar al propio Estado en el despliegue de sus potestades, incluidas, por supuesto, las punitivas. La obra de Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social*, expresa con fidelidad la nueva organización social y política con base en el reconocimiento en la ley de los derechos fundamentales y su limitación para hacer posible la vida gregaria. En él se reconoce la existencia de un hipotético Estado de Naturaleza en el que los seres humanos gozan de derechos naturales y, por tanto, absolutos, mismos que es necesario reconocer pero también proteger. Éste sería el trabajo del Derecho a partir de entonces: el orden jurídico, ade-

¹² *Ibid.*, pp. 264 y ss.

¹³ Luis Bouza-Brey, *Manual de Ciencia Política*, p. 45.

más de consagrar los derechos humanos con base en los aludidos fundamentales, les impondría límites. En efecto, gobernantes y gobernados tendrían, a partir de entonces, limitantes para el despliegue y ejercicio de sus potestades y derechos, lo que supone la fórmula jurídica de derechos y obligaciones recíprocas. “El respeto a los derechos de terceros” es la frase que mejor expresa la intención contractualista, ya que el disfrute y ejercicio de los derechos es viable mientras no se afecten los derechos de terceras personas, lo que constituirá el referente para su limitación y consecuente protección. En este sentido, es delincuente quien contraviene el contrato social, es un traidor en tanto que rompe el compromiso de organización producto de la libertad originaria o natural, deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como un rebelde.¹⁴ Delincuente, delito y pena son productos de la sociedad organizada, y la legitimidad del poder punitivo de ésta se halla a su vez en su acta de constitución: el contrato social.¹⁵

Para hacer valer los límites impuestos al ejercicio de los derechos de los gobernados y a las potestades de los gobernantes, el Derecho mismo establece el mecanismo de reacción punitiva al que reconocemos como Derecho Penal, cuya razón de existir estriba en la necesidad de mantener unidos los vínculos en el seno de las sociedades modernas. En efecto, *El contrato social* daría legitimidad a la reacción punitiva en pro de los intereses colectivos y sentaría las bases de la defensa social.¹⁶

El modelo de defensa social de origen contractualista se recrudecería con el nacimiento de la Criminología en el siglo XIX, pero en sus orígenes determinaría la naturaleza pública del Derecho Penal, uno instituido para la protección de las restricciones que favorecían el contrato social, esto es, la vida organizada según las directrices y límites impuestos por el Derecho; todo lo que da razón de ser a la defensa social. El Derecho Penal en sus orígenes modernos es un modelo de defensa social que no incluye ni protege a las víctimas, sino que las excluye.

La función declarada de este modelo de defensa social consiste en la protección de la sociedad misma, por lo que la reacción punitiva se da por la violación al derecho que mantiene los vínculos de los integrantes de la

¹⁴ En este sentido, véase Juan José Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento criminológico I: Un análisis crítico*, p. 27.

¹⁵ *Ibid.*, p. 30.

¹⁶ “En el origen del sistema penal burgués el castigo era justificado bajo el argumento de la protección de la paz acordada en el contrato social.” Véase Alejandro Gómez Jaramillo, *Un mundo sin cárceles es posible*, p. 20.

sociedad y no por la afectación de los derechos individuales de las víctimas: la víctima, en cuanto tal, no interesaría.

En las raíces mismas del Derecho Penal moderno está la razón que determinaría sus procesos evolutivos por décadas, en que los derechos y la participación de la víctima en la justicia penal serían nulos. La reacción punitiva, sustentada así en la protección de la sociedad y la exclusión de las víctimas, veló durante décadas —aún lo hace— por los intereses del Estado en su función protectora de la sociedad; la víctima tendría derechos de reparación pero ante las instancias civiles; de este modo, aun cuando el inculgado resarciera a la víctima, su sanción prevalecería.

En suma, el Derecho Penal de la modernidad nació para excluir a las víctimas, para evitar su venganza, no para protegerlas. Un Derecho Penal de orden público en el que el conflicto ocurre entre el Estado que incrimina y el sujeto inculcado se sustenta en una relación propia del Derecho público y no del que regula los intereses y conflictos entre los particulares. Esta razón fundamental dificultaría —como hasta la fecha— la incorporación de la víctima en la justicia penal.

El Derecho Penal de la modernidad, luego entonces, no olvidó a la víctima, la excluyó a propósito,¹⁷ le expropió el conflicto y lo asumió como suyo en favor de los intereses colectivos y en detrimento de los derechos de los imputados. En consecuencia, la nula participación de los actores del drama penal se traduciría en el ejercicio severo de las potestades punitivas del Estado aun en la —para entonces naciente— justicia penal democrática.

Con base en el contrato social, el despliegue de la justicia penal —regido ahora por el principio de legalidad— crearía las inercias que lo caracterizarían en lo subsecuente: a más limitantes a las libertades de los gobernados, mayores potestades para el Estado, y a más límites a las potestades del Estado, mayores libertades para los gobernados, fórmula que desde entonces y hasta la fecha es inversamente proporcional.¹⁸

¹⁷ En este sentido, en la obra de mi autoría *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, la idea central gira en torno a la afirmación de la exclusión y no del simple olvido de la víctima por el Derecho Penal de la modernidad.

¹⁸ Fórmula que tiene también sus orígenes en el Estado absoluto: las potestades absolutas de los gobernantes daban total seguridad al Estado en detrimento, por supuesto, de la seguridad de los gobernados:

En sus orígenes el Estado actual es el Estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estado de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por eso haya un permanente retorno al Estado origi-

La víctima y el imputado no serían ajenos a esta variable; el devenir evolutivo de la justicia penal moderna mostraría cómo su incorporación en el drama penal y, por tanto, el reconocimiento de sus derechos, supondría el detrimento de las potestades punitivas del Estado.

En conclusión, la razón de ser de la fórmula de un Estado de Derecho debe buscarse en las tradiciones jurídicas que le dieron vida y lo condicionan. Con ello, el estudio de las instituciones tanto públicas como privadas —de México y de todos los países que responden a esa tradición— debe necesariamente realizarse al amparo de los principios que rigen la vida de la forma de Estado imperante, esto es, el Estado moderno, y debe asimismo atender a la tradición jurídica imperante. La legalidad es el eje rector de la vida misma del Estado de Derecho, es su principal virtud, pero también su mayor debilidad.

A. Funciones sociales del Derecho en la modernidad

De acuerdo con Recasens Siches,¹⁹ el Derecho en la modernidad cumple con cuatro funciones sociales elementales, de las que se deduce la indivisibilidad entre Derecho y Estado. A decir del autor, el Derecho, además de atender los conflictos sociales (resolución de conflictos de intereses) entre los particulares, entre éstos y el Estado, y de los Estados entre sí, cumple con la función de organizar, legitimar y limitar el poder político. Así, la función pública se organiza a través del Derecho mediante el establecimiento y la jerarquización de las funciones y de cómo éstas deben desplegarse. Es menester reflexionar, sin embargo, si los conflictos de intereses que el Derecho pretende resolver —según lo establece el autor— y que pertenecen al ámbito del Derecho Penal, éste es capaz de resolverlos, sobre todo si consideramos que no fue creado para anticiparse a los delitos sino para reaccionar ante ellos y, por tanto, no los resuelve, sólo decide —mediante procedimientos establecidos— las formas y variantes en las que fueron cometidos y la naturaleza de la reacción. Según Recasens Siches, el Derecho cumple a su vez con la importantísima tarea de legitimar la fun-

nario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios (J. J. Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento criminológico I*, *op. cit.*, p. 12).

¹⁹ Luis Recasens Siches, *Sociología*, pp. 583 y ss.

ción pública: todo acto del servicio público debe tener su fundamento en la ley, y ello lo hace legítimo; pero la legitimación se da no por el mero hecho de estar contenida en una norma formalmente producida y de imperio, sino por posibilitar la vida social por medio de la protección de bienes jurídicos individual y colectivamente indispensables para la consecución de aquellos fines sociales y las expectativas particulares de vida. En palabras del autor, “el Derecho legitima al poder político en cuanto que lo organiza según criterios de justicia”. Cabe aclarar que el referente de la justicia en la modernidad son los derechos humanos, el Derecho de la modernidad es el Derecho de los Derechos Humanos, y ello es lo que en realidad legitima el poder político y sus actos de autoridad, en tanto que el Derecho es el instrumento idóneo para que el Estado cumpla con su obligación de preservar la vida social y los valores más importantes de los seres humanos: sus derechos. De ahí que sea indispensable la función de poner límites a los actos de autoridad, pues es legítimo que un acto de autoridad sea tal y, por ende, afecte la esfera de derechos de las personas, porque dicho acto no es arbitrario sino que está controlado por el Derecho.

B. Validez y fines en el Derecho moderno

El devenir histórico del Derecho, reflejo de la evolución social y de las formas de pensamiento humano, ha mostrado diferentes preocupaciones, ámbitos de validez y finalidades que permiten visualizar el aspecto jurídico desde un enfoque tridimensional, a las que García Máynez ha identificado como “las tres grandes corrientes doctrinales representativas del pensamiento contemporáneo sobre el concepto del derecho”.²⁰ Así, el Derecho y sus instituciones pueden estudiarse y analizarse de diferentes formas, que obedecen a las grandes tradiciones que del Derecho se han conformado a lo largo de la historia: la iusnaturalista, la iuspositivista y el realismo sociológico jurídico, que también han dado pie a la conformación de los sistemas jurídicos contemporáneos.²¹

La tradición iusnaturalista o del Derecho Natural mostró siempre preocupación por la justicia, en torno a la cual se sustentan, con base en este en-

²⁰ Eduardo García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, p. 7.

²¹ De este modo referidos por don Guillermo Floris Margadant en su obra *Los sistemas jurídicos contemporáneos*.

foque, los fines del Derecho; es el Derecho visto como un valor. Las aportaciones del Derecho desde el enfoque iusnatural tienden a lanzar justificaciones o deslegitimaciones del Derecho, sus normas y sus instituciones. Se trata indudablemente de un enfoque axiológico del Derecho. Una norma se justificará entonces y será válida —y por tanto aceptada— en la medida en que sea justa.

La tradición del iuspositivismo o del Derecho Positivo, por su parte, se mostró como la preocupación teórica que pretendió superar lo subjetivo que resulta la valoración en el Derecho y, en consecuencia, las definiciones de la justicia, misma a la que pretendió suplir con la fórmula de la legalidad.²² Ello dio paso al formalismo en el Derecho, de cuyas reglas se desprende que el ámbito de validez de la norma jurídica atenderá solamente a que la misma sea un producto formal; esto es, que provenga de una fuente formal del Derecho, que en nuestro medio —y en todos los sistemas jurídicos de esta influencia— lo constituye principalmente el proceso legislativo. Así pues, una norma será válida si ha sido fruto de aquel proceso de creación sustentado en la ley. Desde este punto de vista, legalidad es sinónimo de justicia, y será la ley la que determine qué es justo y qué es injusto, qué está bien y qué está mal; asistimos así a una definición legal de la justicia.

La producción científica del Derecho —desde esta óptica— se muestra únicamente como interpretaciones o descripciones de normas jurídicas, pues por ser éstas un producto formal no pueden ser cuestionadas sino sólo interpretadas. Por ello, en el sistema jurídico mexicano, de influencia iuspositivista, una norma es válida, y por ende se aplicará, si ha cumplido con los requisitos formales trazados por las normas constitucionales, y los profesionales del Derecho se limitarán a aceptarla, interpretarla y aplicarla. Según esta lógica, resulta fácil entender que el Derecho no tenga como finalidad el logro de la justicia sino el respeto a la legalidad, que implica el respeto irrestricto a la ley. Ello se evidencia de acuerdo con dos parámetros claramente determinados: el que se refiere a los gobernados y aquel que alude a las autoridades; por el primero, los gobernados pueden hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley (respetar las directrices de la ley), y por el segundo, las autoridades sólo pueden hacer aquello que la ley les faculte.

²² “Es totalmente evidente el alcance de la primera transformación, generada por la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como normas de reconocimiento del derecho válido y antes aun existente”. Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, p. 15.

En la medida en que esto se cumpla, se estará confiriendo seguridad jurídica. El Derecho, con base en esta influencia —y sobre todo el Derecho Penal—, sólo puede aspirar a conferir seguridad jurídica que, como fin del Derecho, no es otra cosa que la certeza que el Estado ofrece, a través del propio Derecho, de que las normas se respetarán o se harán respetar.

García Máynez afirma que, desde este enfoque epistemológico o tridimensional del Derecho, existe una tercera influencia, que es de corte sociológico y que se preocupa por la eficacia de las normas jurídicas. La influencia del realismo sociológico jurídico observa a éste desde una perspectiva ontológica: el Derecho como un hecho y cuyo ámbito de validez atiende a los índices de eficacia de las normas jurídicas. Desde este punto de vista, las normas jurídicas únicamente tienen razón de ser si y sólo si resuelven problemas sociales.

La producción científica de esta influencia tiende a ofrecer explicaciones de las normas jurídicas; esto es, de los factores o causas sociales que influyen en la construcción de dichas normas, por un lado, y de las consecuencias sociales que sobrevienen de su aplicación, por el otro.²³

Sirva este preámbulo para obtener unas sencillas pero importantes conclusiones necesarias. De los argumentos esgrimidos en párrafos anteriores se desprende que las ópticas por las que el Derecho puede entenderse reflejan argumentos diferentes: justificaciones, interpretaciones o explicaciones, aun cuando se refieran a una misma institución jurídica. Todo ello se debe a que el ámbito de validez dado a la norma de acuerdo con cada concepción y su finalidad son diferentes, sobre todo cuando se trata de investigación y producción científica. A partir de cada enfoque se aplican métodos y técnicas diferentes, los cuales reflejan el camino ideal para la consecución de las posibilidades citadas: justificar, interpretar o explicar.

Desde la perspectiva iusnatural, el Derecho y sus instituciones se evalúan mediante la aplicación de métodos axiológicos para ponderar su justificación o legitimación en el pretendido alcance de la justicia, valor en torno a cuya finalidad giran sus expectativas y se producirán argumentaciones respecto de la legitimación de la norma por su contenido valorativo; éste es el campo por excelencia de la Filosofía del Derecho y disciplinas afines. Con base en el mismo enfoque, las normas del Derecho y sus instituciones

²³ Renato Treves, en su libro *La sociología del Derecho*, divide el objeto de estudio de la Sociología jurídica en dos aspectos: un objeto teórico que analiza las causas y uno empírico que se encarga del estudio de las consecuencias.

serán objeto de un tratamiento formal y, por ende, estrictamente jurídico. Al aplicar métodos interpretativos, se producen sólo las interpretaciones o descripciones de las normas jurídicas que prevén aquellas instituciones; éste es el ámbito de la dogmática. El Derecho aspira (es su fin), desde este plano, a proporcionar seguridad jurídica. Carbonell explica que con base en la dogmática jurídica se deberá dar cuenta de los derechos tal como están regulados en un determinado ordenamiento jurídico.²⁴ Por último, si se observa al Derecho desde el encuadre *realista*, el punto de vista utilizado será el ontológico y con la intención sólo de explicar los niveles de eficacia en la aplicación del Derecho, de cuyo ámbito de validez se desprenderá el logro de su finalidad según esta óptica: el alcance del bien común; es el ámbito por excelencia de la Sociología del Derecho. Aquí, los fines del Derecho serán la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.

En este orden de ideas, es claro que todas las instituciones del Derecho (los derechos humanos no son la excepción) son susceptibles de ser evaluadas (por supuesto, de estudiarse también) al amparo de cualquiera de las tres formas epistemológicas aludidas que ofrecerán diversos ángulos de análisis para proporcionar un panorama más global y completo, para el caso, de los derechos fundamentales. Así, una visión valorativa de los derechos humanos desde la influencia filosófica del Iusnaturalismo ligará su análisis con la moralidad implícita de su aceptación. Los derechos humanos suponen, por tanto, el punto de legitimación del Derecho como instrumento del ejercicio del poder político; ello significa que es el respeto y protección de las libertades y demás derechos (vida, integridad, propiedad, etcétera) lo que legitima el despliegue del poder político, que es la fuerza. “Tanto el derecho como la moral cumplen, mal o bien, las funciones de reducir los conflictos entre los individuos y facilitar la cooperación social.”²⁵ A partir de la influencia del Derecho Positivo se estudiará la forma en que los derechos humanos se consagran en la legislación y en las que, jurídicamente, se podrán hacer valer. Por su método, el análisis dogmático de los derechos contenidos en las leyes se basa, principalmente, en la forma en que se consagran en ley suprema y/o los tratados internacionales y su correspondencia con el resto del ordenamiento jurídico. Por último, la óptica sociológica del presupuesto epistemológico permitirá, en el ámbito de los derechos humanos, evaluar su eficacia, lo que significa que el derecho humano, moralmen-

²⁴ Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, p. 33.

²⁵ Carlos Nino, *Ética y derechos humanos*, p. 99.

te aceptado y jurídicamente reconocido, deberá tener una repercusión social con los beneficios teleológicamente pretendidos, es decir, en favor de los receptores de las normas que consagran o protegen los derechos humanos.

En síntesis, los derechos humanos legitiman el despliegue del poder político; suponen la base de la organización social y política, por la manera en que son consagrados por la legislación, y significan el anhelo y la expectativa del bienestar común, lo que muestra un lazo que en la modernidad es inseparable: Derecho, Estado y derechos fundamentales.

Se debe ser muy cuidadoso al distinguir entre los enfoques desde los que se estudian los derechos (humanos) y las teorías que explican los derechos fundamentales. Miguel Carbonell explica que éstos provienen de la Teoría de la Justicia o de la Filosofía Política, diferente de las teorías que tratan de explicar qué son los derechos fundamentales.²⁶

La tradición jurídica que influye en nuestro Derecho construye reglas precisas que rigen su vida y estructura, además de determinar la forma en la que el Derecho se entiende y aplica. En efecto, si la validez de las normas jurídicas depende sólo de su forma de producirse, el análisis se restringe a un mero problema de legalidad. La tradición que actúa sobre el sistema jurídico en México se conoce como *positivismo jurídico*, y supone el intento de superar la subjetividad que implica hacer depender de la justicia la validez del Derecho, idea que perduró durante siglos en la historia del Derecho. Pero el problema de la justicia es que su definición depende del momento histórico y cultural en el que se emita; de este modo, hace dos siglos ahorcar a alguien en la plaza pública se habría concebido como un acto de justicia.

Como consecuencia, la tradición del positivismo jurídico restringió las definiciones de la justicia a lo previsto por las leyes; es así que, desde entonces y hasta ahora, un acto justo es aquel que se apega a la ley, y hombre justo es aquel que respeta lo dispuesto por las normas: eso es legalidad. Al respecto, Kelsen²⁷ escribió:

“Justicia”, en este sentido, significa legalidad; “justo” es que una regla sea efectivamente aplicada en todos aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse. “Injusto” es que la regla sea aplicada en un caso y deje de aplicarse en otro semejante. Y esto parece injusto independientemente del valor intrínseco de la regla general cuya aplicación se examina. Justi-

²⁶ M. Carbonell, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., p. 33.

²⁷ Citado por E. García Máynez, *Positivismo jurídico, realismo...*, op. cit., p. 27.

cia, en el sentido de legalidad, es una cualidad que no se refiere al contenido de un orden positivo, sino a su aplicación.

La tendencia del positivismo jurídico supuso, además de un arraigo jurídico sólido, un arraigo cultural que determina la forma en la que se considera el Derecho, y ello tiene también consecuencias. Si la ley dice qué es lo que está bien y qué es lo que está mal, entonces el problema es de definición, pero el presupuesto será siempre que tales definiciones son válidas y, por la forma en la que el Derecho se aplica, obligatorias. Así, a través del Derecho Penal se define y decide qué conductas —y en qué modalidades— deben considerarse delitos y cuál es su gravedad, para asimismo determinar cuál debe ser la sanción para quienes incurran en ellas.

Tal funcionamiento jurídico ha repercutido en la disciplina jurídica, que impide entonces poner en tela de juicio los preceptos del Derecho, pues éstos, por el simple hecho de serlo, tienen carácter positivo, con lo cual el estudio del Derecho se verá imposibilitado, desde esta óptica, a valorar el contenido moral de las normas y mucho menos criticarlas.

El contenido de las normas lleva una moralidad implícita, y de su correspondencia con la de la sociedad a la que afecta dependerá la aceptación social o no de aquellos preceptos, aunque tengan el carácter de mandatos, pero más aún, su eficacia, pues de la aceptación social de las normas depende en gran medida su acatamiento en términos reales. En conclusión, que una norma sea obligatoria y tenga, por el simple hecho de existir, valor positivo, no quiere decir que ésta se acatará por fuerza. El impacto del Derecho en la sociedad es trascendente; el Derecho debe evaluarse por sus consecuencias, lo que en nuestro entorno cultural, merced a aquella influencia, parece que se ha olvidado. Por otro lado, se debe reflexionar en que la expectativa de que el Derecho se corresponda con la moralidad del entorno cultural al que impacta y también obliga es cada vez más compleja y difícil de alcanzar, pues la evolución social supone hoy día la conformación de sociedades de creciente complejidad y donde las definiciones de lo que está bien y lo que está mal son cada vez más dispersas. La homogeneidad implícita de las sociedades de antaño, con baja densidad de población y con valores culturales y, por ende, morales transmitidos de generación en generación, tiende a ser menos visible en nuestros días, ya que crece la densidad poblacional y, además, el avance tecnológico motiva una movilidad social mayor y una composición plural y heterogénea de las sociedades.

De esta manera, el Derecho no puede en la actualidad tratar de recuperar la moralidad mayoritaria de la sociedad en la que influye, porque eso es cada vez más difícil y porque la moralidad de la mayoría no siempre es la correcta. Pero, ¿cómo saber cuál es la moralidad correcta en un mundo democrático en el que las moralidades pueden competir en términos de igualdad por ganarse las preferencias sociales?, y aun si se estableciera la moralidad correcta pero que no es la mayormente aceptada, ¿cómo es que ésta va a repercutir en términos de eficacia?

Responder a dichos cuestionamientos no es fácil, como intrincado es para el Derecho cumplir con sus finalidades en una sociedad que muestra una creciente complejidad; sin embargo, la ruta está planteada: serán los derechos humanos consagrados en las legislaciones supremas (las constituciones políticas y los instrumentos internacionales) los que determinen el derrotero de la moralidad. Ello tiene su justificación en cuanto los derechos humanos son propios de la sociedad moderna y sirven a las expectativas democráticas de una sociedad que aspira al bienestar de las mayorías en términos de desarrollo.

Luego entonces, el Derecho moderno cumple la función de estructurar un catálogo de facultades y obligaciones que giran en torno a los valores morales de la actualidad y que tienen su punto de referencia en la igualdad y la libertad; pero que éstas, como los demás derechos, contribuyan al desarrollo y bienestar de la mayoría no depende únicamente de su consagración y protección en la ley sino de su vigencia en términos de realidad social. En consecuencia, que una libertad se consagre en términos jurídicos no quiere decir que esté viva, esto es, que sea palpable empíricamente.

A esa tarea debemos asistir hoy, cuando la consagración legislativa es lo suficientemente vasta como para pensar más en su vigencia práctica y no sólo jurídica; que el Derecho lo diga no significa por fuerza que así sea, y se requiere que la revisión tangible de la vigencia real de los derechos humanos tenga mayor repercusión.

3. Derechos fundamentales y democracia

De manera inadecuada, la expresión *derechos fundamentales* se suele utilizar de manera genérica, esto es, como sinónimo de derechos humanos. Se habla de derechos humanos como el género de una serie de prerrogativas generalmente contenidas en las codificaciones, pero que un derecho en

cuanto tal no se encuentre incluido en algún o algunos de los sistemas jurídicos, no quiere decir que sea inexistente y que no deba respetarse.

Los derechos humanos, al incluirse en los instrumentos legislativos, adoptan modalidades específicas que pueden considerarse como especies del género derechos humanos. La modalidad en la que éstos se incorporaron durante muchos años en la Constitución Política mexicana fue como *garantías individuales*, hasta la reciente reforma de junio de 2011 en la que se adoptó el término *derechos humanos*.

El término *derechos fundamentales* suele tener varias connotaciones, además de que se utiliza con frecuencia como sinónimo de derechos humanos. Su alusión más recurrida atiende a su origen en ley fundamental y, por ende, referente y presupuesto de todo el sistema jurídico.²⁸ Diversas teorías explican qué son los derechos fundamentales, lo que hace del análisis algo complejo y digno de tratarse por separado, pero baste para efectos de este trabajo identificarlos atendiendo a sus características primordiales. La primera de ellas —quizá la más importante— es su universalidad, lo que a su vez tiene diversas implicaciones y parece contraponerse al argumento del origen en ley fundamental; ello se aclara si se considera el origen del argumento, pues la universalidad suele construirse desde la Teoría General del Derecho, que se puede aplicar a cualquier ordenamiento jurídico positivo, distinto del análisis dogmático que implica la consideración de su fuente en un ordenamiento legal determinado. La teoría política concibe los derechos fundamentales con base en la idea de que todos los habitantes del planeta, con independencia del país en el que hayan nacido o dónde se encuentren, deberían tener al menos el mismo núcleo básico de derechos fundamentales.²⁹ Ferrajoli los define como derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos.³⁰ Para este autor, la universalidad es el rango distintivo y más importante de los derechos fundamentales, por lo que su eventual rango constitucional es sólo una técnica de protección.³¹

²⁸ En este sentido, Robert Alexis y Carlos Bernal, citados por Miguel Carbonell, y el propio autor, quien sostiene que el carácter de fundamental de un derecho proviene, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, de la fuente jurídica que lo establece, por lo regular la Constitución o los tratados internacionales. *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 11-13.

²⁹ En este sentido, Miguel Carbonell, *ibid.*, p. 12.

³⁰ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 37.

³¹ Ferrajoli, en nota, distingue entre protección y garantía para designar —de acuerdo con Michelangelo Bovero— el rango constitucional que por lo común ostentan las normas que reconocen los derechos fundamentales. Véase *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, p. 688.

En la universalidad de los derechos humanos reposa la igualdad, sin embargo se trata de una universalidad relativa en tanto su referencia es extensiva a los estatus personales que constituyen su presupuesto, “no todos los derechos fundamentales corresponden a todos los seres humanos y no todos los seres humanos son titulares de los mismos derechos fundamentales”.³² Para Ferrajoli, los estatus son tres: la cualidad de persona natural o física, la ciudadanía (persona-ciudadano) y la persona capaz de obrar (capacidad de obrar), y señala que la universalidad de tales derechos, expresada por la cuantificación universal de los tipos de sujetos que son titulares, se configura como un rasgo estructural del carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales de que consisten los derechos fundamentales y, por consiguiente, de la única técnica normativa en condiciones de garantizar la igualdad jurídica.³³ De la cualidad de universal de un derecho fundamental, explica el autor, procede asimismo una forma específica de garantía, pues al ser universales se encuentran garantizados por deberes absolutos (*erga omnes*) ya sea dirigidos a todos, como la prohibición de matar, o a determinados sujetos públicos, como la obligación de asistencia sanitaria para garantizar el derecho a la salud.³⁴ En este sentido, de la universalidad de los derechos fundamentales podemos deducir las dos funciones que el Derecho Penal cumple para su protección y respeto; así, la potestad punitiva se despliega para la protección de los derechos fundamentales de todos, que pueden ser afectados por cualquiera en aras de una mejor vida social en orden, pero tal despliegue, que es fuerza para la restricción de derechos fundamentales, debe estar acotada por el propio Derecho (también Penal). Al final se trata, a partir de las afirmaciones de Ferrajoli, de deberes absolutos y no de potestades; el Derecho Penal es un medio “artificial” hecho por el “artífice” persona natural para la protección de sus fines: los derechos fundamentales.³⁵

Según Ferrajoli, la universalidad es una característica indispensable para catalogar un derecho como fundamental, pues debe dirigirse a todos en tanto personas, ya que si se refiere sólo a parte de los miembros de un

³² *Ibid.*, p. 686.

³³ *Ibid.*, p. 689.

³⁴ *Ibid.*, p. 688.

³⁵ Para Ferrajoli, la distinción entre personas naturales y personas artificiales estriba en que si las personas naturales son constituyentes, o sea, artífices de las personas artificiales, y estas son constituidas, o sea, artificios contruidos por aquellas, su relación se configura en términos funcionales, de manera que las primeras tienen el valor de fines y las segundas, incluso las de carácter público, ostentan el carácter de medios (*ibid.*, p. 684).

grupo, entonces no es universal y por tanto tampoco fundamental, sino de otro tipo, como por ejemplo patrimonial. La distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales se deriva, a su vez, de la distinción entre la esfera pública y la esfera privada en el Derecho. Para el autor, los derechos patrimoniales, al tener por objeto bienes o prestaciones determinados de manera específica, son por un lado singulares en lugar de universales y disponibles en lugar de indisponibles.³⁶ La indispensabilidad, luego entonces, es otra de las características inherentes a los derechos fundamentales y proviene de su universalidad, pues al dirigirse a todos los seres humanos y no a determinada clase de sujetos, no son alienables ni negociables.³⁷ Carbonell explica, con base en Ferrajoli, que tal indisponibilidad es tanto activa como pasiva. De este modo, por un lado, el sujeto mismo no puede por su propia voluntad dejar de ser titular de los derechos (activa), aunque ello —aclara— no implica que no pueda por voluntad propia dejar de ejercer uno o varios de ellos, o que esté imposibilitado de renunciar a utilizar los medios de protección que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para protegerlos cuando hayan sido violados; por el otro lado, los derechos tampoco son disponibles, expropiables o puestos a disposición de otros sujetos (pasiva), principalmente por el Estado,³⁸ lo cual ayuda a contrarrestar las prácticas absolutistas, inquisitivas y represivas en el despliegue de su potestad punitiva.

Otra característica primordial de los derechos fundamentales es que son subjetivos, o sea que pertenecen únicamente a las personas naturales y no a las artificiales como el Estado; estas últimas nada más son un instrumento para su tutela.³⁹ El artículo 2o. de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, explica Grimm, es muy clara al sólo aceptar la existencia del Estado en aras de la defensa de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre.⁴⁰ Afirma Ferrajoli⁴¹ que, al ser subjetivos, los derechos fundamentales se encuentran previstos en las normas del Derecho Positivo, lo que excluye toda tesis iusnaturalista de derechos preexistentes, y en el mismo sentido, Grimm aclara que si bien los derechos naturales del hombre se transformaron en Derecho Positivo, se trata del reconocimiento

³⁶ *Ibid.*, p. 718.

³⁷ L. Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, *op. cit.*, p. 47.

³⁸ M. Carbonell, *Los derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

³⁹ L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, *op. cit.*, p. 687.

⁴⁰ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, p. 79.

⁴¹ L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, *op. cit.*, p. 687.

de los mismos y no de concesiones del Estado; por ello —afirma— los derechos fundamentales están en la Constitución, con el sentido de anteponerlos al Estado de manera incondicionada y son, en consecuencia, jerárquicamente preexistentes, difícilmente modificables e incluso refractarios a éstas.⁴² De acuerdo con esta caracterización, Ferrajoli clasifica los derechos fundamentales en dos grandes rubros, articulados a su vez, cada uno, en dos clases de derechos; así, el autor los divide en cuatro categorías que sirven a los fines de una teoría jurídica de la democracia, a saber: derechos de libertad, derechos sociales, derechos políticos y derechos civiles. Califica los dos primeros de sustanciales (primarios) y los segundos de instrumentales (secundarios). El criterio de clasificación para los primeros es el subjetivo en tanto atiende a la esfera de sus titulares, y para los segundos se considera su composición formal o de autonomía.⁴³ El autor afirma que las “dimensiones, formas, contenidos y niveles de la democracia podrán ser identificados con las garantías de diversos tipos de derechos fundamentales en los que el concepto primitivo de democracia será declinado”. Por ello sirven de legitimación de la forma (el quién y el cómo) de las decisiones en la esfera privada del mercado y la pública de la política (derechos instrumentales o secundarios), y para vincular la sustancia (el qué cosa) de las decisiones; a la primera la identifica como *dimensión formal de la democracia* y a la segunda como *dimensión sustancial de la democracia*.⁴⁴ De tal modo, Ferrajoli caracteriza a estas cuatro clases de derechos (políticos, civiles, liberales y sociales) como los cuatro valores o rasgos de la democracia; los dos primeros suponen la capacidad de obrar contractual o política de sus titulares, y protegen su autonomía, y los segundos resguardan respectivamente los valores (o los fines) liberales y sociales de cuya tutela y satisfacción dependen los contenidos y la sustancia de la democracia.⁴⁵

El Derecho Penal moderno debe tutelar los derechos fundamentales y los patrimoniales, tanto por la comisión de delitos que repercute en los derechos fundamentales y patrimoniales como por la reacción punitiva misma respecto de los derechos fundamentales de los involucrados, tanto imputados como víctimas.

⁴² *Idem.*

⁴³ L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, *op. cit.*, pp. 706 y 707.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 707.

⁴⁵ *Idem.*

Libertad e igualdad

De acuerdo con Grimm, debe identificarse el origen de los derechos fundamentales con el nacimiento de la sociedad burguesa; en sus palabras: “los derechos fundamentales son producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y pertenecen al programa del moderno Estado constitucional, del cual proceden”.⁴⁶ Al asociar el nacimiento de los derechos humanos con el del Estado y el del Derecho en la modernidad, se reconoce su estrecha relación. A estos derechos nacientes, primero consagrados en lo que ahora se reconoce como las constituciones modernas, se les llama *derechos fundamentales*.

Para Grimm, los derechos fundamentales constituyen una forma de protección de la libertad, sin confundir que se trata de una forma específica que rompió con sus precursoras en aspectos esenciales; por ello el autor los identifica como el catálogo de derechos de las constituciones modernas, y para distinguir estos derechos fundamentales de las formas premodernas de protección de la libertad exalta su universalidad como su principal característica y fundamento de la igualdad.⁴⁷

Identifica para ello cuatro grupos de derechos fundamentales —a su decir— siempre recurrentes: el primer grupo asegura la libertad de la persona y su esfera privada; a éste pertenecen la libertad personal que tiende a la abolición de todas las formas de relación privada de dominio, la libertad frente a detenciones y castigos arbitrarios, y la garantía del espacio vital privado, esto es, el derecho a la privacidad. El segundo grupo concierne al ámbito de la comunicación, que asegura las libertades de conciencia, de prensa y de opinión, así como la de asociación y asamblea, esto es, de reunión y asociación. Al tercer grupo atañe la vida económica y garantiza sobre todo las libertades de contratación y empresa, incluido, por supuesto, el derecho de propiedad. Por último, el cuarto grupo apunta hacia la igualdad, resultado de la lucha contra la sociedad estamental, y su consagración su-

⁴⁶ Según el autor, suele confundirse como derecho fundamental toda libertad jurídicamente protegida sin importar el momento histórico. Por ello, hace énfasis en las diferencias entre la forma moderna de tutela jurídica de la libertad y las fórmulas premodernas. De otra manera, los derechos fundamentales se podrían remontar lejos en la historia y su nacimiento no dependería en estricto sentido del nacimiento de la sociedad burguesa, sino que se introducirían en un nuevo nivel de desarrollo, con lo que su validez no comenzaría con la modernidad sino que únicamente se ampliaría su alcance. D. Grimm, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 77 y 78.

pone sólo igualdad jurídica y no social ni económica, esto es, igualdad en libertad.⁴⁸ Por consiguiente, la modernidad, como etapa de la historia que empieza a tomar forma en el siglo XVIII y de la que hoy participamos con las variables que la evolución social le ha ido confiriendo, supone un nuevo Estado y un nuevo Derecho, mismos que se diferencian de sus predecesores por la manera en que se conciben y se erigen dos derechos fundamentales: el de libertad y el de igualdad.

Antes del advenimiento de la modernidad, la organización social estaba jerarquizada, era vertical y no horizontal, lo que supone que la igualdad no era posible. La dependencia personal que suponía el lazo del Soberano con Dios, hacía que en nombre de éste las libertades y los demás derechos se restringieran sobremanera a unos más que a otros. Luego unos eran más iguales que otros y también unos eran más libres que otros. Lo que existía en definitiva eran prerrogativas y privilegios de unos en detrimento de los demás. No existía libertad en condiciones de igualdad; el ejercicio del poder en una fórmula de Estado tal era absoluto.

La organización social en el Estado absoluto implicaba, en grado de jerarquización, la imposición de la voluntad de unos cuantos sobre el resto, que no gozaba de libertades ni tenía derecho al producto de su trabajo. Las clases sociales, fácilmente identificables, reconocían en la nobleza una superioridad que evidenciaba la natural y así reconocida desigualdad social. Las potestades del Estado, luego entonces, permitían a los gobernantes reprimir a los inferiores y mantener la organización social y política en completa desigualdad.⁴⁹

Si se considera que los ámbitos de aplicación y características de estos derechos fundamentales los muestran como aquellos que no habían existido hasta entonces o, al menos, no en forma acumulativa, queda claro cómo éstos rompieron con la tradición del Antiguo Régimen y dieron lugar a un orden nuevo.

Al aludir a la libertad individual, los derechos fundamentales se dirigían en contra de un modelo basado en el condicionamiento de los derechos

⁴⁸ *Ibid.*, p. 80.

⁴⁹ De la mano de la verticalidad, el escaso desarrollo de la ciencia y la influencia de la religión, el castigo era la variable importante cuando de reacción punitiva —o su equivalente— se trataba; luego, el despliegue del poder del Estado absoluto, que es ilimitado, buscaba el castigo mediante las sanciones que, a manera de penitencia, servían de expiación a los condenados, y en ello encontraba su legitimación. En palabras de Alejandro Gómez Jaramillo, “la práctica del castigo se vale de toda clase de discursos para justificarse” (*Un mundo sin cárceles...*, *op. cit.*, p. 66).

a partir más de las virtudes y condiciones sociales que del reconocimiento de la autodeterminación de individuos y grupos sociales; sociedades antiguas en las que más bien se condicionaba el ejercicio de las libertades al imponer obligaciones y no otorgar sino derechos derivados funcionalmente condicionados. Como respuesta, la libertad se ha vinculado históricamente con fórmulas de protección jurídica en relación con un estatus determinado o con la pertenencia a una corporación determinada, y que siempre protegió a individuos, pero jamás a todos sino a algunos privilegiados. Con el advenimiento de los modernos Estados constitucionales, adquiriría una connotación diferente, ligada ahora a la cualidad de persona y en la que todos los hombres son los titulares de esas libertades que deben protegerse de manera jurídica fundamental.⁵⁰ La Declaración de Virginia de 1776 y la francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 son la más clara expresión del nuevo contenido de las libertades en términos de igualdad.

De esta suerte, protegiendo la igualdad jurídica, el naciente estatus de los derechos fundamentales hizo frente a la sociedad estamental caracterizada por la desigualdad de derechos y por los privilegios condicionados todos a la pertenencia a determinado estamento o corporación.

Pronto las desigualdades sociales y los intereses de una clase emergente (la burguesa) generarían la reacción social y el cambio evolutivo del modelo de Estado para dar paso a la modernidad. La clase burguesa, conformada por quienes producían riqueza mediante formas ya no relacionadas con la tradicional agricultura, como banqueros o artesanos, desarrollaría formas de producción diferentes que generarían una riqueza para cuyo disfrute no estaban legitimados. Los burgueses querían libertad para acumular y hacia esa demanda se dirigía el reclamo por la igualdad; la lograrían a la postre, sin duda para su particular beneficio.

La transformación supuso una revolución ideológica, pero también manifiesta en luchas armadas que poco a poco darían al traste con los regímenes despóticos y permitirían el advenimiento de los modelos democráticos en igualdad. La organización política tendría entonces un nuevo referente de legitimación: el Derecho,⁵¹ que en la modernidad se caracterizaría por el

⁵⁰ D. Grimm, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

⁵¹ Raffaele De Giorgi, en *Ciencia del Derecho y legitimación* (pp. 9-11), identifica, desde la perspectiva sistémica, cómo el Derecho en la modernidad legitima el *sistema político*. El autor explica que en la Edad Moderna el actuar ético, político y jurídico era descrito por los sistemas basados en el *deber ser* expresado en directivas o normas de actuación construidas sobre principios relativos al ser —sobre una ontología racional— y fundamento último de validez para esos

reconocimiento de dos derechos estrictamente fundamentales: la libertad y la igualdad.

Es evidente que el advenimiento del Estado Liberal, al que se llama también Estado Burgués, fue motivado por la necesidad de la burguesía de acumular riqueza en libertad, lo cual exigía acabar con las ataduras que las reglas monárquicas conllevaban para evitar que todos accedieran a la riqueza; de ahí la trascendencia de la libertad y la igualdad: gozar de las mismas libertades supondría la posibilidad de acumular sin restricciones y sólo al tenor del trabajo. Ello dio paso al nacimiento de un modelo de producción que surgió a la par del modelo político democrático, al que reconocemos como capitalismo y al que el moderno Derecho también daría legitimidad.

En virtud de ello, el Derecho en la modernidad, con base en el reconocimiento de los derechos fundamentales, daría vida al Estado moderno y sentaría las bases de la organización política democrática y económica capitalista. El Estado en la modernidad desplegaría sus potestades al amparo del Derecho, y la legitimación sustentada en la divinidad declinaría ante una nueva organización social, ahora horizontal, fundamentada en la igualdad.

El naciente Estado Burgués estaría legitimado por el Derecho, respaldado ahora en dos principios fundamentales: igualdad y libertad. El Derecho, que en la modernidad reconoce y protege estas potestades, también ayuda a racionalizar las desigualdades motivadas por el advenimiento del capitalismo, en el que el Derecho Penal y sus políticas punitivas cumplirían una función central.⁵² Por ello, los derechos fundamentales en la era moderna, que priorizan la autodeterminación individual y la autonomía de los subsistemas sociales, se dirigieron contra el Estado absoluto principesco que había monopolizado el conocimiento del bien común, lo cual dio lugar a una competencia absoluta para dirigir tanto la vida como el desarrollo social.⁵³

sistemas; la validez de las normas, entonces, está inmediatamente vinculada con el valor del cual las normas se presentan como verdad —lógica, en tanto que se deriva de premisas del Derecho Natural ontológicamente validadas— y provistas con el carácter de necesarias.

⁵² Para Nils Christie la idea central es simple: las sociedades occidentales enfrentan dos problemas principales: la distribución desigual de la riqueza y la distribución desigual del acceso al trabajo remunerado. Ambos problemas pueden dar lugar a disturbios. La industria del control del delito está preparada para enfrentarlos: provee ganancias y trabajo al mismo tiempo que ejerce control sobre quienes de otra manera perturbarían el proceso social. *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, p. 21.

⁵³ D. Grimm, *Constitucionalismo...*, op. cit., p. 80.

Hoy día los derechos se conciben y se consagran en términos de igualdad, sin privilegios, distinciones ni prerrogativas. Por ello, la igualdad es un derecho fundamental y, de su mano, la libertad es uno de los derechos más preciados de los seres humanos, pues es la que les va a permitir realizarse como tales, alcanzar metas, expectativas de vida y desarrollo.

Por su carácter de fundamental, quizá, estos derechos resultan siempre en juego —si la expresión se permite— al momento de evaluar un sistema político o, incluso, construir o proponer una política pública.

Si se recuerda que el Derecho es un instrumento para que el poder político despliegue sus funciones y que las mismas en la modernidad no pueden más que contribuir al bienestar y al desarrollo social y personal, lo que es posible si el catálogo de derechos humanos se consagra, protege y hace valer, entonces se entenderá que los fundamentos rectores de las políticas públicas son los derechos de igualdad y libertad, en tanto que son fundamentales.

Ahora bien, si se afirma que los derechos humanos se consagran y protegen en términos de igualdad, la que es su presupuesto o, más bien, su fundamento, la libertad entonces pasa a ser la medida en la que aquellos derechos se concederán en términos de igualdad, en cuanto a que son susceptibles de restricción legal.

Las libertades no son absolutas, se restringen, porque ello acarrearía consecuencias aun irreversibles. El punto es que las libertades deben limitarse de igual manera para todos, esto es, en términos de igualdad. Una decisión política decide, con base en la ley, por supuesto, la medida de la restricción, es decir, cuánta libertad se permite a las personas, pero no sólo la libertad en cuanto tal sino qué tan libre se es para ejercer los demás derechos.

Cuando las libertades y demás derechos se acotan en demasía, se está en presencia de políticas represivas que, en cuanto tales, se asemejan más a las expectativas de las épocas premodernas que a las de la modernidad, fincadas en términos de democracia.

El anhelo del despliegue del poder político debe corresponderse con la ideología política de la modernidad a la que se reconoce con el nombre de democracia, la cual supone bienestar para la mayoría. Esto significa poder alcanzar igualdad social y económica en términos de igualdad de derechos, y para lograrlo resulta fundamental el ejercicio libre de los demás derechos.

Si bien el derecho a la vida presupone la existencia de los demás derechos, el derecho a la libertad se erige, me atrevo a decir, como el derecho por excelencia. Con el advenimiento de la modernidad y el reconocimiento en la ley de los derechos humanos, las libertades se exaltaron por sobre los

demás derechos; incluso en los escritos de la época, o que se refieren a la época, se puede leer expresiones como “las libertades y demás derechos”. De hecho, es común referirse a ella como la época del liberalismo.

Y es que, como es lógico, el anhelo principal del ser humano de aquellos tiempos era el de libertad, misma que había estado coartada desde siempre en la historia de la humanidad. Sólo el ser humano libre podría desarrollar sus potencialidades y también, claro, aspirar a la riqueza. En efecto, con la influencia liberal se generaría la necesidad de la *libre circulación de la moneda* y, como efecto, el nacimiento de un nuevo modelo de producción que ahora reconocemos como capitalismo.

Así entendidos, los derechos fundamentales constituyen una forma histórica de protección jurídica de la libertad, que aunque situada en una larga tradición, rompió con sus precursoras en aspectos esenciales. Precisamente de esta ruptura es de donde han extraído hasta hoy su persistente atracción.⁵⁴ Para entender la particularidad de los derechos fundamentales habrá que remitirse a las diferencias entre las antiguas formas de protección jurídica de la libertad y el catálogo de derechos que ofrecen las constituciones modernas que afianzaron jurídicamente la transformación ocasionada por la vía revolucionaria y se muestran sobre la base de la libertad en igualdad.

El bienestar y el progreso de la especie requieren forzosamente de la libertad individual, porque ésta condensa y resume todos los derechos del hombre.⁵⁵

Otra perspectiva que ayuda a comprender la trascendencia de la libertad como un derecho humano es la que ofrece Enrique Cáceres⁵⁶ al clasificarla en tres grandes rubros: *el derecho a la libertad de acción*, que consiste en la facultad de todo ser humano para realizar u omitir cualquier conducta sin más restricciones que las establecidas por aquél; *el derecho a la libertad personal*, que implica la imposibilidad de ser privado de la libertad personal sino en los supuestos previstos por la ley, por los servidores públicos competentes para ello y mediante la observancia de las formalidades requeridas, y *el derecho al restablecimiento de la libertad*, esto es, el derecho a que se lleven a cabo todas las conductas necesarias para el restablecimiento de la libertad cuando ésta haya sido restringida como consecuencia de la

⁵⁴ *Ibid.*, p. 78.

⁵⁵ Miguel Bolaños Cacho, *Los derechos del hombre*, p. 35.

⁵⁶ Enrique Cáceres Nieto, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*, pp. 173 y ss.

comisión de un delito y una vez satisfechos los supuestos previstos por los ordenamientos jurídicos para tales efectos. Por el primero (*derecho a la libertad de acción*), lo que se protege es la autonomía de la persona para realizar u omitir conductas apegadas a las directrices del derecho;⁵⁷ por el segundo (*derecho a la libertad personal*), se protege el disfrute de la libertad personal, al prohibir la privación de la misma mediante actos ilegales;⁵⁸ por el tercero (*derecho al restablecimiento de la libertad*), se protege la posibilidad de volver a disfrutar de la libertad mediante los mecanismos legales existentes, cuando se ha permanecido en un centro de reclusión.⁵⁹

Modalidades de la libertad

De acuerdo con el autor y obra en cita,⁶⁰ entre las modalidades del derecho, la *libertad de acción* supone que el hombre pueda actuar de uno u otro modo determinados. La legislación (nacional e internacional) suele proteger, entre las más importantes, la *libertad de creencia o culto*, por la que se tiene el derecho de profesar la creencia religiosa que más agrade, practicar sus actos, ceremonias y cultos respectivos, y a cambiarse de religión; la *libertad de expresión*, por la que se tiene la facultad de expresar cualquier idea que no sea contraria a lo permitido por la ley; la *libertad de procreación*, por la que se tiene derecho a decidir sin ningún tipo de limitación y de manera responsable e informada el número y espaciamiento de los hijos; la *libertad de reunión*, por la que existe el derecho a reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, organizar y participar en las reuniones e incluso no ser obligado a participar en las mismas; la *libertad de asociación*, que en el mismo sentido que la antes citada no sólo protege el derecho a asociarse pacíficamente con un objeto lícito sino a formar asociaciones, asociarse pacíficamente con cualquier objeto lícito, a no ser obligado a pertenecer a ninguna asociación y el derecho a separarse de una asociación; el *derecho a la libertad sexual*, que supone la facultad de realizar actividades sexuales sin ningún constreñimiento; la *libertad de tránsito y de residencia*, que implica la posibilidad de salir, entrar, viajar por la República y de residir sin más

⁵⁷ *Ibid.*, p. 173.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 234.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 253.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 218-283.

restricciones que las administrativas y judiciales previstas por las leyes, y la *libertad de petición*, que faculta a las personas para que puedan presentar peticiones respetuosas a las autoridades competentes, motivadas por intereses generales o particulares, y de obtener pronta resolución.

De este modo, impedir que una persona profese y practique una religión, o se cambie de religión, la censura, la negativa injustificada al acceso a la información, la contracepción forzada (imponer de manera obligatoria mecanismos de control de natalidad), el abuso, el hostigamiento sexual y la violación son algunas de las formas en las que se puede vulnerar el derecho de *libertad* que aquí llamamos *de acción*.

De la *libertad personal* se destaca la imposibilidad de estar incomunicado al permanecer en alguna forma de detención, esto es, sin poder tener comunicación con aquellas personas con quienes legítimamente se puede hacerlo; de ser detenido de forma arbitraria, es decir, sin los requisitos previstos por las leyes, y de ser retenido, que significa mantener recluida a una persona sin causa legal.

Por último, por el derecho *al restablecimiento de la libertad* se consagra el derecho a la libertad provisional bajo caución, por el que una persona sujeta a proceso puede obtener su libertad con carácter provisional en tanto se resuelva la causa penal que se le haya instaurado; el derecho a la libertad por desvanecimiento de datos, cuando las pruebas que sirvieron para sujetarlo a proceso se han desvirtuado; el derecho a la libertad preparatoria, para los que cumplen una sentencia y cubren los requisitos de ley para una excarcelación anticipada, así como el derecho a la libertad provisional bajo protesta, son los que destacan.

Igualdad jurídica

De la mano del derecho a la libertad, el derecho a la igualdad es básico en la consagración moderna de los derechos humanos. Ferrajoli opina que el carácter universal de los derechos humanos implica que se atribuyan a clases de sujetos, todos los cuales son titulares en igual forma y medida, por lo que en esa universalidad reside la moderna igualdad jurídica en tanto igualdad de derechos.⁶¹ Para el autor, el objeto de la igualdad jurídica es la clase

⁶¹ L. Ferrajoli, *Principia iuris...*, *op. cit.*, p. 686.

de los seres humanos, esto es, asociados al estatus de persona natural, al margen de su cualidad de ciudadanos o sujetos capaces de obrar. Por ejemplo, son sujetos de derechos fundamentales el trabajador dependiente, el incapacitado para el trabajo, el enfermo, el empresario mercantil, el cónyuge, etcétera, y se excluye a las personas artificiales que no son fin de los derechos fundamentales sino medios, como el Estado, que está ordenado a la tutela de aquéllos.⁶²

El gran avance en la historia de la humanidad ha sido la erradicación paulatina de la esclavitud en los países del mundo, que hoy día se extiende a otras prácticas análogas, las cuales, para desgracia de la humanidad, todavía son recurrentes. Muestra de la preocupación internacional por la abolición de esa práctica son las Convenciones de Ginebra de 1926 y 1956, a las cuales México se adhirió.

La igualdad jurídica se estableció en México en virtud de la abolición de la esclavitud. En la Constitución del país, el artículo 1o. consagra el derecho a la igualdad al reconocer para toda persona el goce de los derechos humanos contenidos en ella y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, prohibiendo la esclavitud y la discriminación.

Por su parte, el derecho a obtener un trato igual está protegido como tal en la mayor parte de las constituciones contemporáneas; dicho trato se convierte, en la práctica, en un prerrequisito para el disfrute efectivo de muchos otros derechos.⁶³

El derecho a la igualdad solamente se puede concebir a partir del reconocimiento de las diferencias; esto es, el reconocimiento mismo de la pluralidad con la que las sociedades se integran. Por su naturaleza, los seres humanos son diferentes y tal diversidad obedece a factores no sólo físicos o biológicos sino ideológicos. El reto de la igualdad es precisamente mantener esas diferencias en términos de equidad, y el derecho que se analiza supone la complicación misma de tratar igual a los diferentes. De esa manera, la ley no protege la igualdad misma sino el derecho a ser tratado en términos de equidad en correspondencia con quienes estén en el mismo supuesto de hecho frente al derecho. Así, la igualdad como derecho humano consiste en la expectativa jurídica de recibir idéntico trato que el resto de los miembros de una clase lógica de pertenencia, de conformidad con lo establecido

⁶² *Ibid.*, pp. 684 y 688.

⁶³ Miguel Carbonell, “Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos”, p. 9.

por el derecho y sin interferencias originadas en la consideración de criterios que no sean relevantes.⁶⁴

Modalidades de la igualdad jurídica

De acuerdo con Miguel Carbonell,⁶⁵ existen cuatro modalidades jurídicas del principio de igualdad: *la igualdad en estricto sentido*, que la considera un valor superior del ordenamiento jurídico; *la igualdad entre el hombre y la mujer, el mandato de no discriminación y la igualdad sustancial*. Todas son relevantes, pero para efectos del presente libro las dos últimas son dignas de acotación.

La igualdad se considera hoy día un principio de no discriminación, lo cual significa que el origen étnico, la nacionalidad, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil y otras semejantes no justifican que a una persona se le brinde un trato diferente, porque ello atenta contra su dignidad.

Cabe aclarar que lo antes dicho no implica que no se puedan hacer distinciones entre las personas al concederles ciertos derechos o privilegios, sino que éstos no pueden ser motivados en lo esencial por aquellos criterios. En otras palabras, la *no discriminación* significa la exclusión de todo trato desigual que no pueda justificarse en términos jurídicos.

La condición de *diferente* suele perjudicar a quien su diferencia lo hace más débil o susceptible de agresión; por tal razón, desde hace algunas décadas se ha hecho énfasis en la atención a grupos en situación de vulnerabilidad, cuyas circunstancias, en efecto, los hace fácilmente víctimas de violaciones a los derechos humanos. Ello ha impulsado la implementación jurídica de derechos específicos para la protección de sus derechos debido a su condición de vulnerabilidad y, como consecuencia, de una lectura de la gravedad en su afectación. La violencia estructural ha afectado de manera alarmante a diversos grupos de nuestra sociedad, sobre todo a aquellos colectivos humanos que por sus características y condiciones se encuentran

⁶⁴ E. Cáceres Nieto, *Estudio para la elaboración...*, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁵ M. Carbonell, "Estudio preliminar...", *op. cit.*, pp. 12 y ss.

en situación de vulnerabilidad.⁶⁶ Las instituciones que conforman la justicia penal, por su capacidad de injerencia y su posibilidad de restricción de los derechos humanos de las personas, suelen ser agentes victimizantes muy discriminatorios, ya que la desigual capacidad de repeler o protegerse de la fuerza de las instituciones del Estado coloca a las personas en clara desventaja respecto de aquél y en comparación con otros que sí pueden resistirlo. Luego, en el despliegue funcional de las instituciones de la justicia penal es más que evidente la capacidad discriminatoria de éstas respecto de ciertos grupos siempre vulnerables ante ellas. Las cárceles casi están llenas de personas que presentan similares condiciones de vulnerabilidad, mismas que suelen ser siempre víctimas de abuso de autoridad en la forma de detenciones arbitrarias, cateos ilegales y torturas.

El principio de igualdad sustancial en tanto modalidad, de acuerdo con Carbonell, consiste en “el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos a la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer, o incluso a exigir, la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa”.⁶⁷ Con este objeto se difunden y se defienden con insistencia los derechos de los niños y los adultos mayores, de las mujeres, de las personas con discapacidad, de los migrantes, de los indígenas, de los enfermos de SIDA y de aquellos que están privados de su libertad, debido a que por su mera condición son susceptibles de ser agredidos. Por ejemplo, si a un enfermo que a causa de su enfermedad se le aísla en el hospital o en el centro penitenciario donde se encuentre recluido, o se le niega tratamiento médico, se le estará discriminando y, por ende, tratando diferente. Esta misma afectación la sufrirá el menor a quien se le niegue el acceso a la educación a causa de las creencias religiosas de sus padres o a quien se anote en su acta de nacimiento acerca de su condición de niño como natural, adulterino o incestuoso.

Pero sin duda una de las desigualdades más agobiantes que padece la humanidad es la desigualdad social, resultado de la consolidación del capitalismo que, como modelo de producción, ha significado la desigual distribución de la riqueza. A través de la igualdad como derecho humano fundamental de primera generación, no se puede sino garantizar la equivalencia de oportunidades, incluso en el acceso a la riqueza, mas no la igualdad so-

⁶⁶ José Luis Soberanes Fernández, “Presentación”, en VVAA, *Los derechos de los pueblos indígenas*, p. 7.

⁶⁷ M. Carbonell, *Estudio preliminar...*, *op. cit.*, p. 13.

cial misma. Entonces, serán los derechos de tipo social o de segunda generación los que buscarán ayudar a que tal acceso sea más efectivo.

Mientras, las diferencias sociales, junto con las culturales (que abarcan costumbres e ideología) y otras más, hacen más complejas las relaciones sociales. La pluralidad genera conflicto, y éste a su vez perturba el desarrollo. El principal reto de las sociedades estriba en cómo conseguir igualdad social, y los derechos humanos deben coadyuvar en ello.

4. Moralidad, diversidad y legalidad

La Ética estudia la valoración moral de los actos humanos con base en la Filosofía y constituye el conjunto de principios que regula las actividades humanas. Al ser el Derecho un instrumento para el mantenimiento de los vínculos entre los seres humanos que haga posible la convivencia social, la relación con el Derecho moral resulta ser muy estrecha.

El positivismo jurídico se preocupó, desde el siglo XIX y a lo largo del siglo XX, de deslindar Derecho de moral y apartarse con ello de la influencia del Iusnaturalismo; pretendió atribuir al Derecho, que es, por el simple hecho de serlo, un valor positivo, con independencia de cualquier consideración de su eventual correspondencia con un orden moral; el Derecho Positivo, sólo por emanar de una autoridad soberana, es justo y por tanto imperativo.⁶⁸ La Teoría Pura del Derecho, de Hans Kelsen —como él mismo explica—,⁶⁹ es una teoría de lo que jurídica y positivamente debe ser y no de lo que naturalmente es; su objeto son las normas y no la realidad natural. Kelsen sostiene que, desde el punto de vista de la ciencia, no existe ninguna realidad absoluta, según afirma la Teoría Metafísica del Derecho, que ha creído encontrar en la naturaleza, en cuanto manifestación de la voluntad divina, un Derecho Natural; esto es, que cree poder deducir de un ser un deber ser, lo cual es un sofisma fundado en la Teoría del Derecho Natural. No se puede pasar mediante deducción lógica del campo del ser al del deber ser.⁷⁰ Por ello, presenta la Teoría Pura del Derecho como Ciencia Racional del Derecho, cuyo objeto de conocimiento es el Derecho Positivo, tal cual

⁶⁸ Norberto Bobbio, citado y explicado por E. García Máynez en *Positivismo jurídico, realismo...*, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁹ Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, p. 14 y ss.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 13 y 14.

es, una realidad jurídica. Éste, creado por actos de voluntad de los seres humanos a manera de normas, se muestra como un deber ser en relación con la conducta efectiva de los hombres que pueden concordar con estas normas en cuanto deber ser jurídico positivo, pero que también pueden contradecirlas.⁷¹ Lo anterior no implica, sin embargo, negar la existencia de la moral ni la exigencia de que el Derecho debe ser un Derecho justo y armonizar con la moral. De tal manera se diferenció entre el Derecho como estricta norma jurídica, esto es, el Derecho que es, y el deber ser en el Derecho, determinado por las expectativas del Derecho, su teleología, enmarcado en el mundo del deber ser. Sin embargo, tal pretensión no significa que alguna vez haya estado a discusión desconocer la relación de interdependencia entre la moral y el Derecho.

Lo interesante es conocer las formas de los vínculos que ocasionan esa interdependencia y ello genera —históricamente lo ha hecho— una vasta teoría filosófica y, sobre todo, sociológica del Derecho. Éste, al ser un instrumento para la convivencia social, tiene como función recuperar los valores sociales primordiales, consagrarlos y protegerlos, y aun cuando no es la única función que cumple, tiene un papel destacado por su trascendencia.

Desde el surgimiento de la Sociología, que implicó el desarrollo de las ciencias sociales en general, se dividió su contenido en dos grandes preocupaciones: las formas de la organización social y las de la evolución social. La primera de ellas estudia los problemas del orden social y trata de responder a la eterna interrogante de cómo mantener los vínculos entre los hombres. La segunda, que estudia las formas de la evolución social, busca dar respuesta a la interrogante de cómo generar progreso social.⁷² Para la Sociología, el contenido no es obra de la casualidad, el vínculo de dependencia entre el orden y el progreso es también de interdependencia; de este modo se formuló desde el principio: a mayor orden, mayor progreso, y a menor orden, menor progreso. Sólo las sociedades que son ordenadas pueden progresar.⁷³ Así, de la manera en la que los vínculos entre los miembros de una sociedad se mantengan dependerá el grado de desarrollo y progreso social; esto es una variable muy importante, y en el tema que nos ocupa adquiere relevancia en cuanto a que el derecho ha sido, sigue y seguirá siendo un instrumento para el orden y, por ende, para el progreso, función en la que el Derecho Penal ha

⁷¹ *Ibid.*, p. 15.

⁷² Alberto F. Senior, *Sociología*, p. 109.

⁷³ *Ibid.*, pp. 109 y ss.

desempeñado un papel protagónico. El Derecho sirve, o debe servir, sobre todo para lograr que los miembros de la sociedad a la que influye convivan y vivan de la mejor manera posible, es decir, que progresen.⁷⁴

Una de las formas por las que el Derecho genera cohesión social depende de la consagración (reconocimiento) y protección que el Derecho efectúa de los más altos valores sociales. Si el Derecho cumple esta función en favor de la organización y la evolución social, lo que queda preguntarse es cuáles son éstos, lo que requiere de ciertas consideraciones. En principio, los valores morales se han mostrado como universales, pero como ya se argumentó, son los derechos fundamentales los que tienen tal característica; son éstos y no los valores los que se deben distinguir por su universalidad.

En la historia de las sociedades siempre parece haber ciertos valores en consenso que son reflejo de su moralidad, pero la evaluación de la forma en que un valor debe ser interpretado en su extensión o modalidad puede variar aun de manera significativa. Aunado a ello, el presupuesto de que la moralidad es cambiante no puede perderse de vista, ni tampoco el hecho de que los cambios en la moral no sólo son evolutivos sino que varían de una región a otra. En suma, lo correcto es hablar de un orden moral para una época y lugar determinados; esto significa que los órdenes morales están definidos por el tiempo y el espacio, así que no es correcto hablar de órdenes morales universalmente válidos. La moralidad de los pueblos varía, luego entonces, de región a región y de época a época. Por ejemplo, en el Derecho Penal el valor por excelencia parece ser la justicia, pero la forma en que ésta se concibe no es ni por mucho homogénea. La justicia fue erigida como el fin del Derecho por excelencia, pero su vaguedad y amplitud fue tal que su práctica llevó siempre matices de ajusticiamiento. Ya en la modernidad, la justicia tiene un referente muy claro: los derechos humanos, cuyos contenidos se acercan mejor a los ideales de la justicia moderna; así, las libertades, la igualdad, la legalidad, la dignidad y la seguridad e integridad personal, por ejemplo, marcan cómo es que se debe hacer justicia.

Los derechos humanos son hoy día el catálogo ético de los valores en el Derecho; no obstante, la calificación de un derecho como moralmente correcto o como un derecho justo dependerá del sistema moral del que surja o del ideal de justicia con el que se corresponda, y en consecuencia siempre

⁷⁴ Kelsen, al distinguir entre el ser y el deber ser del Derecho, observa el problema de la realidad específica del Derecho como un problema de su positividad, no de su realidad natural. *¿Qué es la teoría...?, op. cit.*, p. 15.

será relativa. No es posible demostrar por métodos racionales que un determinado sistema moral e ideal de justicia es el verdadero o el mejor: en eso se sustenta la democracia. La universalidad de los derechos humanos pretende situarse por encima de esas consideraciones: los derechos deben existir/permanecer sin importar la época, el lugar o la cultura, lo que es difícil si además se concibe al Derecho como una manifestación cultural.

De las relaciones estrechas entre la Ética y el Derecho surge un sinfín de intersecciones que cruzan muchas de las disciplinas relacionadas con este último. Es así que el vínculo entre moralidad, y por ende la Ética, y el Derecho es indisoluble; cada sistema jurídico vigente en una época y lugar determinados adoptó un sistema moral y ético que definió sus estructuras y funcionamiento

Las directrices morales retomadas por el Derecho siempre motivan la polémica, el debate y la discusión, sobre todo cuando se trata de una tendencia poco común o hasta entonces cuestionable para la mayoría.

Se cree que hablar de aspectos o tendencias morales o éticas es referirse a esquemas tradicionales que son mejores por haber perdurado y haberse arraigado en la conciencia de las personas; sin embargo, los esquemas morales y éticos son cambiantes. Saber qué sistema de valores es el mejor o el correcto es una tarea que reviste gran complejidad para los estudios, el análisis y los debates intelectuales.

Un aspecto que define la moralidad es el sustento religioso del que emana, el cual influye en las definiciones morales de una persona o un conglomerado; las tendencias morales se diferencian entre culturas; por ejemplo, la poligamia puede ser aceptada en una cultura pero no en otras, y de seguro la aceptación o no aceptación se corresponde con la religión profesada. Otro elemento que contribuye a la configuración de la moralidad de un pueblo son las costumbres en general, no necesariamente las religiosas. El Derecho no puede dejar de atender todas las perspectivas.

Pluralidad, Derecho y políticas de la criminalidad

Las costumbres son, sin duda, determinantes en la conformación moral y ética de las sociedades. El Derecho puede y debe ser moldeable a ellas, pero también un instrumento de cambio. El Derecho puede motivar y propiciar cambios en la moralidad en el largo o corto plazo, pero la estrategia debe ser coherente y exige mucha especialidad de parte de los legisladores. Esto

tiene particular importancia en las sociedades de hoy día, conformadas de manera cada vez más fragmentaria, de modo que su esencia es la diferencia entre individuos, y la homogeneidad, un rasgo cada vez menos latente: las diferencias entre personas son cada vez mayores debido tanto al aumento en la densidad de la población como a la fuerte tendencia a la migración que caracteriza al mundo globalizado. El Derecho moderno erigió sus fundamentos en modelos de sociedad homogéneos en los que la diversidad no era una variable; entonces se apostaba por la cohesión social en torno a los valores morales de las clases dominantes que buscaban controlar las incipientes manifestaciones de diversidad, calificadas de moralmente incorrectas en tanto diferentes.

El Derecho Penal se erigió entonces como el instrumento idóneo para mantener el consenso y controlar a los diferentes: un instrumento selectivo y discriminatorio de la diversidad, sobre la que recaía —y aún recae— la severidad de la potestad punitiva en favor de la defensa de la homogeneidad y el consenso. En sus inicios el Derecho Penal no sirvió precisamente a la protección de los derechos fundamentales, sino a la imposición de esquemas morales en detrimento de los diferentes. Pavarini⁷⁵ agrupa las teorías de la criminalidad construidas de acuerdo con el esquema de sociedades homogéneas en lo que denomina la *hipótesis consensual*, que en sus palabras “representa la sociedad como una estructura relativamente estable, bien integrada y cuyo funcionamiento se funda sobre el consenso de la mayoría en torno a algunos valores generales”. El autor, al referirse a las relaciones entre individuo y sociedad, y por tanto entre ley y sociedad, afirma que, en un modelo tal, los supuestos son: primero, que la ley refleja la voluntad colectiva; segundo, que ésta es igual para todos, y tercero, que quien la viola representa una minoría, en tanto que la mayoría está de acuerdo con las definiciones del bien y el mal, de lo que es justo y de lo que no lo es.⁷⁶

Sin embargo, la sociedad moderna evolucionó y las políticas sociales abandonaron aquellas premisas y se orientaron hacia la diversidad. Al Derecho Penal y a las políticas públicas sobre criminalidad les ha costado abandonar aquel presupuesto y reconocer las diferencias; de hecho, con base en su preponderancia, el Derecho Penal ha pretendido imponer cierta moralidad y se ha ocupado de asuntos éticos a los que también pretende re-

⁷⁵ Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías hegemónicas burguesas y proyecto hegemónico*, p. 95.

⁷⁶ *Idem.*

gular. El Derecho Penal se constituyó como un obstáculo para el cambio; por décadas se consolidó como un instrumento en esencia represivo y selectivo, una fuente constante de violaciones de los derechos fundamentales de las personas y una herramienta para el control de los otros, los diferentes.

La diversidad es hoy día la característica medular de sociedad, por lo tanto, es lo normal; no obstante, las diferencias aún son el principal motivo de afectación de los derechos fundamentales de las personas.

Debió pasar mucho tiempo en la historia de la humanidad, y sobre todo de la forma en la que era entendida y explicada la realidad social, antes de que se reconociera en ella la diversidad. Primero se concibió la realidad social a partir de un acuerdo claro respecto de los valores, pero, sobre todo, de las prácticas sociales; luego, los seres humanos conformaron sociedades más plurales, en las que el valor ya no recaía necesariamente en la homogeneidad de las prácticas sociales, sino en la diversidad cultural y, por ende, ideológica. Entonces surgieron nuevas teorías sociales que explicaron, o cuando menos lo intentaron, las inercias de esa pluralidad. Esas nuevas interpretaciones, ahora contrarias a las explicaciones del consenso, propusieron políticas públicas alternativas para mitigar y al mismo tiempo proteger las diferencias.

El reconocimiento de la diversidad no implica negar que las sociedades se apegan a valores y esquemas más o menos consensuados que se reflejan en la estructura jurídica. Por el contrario, el reto está en reconocer y respetar la diversidad en términos de homogeneidad. Sin embargo, las prácticas sociales y, por ende, la organización política y jurídica de una sociedad no sólo están determinadas por los ya mencionados componentes culturales e ideológicos; existe también otro tipo de factores, como el económico, etario y de salud, que suelen colocar a algunos en desventaja respecto de los otros. Las sociedades en general son más *ad hoc* para unos que para otros, y éstos suelen terminar siendo discriminados.

El problema de la diversidad se acentúa cuando los grupos minoritarios son acorralados en una posición de desventaja; en ese caso las políticas públicas no sólo deben fomentar la tolerancia o evitar el trato diferenciado, sino facilitar la igualdad de oportunidades para que todos los individuos accedan a los mismos bienes y servicios. Esta problemática se agrava por el hecho de que la criminalidad se ensaña con los sujetos en condición de vulnerabilidad, cuya situación a su vez les impide defenderse en los términos en que lo harían los demás. Las víctimas de los delitos suelen serlo también del sistema social. Es muy común encontrar adultos mayores víctimas de

delitos que no los denuncian; mujeres víctimas de violencia familiar atemorizadas que desconocen que ser agredidas está mal; menores expuestos a peligros o víctimas de la pornografía infantil; marginados extorsionados por las autoridades y víctimas de sus abusos, etcétera.

Por otro lado, está la disyuntiva creada cuando los valores morales y éticos de determinada sociedad obstaculizan el desarrollo y la realización personal de sus miembros, debido a que restringen o anulan los derechos humanos básicos. El Derecho Penal cumple ahí, por desgracia, un papel fundamental.

Por ello, los derechos humanos en el presente protegen a los individuos de todo aquello que impida su desarrollo y bienestar y, por supuesto, se estructuran como directrices para la creación de normas jurídicas.

La igualdad como derecho humano, erigida en la modernidad, obliga a proporcionar un trato no diferenciado a todos los seres humanos, esto es, tratar igual a quienes en realidad son diferentes; es decir, la igualdad tiene como presupuesto básico el reconocimiento de la diversidad. Los seres humanos son diferentes entre sí, pero deben ser tratados de forma semejante ante una situación que de hecho es la misma. En síntesis, el Derecho debe tratar de igual forma a quienes están en la misma situación. La ley no hace distinciones; es general y abstracta, lo que significa que se dirige a quienes entran en sus presupuestos. Quien aplica la ley no debe hacer distinción alguna, pues al hacerlo atenta contra la igualdad y discrimina.

La discriminación afecta sobre todo a las personas de color, grupos indígenas y quienes viven una situación de vulnerabilidad. En cualquier región del mundo, la población mayoritaria se caracteriza por compartir rasgos étnicos y culturales que sin duda se reflejan en el sistema moral de la región misma. Se reconoce que cada región del mundo tiene su propio sistema moral, pero también hay que aceptar que el conjunto de normas, incluso jurídicas, que regula la convivencia de sus habitantes atiende y se corresponde con los parámetros de moralidad. Por eso, si la moralidad cambia, el Derecho debe cambiar. Entre Derecho y moral existe, luego entonces, una estrecha correspondencia, así como una relación de interdependencia. Justo será lo que la ley establezca como justo, e injusto lo que la ley así determine; sin embargo, al ser la ley reflejo de la moralidad, las definiciones legales de lo justo y lo injusto se corresponden con el sistema moral imperante. Ningún sistema moral puede presentarse como único, como tampoco ninguna doctrina moral sobre la justicia puede presentarse legítimamente, desde un punto de vista racional, como la verdadera. Todas las doctrinas tienen igual

derecho para concurrir y competir por la preferencia de la gente; ello es también democracia.

Además de que la moral de una región es cambiante, también hay que considerar que no necesariamente es compartida por todos a quienes afecta. El consenso en una sociedad respecto de sus valores éticos depende de la aceptación que éstos tengan entre la mayoría; analizar las causas de esa aceptación conduce a conocer los rasgos que dan identidad al grupo.

El consenso y la homogeneidad de los componentes sociales ayuda a mantener las estructuras sociales estables y en orden; quien no se identifica con aquéllos, quien es diferente, puede ser marginado aunque sus diferencias no atenten contra dichas estructuras. Quien es diferente en una determinada región o lugar suele ser marginado porque la historia del ser humano se caracteriza más por imponer los intereses de la mayoría o de los grupos hegemónicos que por tolerar al diferente y respetar su diferencia.

La discriminación suele basarse en diferencias de origen étnico o nacional, así como de género, edad, discapacidades, condición social o de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales y estado civil; y aun cuando la Constitución Federal Mexicana, en su artículo 1o., prohíbe estas formas de discriminación, lo cierto es que cualquier pretexto parece ser suficiente para discriminar. La causa puede ser, al final, pertenecer a la minoría dentro de un grupo hegemónico; esto es, ser diferente del común denominador.

El reto es lograr que los seres humanos entiendan que ningún esquema o doctrina moral, origen étnico o racial, preferencia o modo de vida es mejor que otra, y por consiguiente no debe imponerse sobre los demás. El Derecho hace su trabajo cuando pone límites a lo que afecta la convivencia social y aplica lo que la historia de la humanidad ha enseñado que debe reprimirse; pero la diferencia no sólo margina, sino que además pone en desventaja. El Derecho debe respetar al diferente y ayudarlo a encontrar niveles de vida digna. El reto está en lograr que esas causas de vulnerabilidad no establezcan una diferencia y que ésta en realidad sea algo irrelevante.

Los actos de discriminación motivados por la raza, el color y el origen nacional o étnico se traducen, por lo general, en el menoscabo del goce de derechos concretos, como el de igualdad de trato en los tribunales de la administración de justicia; seguridad personal ante actos violentos y de abuso de autoridad; derechos políticos (sobre todo cuando se trata de tomar parte en elecciones) y derechos civiles (por ejemplo, a circular libremente, tener una nacionalidad, al matrimonio y a la elección de cónyuge, a la propiedad, a heredar, a la libertad de pensamiento, de opinión y expresión, de reunión y aso-

ciación); el derecho al trabajo y demás derechos económicos, sociales y culturales, y el derecho a los lugares y servicios destinados al uso público (ya sean medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques, etcétera).

La alternativa a la discriminación es la tolerancia, lo que supone el reconocimiento y apreciación de los demás, la capacidad de convivir con otros y de escucharlos. La tolerancia es el sólido fundamento de toda sociedad civil y de la paz.⁷⁷

Esta realidad, ampliamente reconocida, ha motivado un sinnúmero de políticas públicas que tienden a mitigar las diferencias; se han dictado leyes a partir de la preocupación por los grupos vulnerables, como los adultos mayores o las personas con capacidades diferentes. En esta tendencia destaca, por supuesto, la preocupación de la comunidad internacional, la cual, por medio de convenciones, tratados, declaraciones y otros instrumentos legislativos de carácter continental o internacional, reconoce los derechos de esos grupos y promueve su reconocimiento en la legislación de todos los países involucrados.

La universalidad de los derechos fundamentales constituye el núcleo básico de potestades inamovibles; sin importar el esquema moral de que se trate, el reto es hacer de aquel corpus legislativo un instrumento eficaz. No se trata de dar atención especial a quien es especial, tampoco de desconocer las manifestaciones culturales de usos y costumbres; se trata de dar atención especializada a quien, como todos, es diferente, así como de lograr equidad en el respeto a los derechos, en el goce de los mismos y en el acceso a oportunidades y satisfactores. El problema estriba en que nuestras sociedades han sido incapaces de generar condiciones de vida digna para todos sus miembros. Por tanto, es obligación de todos, no sólo del Estado, eliminar las barreras que impiden, a quien está en desventaja, vivir con plenitud.

Legalidad

El presupuesto básico de los derechos humanos es el propio Derecho; los principios que los sustentan sólo pueden tener vigencia, y por ende operar, si un sistema jurídico los incorpora en su estructura, de modo que se bene-

⁷⁷ Juliana González Valenzuela, *Memoria del Seminario Internacional sobre Tolerancia*, p. 243.

ficien de las características propias de ese sistema jurídico, a saber, su generalidad y su obligatoriedad, principalmente.

El Derecho siempre es reflejo de cierta moralidad que invariablemente inspira su estructura y, por supuesto, su propia creación. Si se quisiera, en un esfuerzo de síntesis, sistematizar los órdenes morales, habría que referirse a los valores que siempre están presentes o que destacan por su ausencia en los distintos sistemas jurídicos de la historia.

Los parámetros para evaluar un orden moral y su correspondiente orden jurídico son la forma y la medida en que incorporan u olvidan —desprotegen— ciertos valores importantes que hoy resultan indispensables. Por ejemplo, se ha afirmado que el valor por excelencia es la libertad, y que ésta influye de inmediato en la igualdad y en el resto de derechos, pero fue restringida durante el esclavismo institucionalizado, el cual significó una negación al derecho de libertad, reflejado en el de igualdad.

Un sistema jurídico se puede evaluar por la medida en que incorpore principios rectores de derechos fundamentales, como el derecho a la libertad; pero, sin duda, el punto de reflexión debe centrarse siempre, y hoy más que nunca, en la forma en que tales principios (sobre todo el de libertad) se incorporan y consagran en el Derecho.

La evolución de los órdenes morales y, por ende, jurídicos y políticos es observable, luego entonces, por la forma en que consagran y protegen las libertades; el anhelo de la modernidad es que las libertades sean progresivas, esto es, que los sistemas jurídicos y políticos concedan cada vez más libertades.

Desde que las libertades se reconocen en términos de igualdad, es decir, desde el advenimiento de la modernidad, y por ende del Derecho moderno, las sociedades marchan hacia un modelo jurídico y político denominado democracia, que supone el máximo de bienestar para la mayoría (y esto sólo se logra con el reconocimiento máximo de las libertades de los individuos).

Se debe recordar que los derechos no pueden ser de consagración absoluta; esto significa que un derecho humano no puede ser incorporado, esto es, legislado, en un sistema jurídico sin restricciones para su ejercicio. La esencia en la modernidad consiste tanto en incorporar las libertades en términos de igualdad en los sistemas jurídicos como en limitar el ejercicio de las libertades para hacer posible la vida organizada.

Es importante destacar entonces que la función del Derecho en la modernidad es incorporar y consagrar los derechos fundamentales, a los que también debe poner límites. En efecto, si se afirma que un sistema jurídico

siempre es reflejo de un orden moral, y por ende incorpora los principios de dicho orden, la esencia de tal moralidad estriba en la forma en que señala los límites de aquellos principios. Así, por ejemplo, los límites impuestos por el Derecho a las libertades determinarán “lo relajada o no” que resulte la moralidad. El Derecho cumple la doble función de consagrar y, al mismo tiempo, limitar los derechos humanos; en consecuencia, los derechos fundamentales no sólo se consagran, sino que también se limitan.

No se pueden concebir los derechos humanos sin el Derecho, es decir, sin un sistema jurídico que les dé vida y forma consagrándolos y limitándolos. La tendencia evolutiva del Derecho y el Estado, según los parámetros de la democracia, es exigir el máximo de libertades por el mínimo de restricciones, lo que supone que un sistema es más democrático en la medida en que sus restricciones a las libertades sean mínimas y, en correspondencia, el número de éstas sea mayor.

En el grado en que un sistema jurídico incorpore los principios de los derechos humanos, integrará, a su vez, los estándares y anhelos de la democracia; por el contrario, un sistema jurídico despreocupado por esos principios será uno de corte represivo, por no decir inquisitivo.

Por ello, los derechos fundamentales no pueden estar sometidos al capricho de las definiciones legales de los Estados que, en el ejercicio de su soberanía, decidan reprimir alguna libertad, o negar o exterminar algún derecho. Respecto de la proporcionalidad, según Beccaria,

Cualquier acción no comprendida entre los límites señalados —entre aquellos desórdenes que destruyen inmediatamente a la sociedad, en primer grado, y el último en la más pequeña injusticia posible cometida contra los miembros particulares de ella— no puede ser llamada delito, o castigada como tal, sino por aquellos que encuentran su interés en darle ese nombre. La incertidumbre de estos límites ha producido en las naciones una moral que contradice a la legislación, muchas actuales legislaciones que se excluyen recíprocamente, una multitud de leyes que exponen al hombre de bien a las penas más rigurosas; ha hecho vagos y fluctuantes los nombres de vicio y de virtud, y ha hecho nacer la incertidumbre de la propia existencia, que produce el letargo y el sueño fatal en los cuerpos políticos.⁷⁸

La universalidad e inalienabilidad de los derechos fundamentales debe estar por encima de lo anterior; de ahí la importancia de reconocer un orden

⁷⁸ César Bonesana, marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, p. 226.

internacional obligatorio y el principio *pro persona* que asegure su protección más amplia, sin importar el origen del Derecho (nacional o internacional). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos pretende ser un instrumento de soporte de la universalidad de los derechos fundamentales; por ello, aunque la legalidad suponga un conjunto de reglas normativas, los derechos fundamentales no son reglas sino principios universales, y por tanto directrices que deben ser consideradas en las legislaciones locales. Los organismos internacionales y los instrumentos legales internacionales marcan pautas concretas que han sido consensuadas y debidamente estudiadas para que se correspondan con los principios de la democracia y los derechos humanos. El interés internacional busca que el catálogo de derechos humanos reconocido con el advenimiento de la modernidad e incorporado de manera paulatina, en mayor o menor medida, en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos, encuentre asidero en todos ellos y se refleje en efectos prácticos y operacionales.

De alguna manera, la legislación internacional de los derechos humanos intenta dirigir la moralidad de los pueblos. Esa tarea, por demás complicada, no puede soslayar las prácticas consuetudinarias de los pueblos; por el contrario, debe fomentar en ellos el respeto a los valores morales que desde el ámbito internacional se consideran universales e indispensables.

Las prácticas morales y éticas de las sociedades no deben negar los derechos fundamentales como el de libertad, de igualdad, el derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad personal. Tales derechos, como los demás incorporados en los principios rectores de los derechos humanos, son indispensables en tanto suponen, o deben suponer, el desarrollo y la realización personal de los miembros de las sociedades, lo que sólo se logra si tales valores están garantizados, protegidos y promovidos por el Derecho.

El Derecho Penal no puede seguir siendo un instrumento represivo —si bien cumple su función en favor de los derechos de terceras personas, debe respetar el límite infranqueable de los derechos fundamentales que no pueden estar a su capricho— ni un instrumento para imponer una moralidad que reprima conductas consideradas éticamente reprobables. Debe crear expectativas de conductas, no prohibir las indeseables; debe reprimir la afectación de los derechos fundamentales, pero sin violentar los derechos fundamentales de quienes alcanza en su reacción. El Derecho como producto cultural debe generar cultura, pero no a golpe de penas privativas y sanciones ejemplares. De ahí la importancia de las alternativas al Derecho Penal, hasta ahora el brazo más severo del Derecho moderno.

CAPÍTULO 2

JUSTICIA PENAL MODERNA Y POLÍTICAS DE LA CRIMINALIDAD

I. MODERNIDAD Y JUSTICIA PENAL

El Derecho Penal moderno significó en su momento un proceso humanizante de las prácticas inquisitivas propias de modelos absolutistas del ejercicio del poder. Las penas pretendieron encontrar en la legalidad, necesidad y proporcionalidad su razón de ser, y hallaron en el pacto social su legitimación.⁷⁹ El Derecho Penal de la modernidad de hace por lo menos dos siglos evolucionó con lentitud hacia variables más afines con el modelo político que motivó su origen: la democracia. Sin embargo, su andar fue lento y con regresiones considerables; las prácticas inquisitivas han sido una tentación constante en ese devenir y las fórmulas que las legitimaron permanecieron latentes. La sanción, en tanto castigo, de origen retribucionista,⁸⁰ ha sido común denominador del ejercicio punitivo en la sociedad moderna;⁸¹ por ello, no es de sorprender que las variables procesales inquisi-

⁷⁹ César Bonesana, marqués de Beccaria, en *De los delitos y de las penas*, basado en la ideología del contrato social, enuncia el principio de *legalidad de las penas* al afirmar que “sólo el legislador las puede dictar”, y sujeta su aplicación al principio fundamental de su *necesidad* como criterio, en tanto que de lo que se trata es de mantener el vínculo entre los hombres, pero también de su medida: *proporcionalidad*, por lo que toda pena que vaya más allá de la *necesidad* de conservar dicho vínculo será una pena “injusta por naturaleza” (*op. cit.*, pp. 216 y ss).

⁸⁰ El modelo retribucionista como fin de la pena ve en la sanción un castigo legitimado por la necesaria expiación de la culpa. Se sugiere la lectura, por su accesibilidad, de la obra de S. Ortiz Ortiz, *Los fines...*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

⁸¹ En este sentido David Garland, escribe:

sitivas encontrarán “fácil” asidero en un proceso penal que pretendía ser más democrático.

Este Derecho, también identificado como Derecho Penal liberal, desarrolló principios fundamentales que pretendían hacer de éste una fórmula idónea para la preservación del orden jurídico y la consecución de fines sociales. La conservación de los vínculos sociales sería la razón de ser del recién surgido Derecho Penal.⁸² Esa fórmula excluyó tanto a la víctima como a su agresor en tanto sujetos de derechos (éste debía ser reprimido y aquél privado de la posibilidad de venganza).

Las instituciones públicas en un sistema político democrático deben encajar en tal expectativa política; de igual manera, un sistema de justicia penal debe revestir las características democráticas (por ello se habla de un sistema de justicia penal democrático).

Las instituciones que conforman los sistemas de justicia penal no son ajenas a esta inercia; por el contrario, constituyen uno de los reflejos más importantes del desarrollo democrático de un sistema político y un gobierno determinados.

Democracia significa participación en términos de igualdad, y ello en la justicia penal supone que los actores deben participar en el procedimiento penal, sin importar su posición de víctima, imputado o autoridad, de manera equitativa y equilibrada; a su vez, esto significa que en la justicia penal debe haber no sólo la igualdad de fuerzas entre acusados y agraviados, sino también entre éstos y el Estado.

La historia del Derecho Penal democrático, o al menos desde el advenimiento de la modernidad, muestra tendencias poco comprometidas con tal modelo, tendencias en las que los contrapesos entre los involucrados, incluido el Estado, inclinaron la balanza hacia este último.

el papel del castigo en la sociedad moderna, de hecho, no es tan obvio ni tan bien conocido. Hoy en día el castigo es un aspecto de la vida social profundamente problemático y poco comprendido, cuya razón de ser no queda clara. El que no lo percibamos de este modo es consecuencia de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales, más que de la transparente racionalidad de los procedimientos penales en sí (*Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, p. 17).

⁸² Juan José Bustos y otros retoman la expresión de Beccaria en el sentido de que el surgimiento de la pena sólo es explicable en virtud de la organización social producida por el Contrato. El autor señala que el fundamento teórico del para entonces naciente Derecho Penal está en la doctrina del contrato social de Juan Jacobo Rousseau y, por tanto, delincuente, delito y pena son producto de la sociedad organizada: “la legitimidad del poder punitivo de ésta [la sociedad] se halla a su vez en su acta de constitución, el contrato social”. J. J. Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento criminológico I*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

La manera en que esa balanza puede nivelarse es otorgando más derechos a los inculpados y a las víctimas, y que ello se traduzca, como es lógico, en la restricción de las potestades del Estado. Por tal razón, sólo puede haber evolución en los modelos de justicia si los cambios suponen mayores derechos para las víctimas e imputados en detrimento de las potestades del Estado; si, por el contrario, los cambios restringen los derechos de los primeros e incrementan las potestades punitivas del segundo, el modelo de justicia retrocede hacia los antiguos modelos inquisitivos. Los modelos de justicia evolucionan cuando responden al modelo político que marca el hilo conductor de la vida política y social actual: la democracia.

Así, no todos los cambios en la justicia penal significan progreso. Los derechos de los imputados se amplían en tanto se les permita defenderse debidamente, es decir, contar con mecanismos suficientes para combatir las arbitrariedades de quien incrimina (el Estado). Los derechos de las víctimas se incrementan cuando se les conceden más facultades para intervenir —aun para negociar— en los procedimientos con independencia y libertad. Al cúmulo de derechos de esta índole se les conoce como *derechos del debido proceso legal*; son derechos que restringen las potestades punitivas del Estado y endurecen los requisitos para afectar las libertades de los involucrados, por lo que dejan pocas posibilidades a una intervención penal arbitraria.

1. Castigo y sociedad moderna

La evolución de la justicia penal y su modelo procesal invita a reflexionar y repensar los fines del Derecho Penal. Su cualidad de instrumento para hacer efectivos los derechos sustantivamente reconocidos y las obligaciones impuestas del proceso penal convierte al Derecho Penal en instrumento destinado a la consecución de las expectativas teleológicamente planteadas por y para el Derecho Penal. Luego, las expectativas de *justicia* en el Derecho Penal deben ser congruentes con los procedimientos estructurados para su consecución. De ahí la importancia de identificar las razones de un Derecho Penal dado, que en su devenir histórico ha cambiado sus pretensiones en aras de una siempre cuestionada legitimación de la potestad punitiva. Los fines del Derecho Penal deben ser compatibles con su estructura sustantiva y con el modelo procesal que lo hace posible; la poca congruencia entre fórmulas de por sí contradictorias por *fines penales* no siempre —casi nunca— claros es la causa de modelos procesales poco eficaces y lesivos.

A. Retribucionismo penal. El castigo como fin del Derecho Penal y de la pena

Cuando de justicia penal se trata, la idea del castigo está latente no sólo por la construcción jurídica del discurso sino además por su fuerte arraigo cultural en la sociedad misma. Reflexionar sobre las razones de la influencia de tal categoría en la justicia penal nos remonta a la idea que del castigo se ha tenido en la tradición religiosa; esto no es de menor importancia si se recuerda que la religión legitimó el ejercicio autoritario del poder en la Edad Media y hasta el advenimiento de la Modernidad, hacia el siglo XVIII. El monarca castigaba en nombre de Dios a quienes atentaban contra el régimen imperante y las sanciones cumplían fines de expiación de la culpa que el delito —pecado— habría motivado.⁸³ Ello explica el arraigo de la práctica del castigo en la tradición democrática.

El castigo había estado ligado a la idea católica de la expiación y significaba un fin en sí mismo; con el castigo se pagaba la culpa de la acción cometida a manera de expiación: con un mal, se pagaba el mal causado. Tal inercia se reconoce en la teoría de la pena como el modelo del retribucionismo penal. Retribución significa pago, y la pena o castigo era el pago que el delincuente hacía por su acción delictiva.

La retribución como fin de la pena —y por tanto del propio Derecho Penal— fue superada al abandonarse los modelos inquisitivos puros, pensados para el castigo y la expiación de la culpa. Pero —con base en la tesis de Garland—⁸⁴ esta variable no desapareció en tanto muchas de las formas inquisitivas permanecieron en el Derecho Penal de la modernidad con la forma de modelos de justicia mixtos, más cercanos a la inquisición que a la democracia. Por ello, si hoy día se habla de justicia inquisitiva es en referencia a modelos que son una reminiscencia de aquellos sistemas premodernos en los que la igualdad como derecho fundamental no era un referente.

En la premodernidad los derechos humanos no eran reconocidos por la ley, al menos no en términos de igualdad: lo que existía eran privilegios de algunos en detrimento de otros; la justicia penal sólo expresaba una forma de organización política y social jerarquizada y excluyente.

⁸³ Bustos expresa: “La centralización permitía unir soberano con Dios, a través de ello soberano con moral, derecho y justicia. Esta estructura vertical trascendental de dependencia personal centralizada, permitió legitimar el orden social organizado existente”. J. Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento criminológico II*, *op. cit.*, pp. 12.

⁸⁴ Véase nota 3.

La justicia penal actual debe reflejar en qué forma la sociedad moderna se organiza políticamente a través del Derecho, cómo los sistemas jurídicos organizan a las sociedades de acuerdo con el presupuesto de los derechos fundamentales. Se debe corresponder el nacimiento de la organización política y social moderna con el reconocimiento en la ley de los derechos fundamentales en términos de igualdad y, por ende, de los modelos modernos de justicia penal.

El arraigo cultural del castigo, sin embargo, ha permitido la utilización indiscriminada de la inercia inquisitiva por parte del Estado; una cultura así ayuda a legitimar la represión, que pocos o nulos beneficios colectivos ofrece. Por ello, la época moderna retomó como universalmente válida, incluso en modelos presumiblemente acusatorios, variables como el carácter público y no privado de la acusación, propio de una tradición inquisitiva.⁸⁵ La iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre la acusación y la defensa, el carácter estricto y secreto de la instrucción y la discrecionalidad de la acción penal, su obligatoriedad e irrevocabilidad también tienen un origen inquisitivo y persisten en los modelos procesales mixtos actuales.

B. El utilitarismo penal y la prevención del delito

Fundado en la filosofía contractualista, el Derecho Penal nació y se erigió para la defensa social, para la restauración del orden jurídico afectado por el delito, no para anticiparse al delito, prevenirlo ni mucho menos resolverlo. Un Derecho Penal tal, así estructurado, no tendría entre sus objetivos la protección de los intereses privados —de víctimas o acusados—, por lo que sus variables procesales tampoco tenderían hacia ellos. El naciente Derecho Penal de orden público se diferenció del Derecho Civil haciendo de su preocupación una causa pública (la esencia del Derecho Civil es la defensa de los intereses particulares); así, el Derecho Penal y el Derecho Civil, que en la Roma democrática, por ejemplo, anduvieron caminos comunes, se desligaron, con lo que también se diferenció la pena de la reparación.⁸⁶

⁸⁵ En este sentido, Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 41.

⁸⁶ Binding, al distinguir entre pena y resarcimiento del daño, afirmó que la reparación se presta siempre en favor de quien sufre el daño y la pena, en cambio, se presta siempre al Estado, que cumple un deber en infligir una pena. Citado por Claus Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en Julio B. J. Maier, comp., *De los delitos y de las víctimas*, p. 137.

No obstante la naturaleza reactiva del naciente Derecho Penal, la necesaria legitimación que permite al *ius puniendi* existir —y permanecer— encontró en las variables preventivas un pretendido —y difícilmente logrado— fin de la pena.

Desde el nacimiento del Derecho Penal en la modernidad, hace alrededor de dos siglos, surgió una modalidad particular en la aplicación de las sanciones: la privación de libertad, esto es, la cárcel. Según la teoría de la pena, su surgimiento atiende a muchas variables complementarias entre sí que explican en cierta medida su uso arraigado. Una de esas variables es el hecho del surgimiento de un Estado democrático que consagra los derechos humanos y las libertades en términos de igualdad, por lo que la vida, como derecho fundamental, ya no podía seguir siendo el costo del castigo. Ese nuevo Derecho Penal se tornó humanista y más respetuoso de la vida, por lo que la pena de muerte, aun cuando se preservó, disminuyó y dio paso a la pena privativa de la libertad.⁸⁷

En ese nuevo escenario quedó clara la necesidad de la sanción para hacer valer la ley y se validó la restricción a los derechos en tanto la sanción no recayera sobre la vida misma sino sobre parte de las libertades; con ello la noción filosófica del castigo encontró su decadencia en términos expiatorios y dio paso a una nueva concepción más acorde con la nueva forma de concebir la vida y la organización social. El advenimiento de las libertades para entonces —y hasta ahora— reconocidas en términos de igualdad, estuvo marcada por acciones sociales (y las reglas que las determinaban) basadas en la utilidad entendida sobre todo en términos económicos. En el Derecho Penal, la cárcel significó la restricción de la libertad de los sujetos que podrían, en libertad, ejercer su fuerza de trabajo y generar para sí riqueza, pero que reclusos y forzados a trabajar generarían riqueza para otros (con escasa o nula retribución económica) y serían disciplinados para el trabajo, lo que resultaba indispensable para el naciente “modelo capitalista” de producción.⁸⁸ Feuerbach⁸⁹ explica el vínculo entre el modelo de pro-

⁸⁷ A partir la afirmación de Beccaria, que escribió “fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan”, se infiere que no es congruente que con fundamento en aquel pacto los hombres cedan no sólo su libertad sino su vida misma. *De los delitos...*, *op. cit.*, p. 217.

⁸⁸ Michel Foucault escribió: “Las Luces, que han descubierto las libertades inventaron también las disciplinas”. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, p. 255.

⁸⁹ Citado por J. J. Bustos Ramírez *et al.* en *El pensamiento criminológico II...*, *op. cit.*, p. 15.

ducción y la pena privativa de la libertad al afirmar que de lo que se trataba era de disciplinar a los individuos mediante la coacción sobre su psique, de modo que interiorizaran la relación costo-beneficio de su actividad; la mejor manera de hacerlo era afectar su libertad, esto es, su capacidad para disponer de su fuerza de trabajo en el mercado; por eso la pena privativa de libertad se convirtió en la pena por excelencia.

La pena privativa de la libertad encontró así una primera forma de utilidad para la sanción y poco a poco dejó atrás las inercias retributivas y expiatorias del castigo. De este modo, la sanción —ya no castigo— encontró en la utilidad su legitimación en un modelo político, y de la utilidad económica se pasó a la pretendida utilidad social. Sin embargo, el Derecho quiso reaccionar contra los actos —Derecho Penal clásico o liberal—, y en su intento acabó por tratar de anticipar los hechos y prejuzgar a las personas —Derecho Penal de autor—, con lo cual basó sus expectativas en la prevención delictiva. La influencia del positivismo criminológico y de la denominada Escuela Positiva en el Derecho Penal de autor significó la implantación de procedimientos otra vez inquisitivos con variables represivas e irrespetuosas de las conquistas *clásicas* de derechos. El fin de la pena se concentró una vez más en el castigo y en la *anulación del delincuente*, nacido tal e incapacitado para la convivencia social.

En definitiva, prevenir los delitos no es uno de los atributos de los que el Derecho Penal pueda presumir; y aun superada la influencia del positivismo criminológico del Derecho Penal de autor, las intenciones de prevención delictiva como fin de la pena desarrollaron diversas explicaciones para justificarse.⁹⁰ El modelo procesal continuó arraigado en sus cualidades inquisiti-

⁹⁰ Con el advenimiento del Derecho Penal y el abandono de los criterios retribucionistas se desarrollaron sistematizaciones sobre los fines de la pena y, por tanto, del Derecho Penal que centró —y aún centra— sus expectativas en ella. Así, se ofreció una explicación teórica a lo que nunca se pudo verificar empíricamente, cuando menos de manera seria; sin embargo, el modelo fue aceptado como sistema teórico que es. La división de los fines de la pena es universal “y tal parece que fue Bentham su creador, empero, es de uso generalizado a fines del siglo pasado, atribuyéndose a Franz von Liszt la implementación y divulgación de la versión moderna” (S. Ortiz Ortiz, *Los fines...*, *op. cit.*, p. 143). Se sostuvo que el fin de la pena era la prevención del delito, con lo que cruzó los modelos dogmáticos con variables de política criminal y explicó que la prevención se daba en dos modalidades, a las que calificó de general y especial. Por la primera se evitaba que quien no había delinquido lo hiciera, y por la segunda, que quien había delinquido lo volviera a hacer; así, una estaba dirigida a las personas y la otra al denominado *delincuente*. Ambas expectativas preventivas tendrían dos modalidades: positivas y negativas. De este modo, la prevención general positiva cifraba sus expectativas en la reafirmación del orden establecido, así como en la confianza en la justicia penal y en el Estado que la impartía. La general negativa, por su parte,

vas; se pretendió alcanzar las expectativas *preventivas* mediante la aplicación y ejecución de la pena por excelencia: la pena privativa de libertad.

La cárcel se constituyó desde entonces en la principal forma de sanción penal y se justificó en términos de utilidad social mediante el concepto de readaptación: si la razón del delito era la desadaptación de ciertos individuos a las inercias y formas de la organización social, la cura debía ser un proceso de readaptación que hiciera a los individuos útiles para la sociedad.

La readaptación social legitimó así la pena privativa de libertad; la cárcel ha sido la razón de ser de la justicia penal, pero su escasa eficacia, esto es, las limitadas posibilidades de que los internos se readapten, la saturación en las cárceles del mundo y el cúmulo y frecuencia de las violaciones a los derechos humanos, poco dio cuenta de su decadencia.

Con la intención constante de legitimar la pena privativa de libertad, los fines del Derecho Penal se centraron en ella, pero los modelos explicativos a manera de teorías han cometido —según Ferrajoli—⁹¹ un error elemental: confundir el ser con el deber ser. El ser, esto es, la función empíricamente verificable y la motivación (verificable por la descripción normativa) no pueden confundirse con el fin (axiológicamente perseguido); se trata de una confusión entre modelos de justificación —fines— y esquemas de explicación —funciones de hecho y de derecho—. Para este autor, deducir lo que es de lo que debe ser y viceversa violenta la ley de Hume.⁹²

Los esquemas descriptivos de las normas y explicativos de la realidad no son más que modelos justificativos, apologías de los sistemas penales existentes en los que se respaldan proyectos y estrategias de política penal con-

acudió al argumento de la intimidación con fines disuasorios. La prevención especial positiva, también llamada *prevención integración*, se sustentó en la resocialización de la pena privativa de libertad y la especial negativa en la neutralización del delincuente que, cooptado por la prisión, no podría delinquir. Como es evidente, esta clasificación de los fines de la pena es de mucha utilidad para explicar lo que el Derecho Penal es incapaz de hacer. Para una crítica seria de esta sistematización, se puede consultar la obra de Iñaki Rivera Beiras, *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, pp. 20-26.

⁹¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 321 y ss.

⁹² Según la cual no se puede llegar de manera lógica a conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, ni viceversa. En este sentido, Ferrajoli sostiene:

mientras las teorías explicativas no pueden ser corroboradas ni desmentidas mediante argumentos normativos extraídos de opciones o juicios de valor, sino sólo mediante la observación de lo que de hecho sucede, las doctrinas normativas no pueden ser respaldadas ni refutadas con argumentos fácticos tomados de la observación, sino sólo mediante su conformidad o disconformidad respecto a valores (*ibid.*, pp. 323-324).

servadoras o utópicamente regresivas.⁹³ Para Ferrajoli,⁹⁴ atribuir a la pena el único fin de prevenir el delito, característica del moderno utilitarismo penal, la ha expuesto a tentaciones de autolegitimación autoritaria; un modelo de Derecho Penal orientado a tal fin “encamina sus opciones hacia la adopción de medios penales máximamente fuertes e ilimitadamente severos”.

En conclusión, dos grandes modelos teóricos desarrollan las expectativas del Derecho Penal en general o de la pena en particular: el *retribucionismo*, que confunde las funciones con los fines al pretender que aquello que se verifica empíricamente sea acreditado como fin y deduce que la pena retribuye mal con mal, y el *utilitarismo*, que acredita como funciones satisfechas lo que sólo son fines teleológicamente perseguidos; por ejemplo, que se asigne el fin axiológico de prevención del delito a la pena no significa que en efecto lo prevenga.

C. La consecución de los derechos de los involucrados como fin del Derecho Penal

La consecución de los fines del Derecho Penal y de la pena misma debe estructurarse a través de las fórmulas procesales, claro, si se reconoce que el Derecho Procesal Penal, en congruencia con las variables sustantivas del Derecho Penal, es el instrumento idóneo para alcanzar los fines de aquél. Pero ni el castigo como fin de la pena en tanto retribución ni la prevención de los delitos propia de los argumentos utilitarios de la pena han resuelto de manera satisfactoria las necesidades sociales de convivencia.

De la mano de los argumentos de prevención delictiva y de las políticas públicas para conseguirlo, la preocupación creciente por los derechos de los involucrados ha transformado —y lo sigue haciendo— la naturaleza de los procedimientos penales; esto invita a pensar que las expectativas del Derecho Penal —sus fines—, centradas en la intención de evitar delitos al resocializar, neutralizar o intimidar al delincuente, ha cambiado o al menos está en proceso de transformación. Quizás ha llegado la hora de dejar la responsabilidad de la consecución de tales fines a la pena privativa de libertad, que dejará de ser la pena por excelencia, y entender que si el Derecho Penal quiere contribuir a la solución del problema social delito, debe centrar sus

⁹³ *Ibid.*, p. 321.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 331.

expectativas en la efectiva actualización de los derechos de los involucrados (víctimas e imputados). La función del Derecho Penal no es resolver el conflicto, sino decidirlo de acuerdo con premisas que validen dicha resolución en términos de seguridad jurídica; ésta es la expectativa en un modelo garantista de justicia penal, que conlleva la sanción para el culpable, la absolución para el inocente y la protección y el resarcimiento de la víctima.

Si se acepta que son éstos los fines del Derecho Penal, entonces los fines dependen del proceso más que de la ejecución de la pena privativa de la libertad; si además se reconoce que el Derecho Penal no fue diseñado para prevenir el delito y que el discurso prevencionista no es más que una justificación de la pena privativa de libertad, se entenderá que lo que el Derecho Penal sí puede hacer es reaccionar ante el delito —*a posteriori* y no *a priori*—; de ahí el principio de materialidad como fundamento de un Derecho Penal que solamente puede reaccionar contra actos o hechos materialmente verificables y nunca anticiparse a los mismos buscando entre las personas al posible responsable del delito. Ello no significa que no se pueda prevenir el delito, sino que el Derecho Penal no es la vía; el sistema penal no es ni la única ni la mejor manera de prevenir el delito. Si bien el bienestar —como afirma Bergalli—⁹⁵ es un objetivo que sólo puede alcanzarse en el marco de la ley, el fenómeno de la criminalidad y los aspectos de su control tienen un peso decisivo en los desequilibrios sociales a causa de los prejuicios culturales que deforman tanto el concepto del delito como el conocimiento de sus autores. El autor afirma que

las intervenciones sociales asumen un papel decisivo cuando se pretende que el sistema penal pueda responder a las exigencias de una sociedad democrática, plural y participativa, para asegurar los derechos de todos los ciudadanos, tanto de los infractores del ordenamiento jurídico-penal como de quienes resultan víctimas de delitos o perjudicados por las consecuencias sociales que no puede (porque no está establecido para ello) paliar el sistema penal.

Así, la prevención no puede ser más el fin —utilitarista— del Derecho Penal y mucho menos centrar tales expectativas en la pena privativa de libertad.

Sin embargo, hay que resaltar un fin que esta pena sí cumple: evitar la venganza que personas como las propias víctimas, sus familiares o las fuerzas sociales pudieran ejercer contra el reo o las personas a él ligadas. Ferra-

⁹⁵ Roberto Bergalli *et al.*, *Sistema penal e intervenciones sociales. Algunas experiencias en Europa*, p. 12.

joli⁹⁶ lo denomina el fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Por consiguiente, para este autor, la pena sirve tanto para prevenir los delitos injustos como los castigos injustos, al tutelar no sólo a la persona ofendida por el delito sino al delincuente frente a las reacciones informales. De ese modo, sirve para imponer un límite máximo a la pena y justificar que no se sustituya por penas informales. Este fin de la pena se denomina de prevención general positiva y es por el que, a diferencia del de prevención general negativa para evitar los delitos, el Derecho Penal asume la prevención de la arbitrariedad o desproporción de las penas. Dicho autor afirma que este fin, por lo general el más olvidado, es en realidad el más significativo. Ferrajoli denomina a este modelo de prevención como suficiente para justificar un modelo de Derecho Penal mínimo o garantista. En sus palabras: “la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito, sirve para distinguir al Derecho Penal de otros sistemas de control social”.⁹⁷

La pregunta estriba en si la víctima debe ser parte de los fines de la justicia penal y de la pena misma, pese a la distinción entre Derecho Penal y Civil por la que se afirma que la pena es por definición algo distinto de la reparación, ya que “el Derecho Penal sirve para la recomposición del derecho de la sociedad, el Derecho resarcitorio de daños de la reparación, al interés individual lesionado”; por ello “no debe contribuir a determinar, ni positiva ni negativamente, la pretensión punitiva del Estado”.⁹⁸

La inclusión de la reparación como pena pública y la estructuración de mecanismos de composición del conflicto son muestra clara de que en el devenir histórico del Derecho Penal moderno la reparación ocupa un lugar cada vez más ascendente en cuanto a la reparación dentro de los fines de la pena. El tema no es menor si se considera el trastocamiento no sólo del Derecho Penal originario y de los principios que lo rigen (como los de *nulla poena sine lege*, *ne bis in ídem* e *in dubio pro reo*), sino además la incompatibilidad de la reparación con los fines atribuidos a la pena, a los que haría fracasar.⁹⁹

Dar un lugar a la reparación en el Derecho Penal implica reconocer que la esencia de éste ha cambiado, que los modelos preventivos (sobre todo el de readaptación y la cárcel) han fracasado, que la idea misma —como sos-

⁹⁶ L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 332 y ss.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 334.

⁹⁸ Helmer, citado por Claus Roxin, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en Julio B. J. Maier, comp., *De los delitos...*, *op. cit.*, p. 136.

⁹⁹ En ese sentido, Claus Roxin, en su trabajo de 1992, al referirse a algunas de las críticas que se han hecho a la incorporación de la reparación en el sistema de sanciones (*ibid.*, p. 137).

tenía Binding—¹⁰⁰ de que “la pena debe producir una herida y el resarcimiento del daño curar otra, en lo posible sin causar una segunda” es propia de un modelo de Derecho Penal autoritario, y finalmente, que la distinción entre pena y reparación debe desaparecer, por lo que la reparación debe ser considerada una tercera clase de pena.¹⁰¹

Es evidente e irrefutable que la influencia de lo que se ha denominado justicia restaurativa es cada vez mayor; luego entonces, la pregunta no es si el resarcimiento de la víctima debe formar parte de los fines de la pena, sino si éste debe convertirse en el fin prioritario de la justicia penal, por sobre la prevención del delito y la aún sostenida retribución.

Es un hecho incontrovertible que los modelos acusatorios actuales, con sus diversificadas influencias y no siempre homogéneas tendencias, incorporan a la víctima y, por ende, mejoran los mecanismos para la reparación. No obstante, todavía falta analizar y estudiar las bondades de ese esquema y sopesar los beneficios para la víctima en lo individual con los pretendidos para el Estado en lo general. En ese sentido, la restauración de la víctima, ¿por qué no?, podría ser, en el mediano o corto plazo, el fin primordial de la justicia penal.

2. Modelos de justicia penal en la modernidad. Distinción entre proceso penal inquisitivo y acusatorio

Las instituciones públicas en un Estado democrático deben guardar correspondencia con tal sistema político; el desarrollo democrático de un sistema político depende del desarrollo democrático de sus instituciones, su conformación y la manera como despliegan su función pública. Por ello, un sistema de justicia penal, en un modelo tal, debe revestir características democráticas; a esto se llama sistema de justicia penal democrático.

La historia del Derecho Penal democrático, o al menos desde su advenimiento en la modernidad con expectativas democráticas, paradójicamente ha mostrado tendencias poco comprometidas con dicho modelo en las que los contrapesos entre los involucrados, incluido el Estado, suelen inclinar la balanza hacia este último.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 137 y 138.

¹⁰¹ En este sentido, Claus Roxin (*ibid.*, pp. 141 y ss.).

La manera de equilibrar la balanza es otorgar más derechos a los imputados, y a las víctimas, mayores y mejores garantías procesales, para que a su vez esto se traduzca en la restricción de las potestades del Estado. Por eso, la evolución de los modelos de justicia sólo puede ser tal si los cambios suponen mayores derechos para víctimas e imputados, mejores garantías procesales y mayores límites al ejercicio punitivo del Estado.

En la justicia penal sólo puede haber evolución en dicho sentido cuando los cambios ocurren en los términos asentados; por el contrario, cuando los cambios significan restricción de los derechos de los individuos y aumento de las potestades punitivas del Estado, esas transformaciones no significarían evolución sino un retroceso hacia los modelos inquisitivos.

Por tal razón, no todos los cambios en la justicia penal significan progreso. Está claro ya cómo es que un sistema de justicia puede evolucionar, por ello hay cambios que significan regresión y no mejora; las políticas que amplían las potestades punitivas del Estado tienden a perpetuar o hacer resurgir tendencias inquisitivas de una justicia propia de hace dos siglos.

Es necesario poner énfasis en una idea esencial respecto de lo que aquí se expresa: la vasta consagración de los derechos sustantivos no será suficiente sin la debida estructuración de garantías procesales para su actualización; de ahí la correlatividad expresada por Ferrajoli entre la garantía de legalidad (presupuesto de las garantías penales o sustantivas) y la de jurisdiccionalidad (presupuesto de las garantías procesales).¹⁰²

La enunciación de garantías en el Derecho Penal liberal, expresadas por Beccaria con base en el principio de *nulla poena, nullum crimen sine lege poenale*, sentó las bases del moderno Derecho Penal, desde entonces preocupado por las restricciones arbitrarias de la libertad y de la imposición también arbitraria de sanciones-castigos. El principio sustenta la garantía de legalidad como eje de la sistematización garantista, reformulada de manera vasta y completa por Luigi Ferrajoli.¹⁰³ Este principio, que limita las potestades punitivas del Estado al sujetarlas a las previsiones de la ley, también da

¹⁰² Según el autor, existe una correlación funcional biunívoca porque las garantías sustantivas son necesarias para garantizar juicios que no sean arbitrarios, por lo que ambos tipos de garantías valen no sólo por sí mismas sino también unas y otras como garantía recíproca de su efectividad. L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 537.

¹⁰³ Sergio García Ramírez, en el estudio introductorio que hace a *De los delitos y de las penas*, de César Bonesana, marqués de Beccaria, afirma que el libro “propuso sus grandes lineamientos y les abrió camino y destino; en suma, concibió los fundamentos de un sistema penal garantista cuando aún faltaba mucho tiempo para que se hablara de garantismo (*op. cit.*, p. 7).

sentido a las garantías procesales que exigen la sanción de la conducta considerada delito mediante un juicio en el que se decreta la culpabilidad, con lo cual *nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*, expresión al que el propio Ferrajoli identifica como principio de jurisdiccionalidad.¹⁰⁴ Las garantías procesales, contenidas en las normas que regulan el ejercicio de la jurisdicción, también llamadas instrumentales, son eso, el *instrumento* para hacer efectivos los derechos sustantivos de quienes, involucrados en un proceso penal, esperan se asegure el máximo de imparcialidad y veracidad en la determinación de su culpabilidad.

Del modelo procesal depende la efectiva actualización de los derechos sustantivos, por consiguiente, en la medida en que ello sea posible, se evalúa la naturaleza misma del procedimiento. En el Derecho Penal moderno los parámetros para esa evaluación son la *inquisición* y la *acusación*, en tanto propicien o no —o de la mejor manera— el respeto a los derechos sustantivos y los principios que los rigen. Se ha sostenido ya que no hay modelos puros y que la inquisición es una fórmula premoderna, por lo que se llama inquisitivo a los modelos mixtos que reservan para la investigación variables inquisitivas y prevén para el enjuiciamiento variables acusatorias (casi siempre determinadas por las primeras). Sin embargo, se pueden distinguir las características que hacen que un modelo procesal dado sea acusatorio y no mixto. Las mixturas suelen contener variables de origen inquisitivo en fórmulas procesales de tendencias democráticas; pero más que la cualidad de la misma, lo que trasciende es la mayor o menor posibilidad de hacer efectivos los derechos sustantivamente consagrados. Los modelos procesales mixtos o inquisitivos suelen contener rasgos procesales propios de ambos modelos, tanto inquisitivos como acusatorios, pero hay otros que distinguen a los modelos llamados acusatorios. La distinción estriba en la consideración de variables que atienden a la independencia, imparcialidad, responsabilidad y obligatoriedad de la acción penal, y que tienen que ver con la colocación del juez respecto de los otros poderes del Estado y los sujetos del proceso. Ferrajoli denomina a ese tipo de garantías *orgánicas*, las cuales son exigibles —y compatibles— en ambos modelos

¹⁰⁴ Para Luigi Ferrajoli, el principio de jurisdiccionalidad tiene dos sentidos: el *lato* viene precedido de las garantías penales o sustantivas que conforman su sistematización, a saber: sin juicio no hay culpa, acción, lesión, necesidad, delito ni pena. Mientras que en *estricto* es el juicio el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales de aquella sistematización, esto es: no hay juicio sin acusación, prueba y defensa. *Derecho y razón...*, p. 539.

procesales. De la manera como se proporcione contenido a esas variables dependerá la cualidad de la mixtura.

Exclusivos de los modelos acusatorios son los procedimientos de los que depende el carácter cognoscitivo y declarativo del juicio, referido a la acusación, prueba y defensa. Al respecto, un modelo *acusatorio* se distingue por la presunción de inocencia hasta prueba en contrario, separación entre acusación y juez, carga de la prueba para quien acusa y derecho del acusado a la defensa.¹⁰⁵ Luego entonces, *nullum iudicium sine accusacione, sine probatione et sine defensione*.

Ferrajoli¹⁰⁶ sostiene además, al distinguir entre modelos inquisitivos y acusatorios, que el primero es de *mera jurisdiccionalidad* y el segundo de *estricta jurisdiccionalidad*; al primero lo califica de decisionista y al segundo lo llama cognoscitivo. Para el autor, ello significa que el primero se dirige a la búsqueda y descubrimiento de una verdad sustancial y global fundada esencialmente sobre valoraciones (verdades éticas o políticas que van más allá de la prueba) y ejemplifica: “es reo aquel que es enemigo del pueblo” y “delito cualquier acto hostil contra el Estado”. En cambio, un modelo de estricta jurisdiccionalidad se orienta hacia la averiguación de una verdad procesal controlable, es decir, hechos empíricos calificados como delitos, entendiendo el proceso penal como verificación o refutación empírica de las hipótesis acusatorias. También identifica al primero como de Derecho Penal máximo y al segundo de Derecho Penal mínimo, donde las garantías procesales que circundan a la verdad procesal —en el proceso cognoscitivo— aseguran la obtención de una *verdad mínima*, garantizada —junto con la sanción— gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias; así, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación son garantía de una verdad mínima. Por el contrario, el proceso inquisitivo y decisionista, en busca de una verdad sustancial o *verdad máxima*, persigue sin límite normativo —en cuanto a los medios de adquisición de pruebas— la verdad sea cual fuere, con discrecionalidad, por el carácter indeterminado y valorativo de las hipótesis acusatorias que reclaman, más que pruebas, juicios de valor no refutables para la defensa. Por ello, para el autor, las garantías procesales son garantías no sólo de *libertad*

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 537.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 51-69.

sino de *verdad*, una verdad más reducida pero más controlada que la verdad sustancial, apriorísticamente intuida por el juez.

De lo afirmado por Ferrajoli es fácil entender que los modelos inquisitivos deciden el conflicto —delito— mediante juicios de valor, en donde el que juzga se convierte en un investigador activo de la verdad sustancial. Por ello, según el método inquisitivo, la instrucción puede ser secreta y el papel de la defensa es más bien un obstáculo para la buena marcha del juicio. De ahí las expectativas de un procedimiento inquisitivo fundado en argumentos como la sabiduría, la ética, el bien común y el interés nacional, en el que los intereses y derechos particulares de víctimas e imputados resultan “naturalmente” irrelevantes; se trata de un modelo que centra sus expectativas no en encontrar el hecho-delito, sino el delito en el “delincuente”.

A. Sistemas penales de corte inquisitivo

Con sus diferencias, los sistemas de enjuiciamiento penal, por sus formas procesales, se han caracterizado en tres grandes formas, mismas que en todo el mundo, con sus connotaciones propias, se desenvuelven en los mecanismos de enjuiciamiento para la determinación de responsabilidad penal y la subsecuente aplicación de una pena. Tales sistemas se han desarrollado y cambiado de acuerdo con la ideología imperante. Incluso en países que poseen una misma tradición jurídica (por ejemplo, España y México), existen connotaciones específicas que las distinguen. Las formas de enjuiciamiento —procesal— a las que se hace referencia son los denominados inquisitivo, acusatorio y mixto. En efecto, el proceso como relación jurídica en la que tienen lugar actos de diversa naturaleza reglamentados para lograr un determinado fin, hace considerar que tales actos —de connotación procesal— deben ser uniformes y adecuados a una mecánica especial revestida de formas específicas en cuyas bases se cimienta todo el sistema procesal.

Zaffaroni¹⁰⁷ sostiene que los sistemas observados a lo largo de la historia no son formas puras inquisitivas o acusatorias, sino mixtas. Agrega, con tino, que tales sistemas —inquisitivos y acusatorios— no son más que meras abstracciones. Quizá no correspondan a un periodo determinado; son, en realidad, esquemas contruidos con los caracteres dominantes que en la

¹⁰⁷ E. R. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, op. cit., pp. 19 y ss.

práctica se han sucedido, mezclado o combinado en proporciones o aspectos variados.

Los regímenes despóticos se caracterizan porque la participación humana es nugatoria frente a la verdad material. La libertad individual está a capricho de quien ostenta la autoridad y el uso del tormento prevalece para obtener la confesión. Las declaraciones anónimas, las incomunicaciones, el carácter secreto del procedimiento y la instrucción escrita son el común denominador de estos sistemas procesales. Los actos de acusación y decisión residen en el juzgador, para quien no existen limitaciones respecto de las medidas para indagar e investigar hechos. El proceso se sigue a espaldas del inculpado y la defensa es casi nula o realizada por el propio juez; la resolución sobre la suerte del acusado se fundamenta en todo aquello que caprichosamente se utiliza como medio de prueba.¹⁰⁸ En el sistema inquisitivo acontece lo que en su época Beccaria señalaba,¹⁰⁹ refiriéndose al proceso ofensivo: “el juez se convierte en enemigo del reo [...] no busca la verdad de hecho, sino que busca en el preso al delito [...]”. Rafael de Pina Vara¹¹⁰ caracteriza este sistema en su *Diccionario de Derecho* al afirmar que

existe un monopolio de la acusación por determinados funcionarios; en nuestro país el Ministerio Público; el procedimiento es secreto; falta de contradicción de parte del inculpado; el procedimiento es escrito, sin debate oral; e, institución de jueces permanentes, sin que se admita la posibilidad legal de recusarlos.

En la actualidad, a decir de Sarre, a los sistemas penales de corte inquisitorio se les denomina *mixto clásico*;¹¹¹ afirma que es el sistema adoptado en México hasta antes de la reforma a la Constitución Federal en materia judicial y en tanto esté vigente en todos los ordenamientos procesales penales del país.

B. Sistemas penales mixtos

El Derecho Penal de orígenes humanistas —que pretendió volcarse contra la pena de muerte y los tratos crueles e inhumanos— a la postre enfrentó

¹⁰⁸ Guillermo Colín Sánchez, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, p. 74.

¹⁰⁹ C. Bonesana, *De los delitos...*, *op. cit.*, n. 145.

¹¹⁰ *Diccionario de Derecho*, p. 456.

¹¹¹ Miguel Sarre Iguiniz, “En busca de un sistema acusatorio”, p. 23.

una doble y contradictoria realidad: por un lado, la exigencia de un desarrollo más efectivo de los principios humanistas, y por el otro lado, arraigo de variables represivas en las fórmulas legales con el fin de controlar la gran conflictividad de las sociedades modernas.

Esta doble tendencia de difícil conciliación, o imposible de conciliar, configuró un modelo de justicia penal al que se calificó de mixto;¹¹² esto es, fórmulas democráticas pero con vastas reminiscencias inquisitivas. La mezcla de esas variables conformó un modelo de justicia de estructura contradictoria que cada vez se correspondía menos con las aceleradas transformaciones sociales y los nuevos problemas que requerían solución; esta inercia evidenció la incapacidad del modelo para atender las necesidades de una sociedad tan compleja como la actual.¹¹³

Esos modelos de justicia sufrieron la sobrecarga de la actividad jurisdiccional y de investigación de los delitos por el aumento de la demanda y la falta de alternativas; en consecuencia, se volvieron ineficientes frente a una impunidad y corrupción en aumento. Las expectativas de una justicia pronta se fueron desvaneciendo, los centros penitenciarios se sobrepoblaron de gente pobre y marginada y se generó una crisis de credibilidad respecto de las instituciones de la justicia penal; todo esto motivó el incremento de denuncias por violaciones a los derechos humanos y de la cifra negra de la criminalidad.¹¹⁴

La sociedad, objeto primordial del Derecho Penal, no vio reflejadas sus expectativas de paz social y convivencia armónica. Dos sectores en lo par-

¹¹² El origen de los sistemas de justicia penal mixtos habrá de buscarse en los códigos termodoriano y el napoleónico a finales del siglo XVIII y principios del XIX. Estas legislaciones, pese a la tendencia humanista de la influencia reformadora ilustrada que se había vuelto en contra de la irracionalidad y arbitrariedad de los procesos, la inhumanidad de la tortura y el carácter despótico de la Inquisición, revivieron las variables inquisitivas y dieron origen a modelos mixtos de justicia penal con fase de investigación inquisitiva en tanto escrita y secreta en la que predominaba la acusación pública y se excluía la del imputado, además privado de su libertad, y una fase de enjuiciamiento acusatoria de juicio contradictorio y público, incluso oral, pero determinado por lo acontecido en una primera fase difícilmente superable. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 564-567.

¹¹³ Con el concepto de *la sociedad del riesgo*, Beck designa una fase de desarrollo de la sociedad moderna —que concibe la modernización como un proceso autónomo de innovación— en la que, a través de la dinámica de cambio, la producción de riesgos políticos, ecológicos e individuales (deterioro de la modernización, el reverso de la moneda) escapa, cada vez en mayor proporción, a las instituciones de control y protección de la mencionada sociedad industrial. Ulrich Beck, “Teoría de la sociedad del riesgo”, p. 201.

¹¹⁴ Constituida por los delitos sufridos pero no denunciados, generalmente documentada en los resultados de las encuestas de victimización.

ricular sufrieron las consecuencias directas de la desbordada función punitiva: los “delincuentes”, identificados como el *enemigo*¹¹⁵ (en su mayoría gente pobre y marginada que sufrió un juicio carente de garantías que le ayudara a contrarrestar los embates de una justicia penal ensañada con sus miembros) y sus “víctimas”, de condición vulnerable y sobrevictimizadas por una justicia penal que nunca las consideró.

Poco a poco la mixtura, que supone muchas tendencias represivas, desarrolló en sus variables democráticas derechos para los imputados, con lo que trató de contrarrestar los efectos nocivos de una justicia penal preocupada más por encontrar el delito en el *delincuente* que por recuperar la verdad histórica de los hechos.

C. Sistemas penales de tipo acusatorio. Definición y características

Definición

El sistema procesal acusatorio

concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales, iniciadas por la acusación a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.¹¹⁶

Características

a) Separación entre acusación y juez

Se trata sin duda de la principal y más importante característica de un sistema procesal acusatorio, en tanto que es el presupuesto de las demás características del modelo. Con la debida separación entre quien acusa y quien

¹¹⁵ Zaffaroni afirma:

La esencia del trato diferencial que se depara al enemigo consiste en que el derecho le niega su condición de persona. Sólo es considerado bajo el aspecto de ente peligroso o dañino. Por mucho que se matice la idea, cuando se propone distinguir entre ciudadanos (personas) y enemigos (no personas), se hace referencia a humanos que son privados de ciertos derechos individuales en razón de que se dejó de considerarlos personas (Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 19).

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 564.

juzga se diferencian las funciones y los sujetos encargados tanto de acusar como de juzgar. Así, el juzgador no tiene injerencia ni poder alguno sobre las partes, es imparcial, lo que supone su incapacidad de controlar o manipular las funciones —públicas o privadas¹¹⁷— de la parte acusadora o las acciones de los imputados. Asimismo, la debida separación entre acusación y defensa resalta la calidad de *parte* de la primera y la nula posibilidad de injerencia y de poder alguno de ésta sobre el imputado. Son *pares* en igualdad de condiciones, con lo que se nivela en “igualdad de armas” el conflicto que supone el proceso penal.¹¹⁸

Comparado con los modelos mixtos, en los que la dependencia de la acusación respecto de quien juzga y la capacidad manipuladora y controladora de la acusación sobre el imputado son lamentables, el principio de separación aludido es —y debe ser—, como sostiene Ferrajoli, garantía de imparcialidad.¹¹⁹ Esta distinción es, al mismo tiempo, presupuesto de la carga de la imputación y de la prueba de quien acusa.

Colocación institucional del juez

Como se ha visto, para Ferrajoli la colocación y el modelo de juez en un sistema jurídico penal dado es un aspecto importante en los modelos procesales inquisitivo y acusatorio, es decir, no es privativo de uno solo de ellos;

¹¹⁷ La posibilidad de que la víctima se convierta en parte acusadora, ejerciendo la acción penal y sosteniendo la acusación, la pondrá —para el caso— en la cualidad de parte acusadora, con las potestades que tal cualidad implica, pero sobre todo con los compromisos y obligaciones de la función.

¹¹⁸ Observar el proceso como una contienda entre iguales —o pretender que así sea— a manera de conflicto, es evidencia de la influencia que en el garantismo penal tiene el modelo sociológico del conflicto de origen marxista. Damián Zaitch y Ramiro Sagarduy, en “La criminología crítica y la construcción del delito. Entre la dispersión epistemológica y los compromisos políticos”, al intentar describir el sustrato teórico y epistemológico del garantismo penal de Ferrajoli, sostienen: “En el nivel extrajurídico (legitimación externa) encontramos la influencia del pensamiento *marxista de la Nueva Izquierda* (modelo conflictivo, intereses enfrentados, la opción por la defensa del ‘más débil’ y la decisión moral sobre cuáles bienes deben ser protegidos en primer lugar)”. Además, afirman que se pueden distinguir algunos elementos que provienen de aquellos supuestos epistemológicos, como el *Materialismo* y el

Modelo conflictivo: la idea del Derecho Penal como derecho que debe proteger al “más débil” y la creencia de que el estado debe mantener el poder de manejar los conflictos (actos desviados, por ejemplo) nos muestra claramente que Ferrajoli está pensando en un modelo conflictivo de sociedad (pp. 47-49).

¹¹⁹ L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 567.

además, afirma, “hay un nexo entre las personas y los ritos”.¹²⁰ Así, antes de las formas procesales y garantías del juicio están la elección y colocación del juez, lo que se relaciona con los requisitos personales exigidos, las modalidades de elección y reclutamiento, los criterios de determinación de sus competencias y las formas de control de su actividad. El vínculo trasciende debido a que el cumplimiento de la función de averiguación de la verdad y tutela de las libertades asignada a los jueces, mediante el conjunto de sus potestades, es más eficaz si se garantiza su independencia e imparcialidad (a partir de formas y criterios de selección, atribución de competencias y posición constitucional).

Las características de un juez y las expectativas sobre su trabajo varían en cada modelo procesal: los atributos para los ritos inquisitivos deben considerar que se trata de un juez actor, representante del interés punitivo y por tanto erudito en el procedimiento y con capacidad de investigación; en el sistema acusatorio se trata de un juez espectador dedicado a la valoración imparcial de los hechos. Es probable que por esta razón se suela ligar a la tradición acusatoria (incluso de la Roma imperial) un elemento que no es privativo de este modelo: la presencia de un juez o jurado popular (convertido en funcionario en la transformación al proceso inquisitivo de la Roma imperial).¹²¹

Independencia, imparcialidad y juez natural

Para la búsqueda de la verdad y la tutela de las libertades, la sujeción de la actividad jurisdiccional sólo a la ley separa al juez de cualquier interés de carácter político y discrecional de otros ámbitos públicos administrativos. La imparcialidad de la función del juez está regida por la estricta legalidad, formal y sustancial,¹²² que vincula al juez a la veracidad de sus pronunciamientos. “La independencia de los jueces es garantía de una justicia no su-

¹²⁰ *Ibid.*, p. 575.

¹²¹ Desde la Roma republicana y hasta nuestros días, los procesos acusatorios han supuesto jueces populares, más sabios que doctos, pero también jueces expertos y por tanto doctos en la materia; por ello, no es la popularidad lo que caracteriza a un proceso tal, sino la independencia e imparcialidad de su forma de actuar/funcionar.

¹²² Luigi Ferrajoli distingue entre *mera* legalidad y *estricta* legalidad, al vincular la segunda a la *sustancia* de las decisiones producidas, propias de la actividad judicial, en tanto que las primeras sólo sujetas a actividades regulativas de procedimientos de aplicación de la ley, como en las del ámbito administrativo o legislativo. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 578 y 579.

bordinada a las razones de estado o a intereses políticos contingentes”.¹²³ De ahí que en un modelo de justicia penal garantista de corte acusatorio la colocación del juez respecto de los demás sujetos del proceso y, por ende, de los intereses públicos y de los particulares, será reflejo y garantía de su imparcialidad. Por el contrario, la dependencia y subordinación de la actividad jurisdiccional a la discrecionalidad de intereses políticos contingentes y manipulables son expresión clara de modelos procesales inquisitivos (y mixtos).

Por eso, la función jurisdiccional imparcial debe ser extraña a los intereses en juego. El juez no representa ningún interés más que el interés único de tutela del bien jurídico lesionado; sólo a ello debe condicionar su juicio. La imparcialidad se refiere a la independencia del juez respecto de los intereses de las partes en causa (públicos o privados, generales o particulares) y del sistema político y de poderes. Para que un juez sea imparcial, debe haber separación institucional de la acusación pública, y para que sea independiente, es preciso que esté separado de los otros poderes del Estado y de otros sujetos de la función judicial. Además, debe ser ajeno a cualquier autoridad delegante de cualquier tipo y sujeto a la predeterminación exclusivamente legal de sus competencias (principio del juez natural).

La imparcialidad del juez en tanto árbitro respecto de las partes en conflicto debe ser institucional —apartado de todo interés público de acusación— y personal; en este sentido, no puede ser árbitro si la “victoria” de una de las partes lo beneficia material o —como decía Hobbes¹²⁴— espiritualmente. En un modelo procesal acusatorio esto implica que el juez debe contar con la confianza de los sujetos de la causa, por lo que se debe garantizar a éstos el derecho a recusar al juez.

Para garantizar la imparcialidad resulta indispensable el cumplimiento del principio del *juez natural*, que significa la preconstitución de competencias por la ley al juicio, lo que supone la no alteración *post factum* del régimen de normas de competencias; se trata de un juez preconstituido por la ley. De este principio proceden a su vez la inderogabilidad y la indisponibilidad de las competencias.

Es indispensable identificar que en un modelo procesal acusatorio no es suficiente que quien juzga y quien acusa sean distintas personas, incluso pertenecientes a distintos poderes o funciones públicas; se requiere otras

¹²³ *Ibid.*, p. 584.

¹²⁴ Citado por L. Ferrajoli, *ibid.*, p. 581.

garantías procesales específicas, como las relativas a la conducción de la instrucción, la publicidad del juicio y las técnicas de formación y refutación de pruebas.¹²⁵

b) La igualdad de las partes

La igualdad en el Derecho se erige como fundamento de la construcción de los derechos humanos en la era moderna; la igualdad anula las preferencias y prerrogativas para unos en detrimento de otros. La organización política y social basada en la igualdad supone trato jurídico igual a todas las personas, quienes no deben ser excluidas por sus diferencias de tipo social. El Estado y el Derecho moderno cimentan sus estructuras en el principio de igualdad; de ahí el origen del modelo democrático de organización política y social.

En el Derecho Penal, sin embargo, las prácticas modernas de justicia penal arraigadas en una tradición inquisitiva impiden que la igualdad se erija como el principio referente de la justicia penal moderna. De ahí que la justicia penal se haya caracterizado por tener efectos estigmatizantes y lesivos hacia sectores de la sociedad que suelen ser definidos como “peligrosos”, “enemigos”, etcétera, mediante la promulgación de leyes que califican a las personas por su modo de ser, más que por su modo de actuar.¹²⁶ Ferrajoli sostiene que: “se puede demostrar que la disciplina directa de las personas, antes que la de sus comportamientos, de su ser, antes que de su actuar, constituye un rasgo característico de los regímenes totalitarios, ya que lesionan tanto la igualdad como la libertad”.¹²⁷

¹²⁵ *Ibid.*, p. 582.

¹²⁶ Zaffaroni, al afirmar que el poder punitivo siempre discriminó a los seres humanos, sostiene que ello “no es únicamente una verificación de *datos de hecho* revelados por la historia y la sociología, sino también de *datos de derecho*, puesto que tanto las leyes como la doctrina legitiman este tratamiento diferenciado”. Para el autor,

En la teoría política, el tratamiento diferenciado de seres humanos privados del carácter de personas (*enemigos* de la sociedad) es propio del estado absoluto, que por su esencia no admite grados, y, por ende, resulta incompatible con la teoría política del estado de derecho. Con esto se introduce una contradicción permanente entre la doctrina jurídico penal que admite y legitima el concepto de *enemigo* y los principios nacionales e internacionales del estado de derecho, o sea, con la teoría política de este último (E. R. Zaffaroni, *El enemigo...*, *op. cit.*, pp. 11-12).

¹²⁷ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 504.

Hay que distinguir y a la vez identificar la estrecha vinculación entre la igualdad como principio esencial y sustantivo del Derecho Penal y la igualdad de los sujetos intervinientes en el proceso penal. Si las variables procesales, como se ha sostenido, son el instrumento para hacer efectivos los principios sustantivamente plasmados, se deduce con facilidad que el modelo garantista, en términos procesales, exige una construcción garantista de la sustantividad, a lo que Ferrajoli denomina *garantías penales*. Para ello, el autor desarrolla, como producto de la igualdad penal, el principio de *regulatividad*,¹²⁸ por el que el contenido de las leyes penales —por estricta legalidad y con base en el presupuesto formal de la materialidad y la culpabilidad— debe prohibir acciones aleatoriamente contingentes y no estigmatizar a las personas mediante juicios de valor.

La regulatividad de las leyes penales es una condición de su generalidad y, con ello, un presupuesto de la igualdad penal, ya que todos los hombres son iguales penalmente en cuanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son y en cuanto sólo sus acciones y no su distinta personalidad, pueden ser tipificadas y culpabilizadas como igualmente desviadas.¹²⁹

Un Derecho Penal construido para calificar los actos de las personas es el presupuesto de un procedimiento *acusatorio* que garantiza el equilibrio de la contienda procesal y un juicio justo. En cambio, un Derecho Penal cargado de leyes referidas a las cualidades de las personas (por su cargo, ascendencia o “peligrosidad”) es fuente de arbitrariedad y desequilibrio entre el poder de quien acusa y quien juzga y el poder de quien es definido y determinado; el resultado de esto es un proceso inquisitivo que pretende encontrar el delito en el delincuente y no en los hechos.

Un proceso de naturaleza acusatoria debe garantizar la *igualdad de armas*, que si bien depende de cómo se consagren sustantivamente las *garantías penales*, también exige estructuras específicas que les den actualidad. Esas estructuras deben tener como punto de partida condiciones objetivas y no subjetivas —como las que atienden a la cualidad del imputado— de pro-

¹²⁸ El autor utiliza la distinción que la filosofía jurídico-analítica hace entre normas regulativas y normas constitutivas, identificando que las primeras regulan comportamientos a los que califica deónticamente como prohibidos, permitidos, de acción u omisión, etcétera, en tanto que las segundas establecen reglas de inmediato sin que medien comportamientos. A su juicio, las leyes constitutivas en el Derecho Penal califican a las personas por lo que son, mientras que las regulativas califican sus actos. *Ibid.*, pp. 502-504.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 505.

credibilidad, propias de un sistema garantista respetuoso de la dignidad de las personas imputadas.

Garantizar la equidad en el proceso penal es una tarea compleja si se considera la disparidad “natural” de las fuerzas en conflicto. Si el supuesto es la acusación pública, la discrepancia entre el poder del Estado y las posibilidades de defensa del imputado resulta en el riesgo latente de inclinar la balanza hacia el primero en detrimento del segundo y de las propias expectativas de un proceso equitativo. Si la acusación es privada y el conflicto entre particulares, la eventual disparidad puede inclinar la balanza en favor del imputado; pero si se considera que los supuestos en los que la víctima sostiene la acusación no sólo dependen de la procedencia jurídica sino de las condiciones materiales de poder de la propia víctima, cualquiera de las partes puede inclinarla a su favor. Una víctima que puede acusar es una víctima fuerte; por ello, los pesos y contrapesos jurídicos de los derechos y obligaciones deben ser técnicamente moldeables para nivelar una balanza que puede decidirse para cualquier lado. No obstante, lo más común es que la víctima esté en una posición de desventaja, ya que la mayoría de las víctimas son de por sí vulnerables y están en desventaja frente al resto de los sujetos intervinientes (el agresor, la defensa y el propio sistema penal).

Al considerarse a la víctima *parte* en los procesos acusatorios, la igualdad procesal exige de éstos un depurado equilibrio entre las fuerzas intervinientes que limite los poderes de los fuertes y refuerce los poderes de los débiles; de ese modo, en igualdad de oportunidades, ambas partes pueden hacer valer sus respectivos derechos y alcanzar en justicia sus pretensiones.

Un proceso acusatorio limitará las potestades de quien juzga y quien acusa, garantizará la independencia entre ellos y reforzará los derechos de la defensa y de las víctimas, todo ello en aras de una justicia completa e imparcial.¹³⁰ Estos atributos dependen además del contenido y efectividad de las garantías orgánicas de la colocación del juez —que ya se mencionaron.

¹³⁰ Beccaria escribió:

Utilísima ley es la que ordena que cada hombre sea juzgado por sus iguales, porque donde se trata de la libertad y de la fortuna de un ciudadano debe callar aquellos sentimientos que inspira la desigualdad, sin que tenga lugar en el juicio la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y el desagrado con que el hombre infeliz mira al superior. Pero cuando el delito sea ofensa de un tercero, entonces los jueces deberían ser mitad iguales del reo y mitad del ofendido, así balanceándose todo interés, que modifica aun involuntariamente las apariencias de los objetos, hablan sólo las leyes y la verdad (*De los delitos...*, *op. cit.*, p. 243).

Para que haya igualdad entre las partes en un proceso acusatorio, la separación entre el juez y la acusación resulta indispensable en el sentido de que si bien el juez no debe revestir ninguna función acusatoria, tampoco la acusación debe revestir ninguna característica o función judicial. En los modelos mixtos la inequidad procesal es evidente en las posibilidades con que cuenta el lado acusador para restringir la libertad personal para la formación de pruebas; esto es muestra de la naturaleza inquisitiva de un Ministerio Público invasor de las funciones reservadas para la autoridad judicial; otro ejemplo es el arraigo como potestad del Ministerio Público para obtener pruebas que soporten la acusación.

c) La presunción de inocencia y la carga de la prueba

Los delitos suponen la afectación a los derechos humanos de las personas que resultan víctimas o agraviados, además del resarcimiento de los daños. Siempre está latente la expectativa de la restauración del orden jurídico mediante la sanción penal. Hacer justicia en términos jurídico-penales supone el deslinde de la responsabilidad penal, lo que trae aparejada una sanción (por lo regular privativa de la libertad); para ello, hay que deslindar la culpabilidad del probable responsable mediante el seguimiento de un juicio y el desahogo de las reglas del debido proceso, es decir, todo lo que supone el derecho de audiencia. En efecto, para que una persona pueda ser sujeta a sanción penal, es indispensable que se le escuche, se le permita defenderse y aportar pruebas en su favor; todo ello se hace, según los presupuestos procesales de la justicia penal, a través de un juicio.

Para que a un acusado se le considere responsable de un delito debe ser oído y vencido en juicio; con ese propósito, la garantía de audiencia supone que nadie es culpable hasta que se demuestre lo contrario, esto es, hasta que sea oído y vencido en juicio, lo que trae como consecuencia inmediata la presunción de inocencia. La estructura de las formas procesales previstas por los códigos de procedimientos en materia penal debe ser consecuencia directa de la consagración de tal garantía, la cual trae aparejado otro tipo de derechos de debido proceso, como el de defensa y contradicción, que incluyen el derecho a defenderse y a probar su inocencia.

Los dos modelos de Derecho Penal (autor y de acto) que motivaron distintos modelos procesales (inquisitivo y acusatorio, respectivamente) encuentran en la presunción de inocencia una de sus principales diferencias. El origen en la modernidad de un Derecho Penal garantista erigió la presun-

ción de inocencia como uno de sus estandartes. Beccaria sostuvo que “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”.¹³¹ Los clásicos del Derecho Penal, como Carrara y Romagnosi, se ocuparon de reivindicarlo, pero el resurgimiento de las variables represivas motivadas por el advenimiento de los postulados del positivismo criminológico¹³² reafirmaron la presunción de la culpabilidad con base en las premisas de un Derecho Penal de autor que supuso que el hombre nacía delincuente y que por tanto no gozaba de libre arbitrio y no debía ser juzgado por sus actos sino por su personalidad criminal. El modelo de Derecho Penal de acto, propio de la Escuela Clásica, reconoce el libre arbitrio y por ello parte del supuesto de que el sujeto no volverá a delinquir; supone sancionar al delincuente por lo que hizo. Por su parte, el modelo de Derecho Penal de autor, de tendencia represiva, parte del supuesto de que quien delinque lo volverá a hacer, niega en consecuencia el libre arbitrio de los inculpados y sanciona a los delincuentes por lo que representan.

La involución que significó la influencia de los postulados positivistas en cuanto a garantías procesales en los procesos mixtos de arraigo inquisitivo se reflejó de inmediato en fórmulas de afectación previa —durante el proceso— de la libertad personal y en la formación de las pruebas. Esto fue una consecuencia lógica si se considera que las implicaciones garantistas de la presunción de inocencia se evidencian en la restricción o exclusión máxima de cualquier limitación de la libertad personal y en la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda.¹³³

En la sistematización garantista de Ferrajoli, la presunción de inocencia es una derivación del principio de jurisdiccionalidad o de audiencia, por

¹³¹ Beccaria, *De los delitos...*, *op. cit.*, p. 246.

¹³² El impacto del pensamiento positivista en Criminología no sólo subsistió por décadas, sino que supuso el desarrollo de innumerables teorías arropadas en diversas disciplinas interesadas en dar una explicación “científica” del delito. Todas ellas tuvieron como objeto de estudio común el delito, el hombre delincuente. Gabriel Ignacio Anitua, sostiene: “El estudio de criminología positivista puede ser explicado, muy sintéticamente y salvando numerosas diferencias, en base al ‘hombre delincuente’. Esa denominación sería la de un ente diferenciado, como otra ‘raza’ en todo disímil de la de los seres humanos normales” (*Historia de los pensamientos criminológicos*, p. 179).

¹³³ Ferrajoli sustenta dos reglas en las implicaciones de la presunción de inocencia: la de *tratamiento del imputado*, que limita la afectación a la libertad personal —en el proceso— y la de *juicio*, por el que la carga de la prueba recae en quien acusa y que supone la absolución ante la duda. L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 551.

el que se exige que no exista culpa sin juicio y que no haya tal sin que la acusación sea sometida a prueba y refutación.¹³⁴

Entonces, la presunción procesal de la inocencia es garantía de verdad, libertad y seguridad porque asegura la inmunidad a los inocentes; si la inocencia no está garantizada, tampoco la libertad de los imputados, lo que genera incertidumbre. En todo Estado de Derecho el imputado debe tener confianza en el juez y en las instituciones que lo juzgan; por ello, la justicia penal se legitima como garantía de verdad, libertad y seguridad para el inocente. En este sentido, el objeto del Derecho Penal y del proceso debe ser encontrar la prueba que demuestre la culpabilidad de un sujeto, pero, mientras la halla, debe presumir su inocencia: es la inocencia y no la culpa la que debe presumirse desde el principio.

Una reminiscencia de las variables represivas de influencia positivista es el uso excesivo de la prisión preventiva como medida para garantizar la presencia del imputado en el juicio, medida que más que una excepción se convirtió en la regla. Esta fórmula suele aplicarse como una manera idónea de restringir o desvanecer los derechos y garantías penales y procesales conferidos. Así lo demuestra la experiencia,¹³⁵ aun cuando su justificación trate de despojarse de los rasgos positivistas y busque en otras variables su legitimación; la interrogante es si resulta legítimo y útil usarla como medida cautelar ante el peligro de falsificación de pruebas y fuga del imputado.

Presumir la inocencia significa otorgar el beneficio de la duda; supone además despojarse de aquella idea y carga cultural arraigada —*de origen positivista*— que entiende que el delincuente nace como tal y que sus rasgos físicos y personalidad determinan su proceder. Significa entender que el imputado debe ser sancionado sólo por lo que hizo y no por lo que parece representar; implica sancionarlo con base en el presupuesto de que no lo volverá a hacer y no a la inversa. Cuando los operadores de la justicia penal pretenden adelantarse al delito o a la sentencia, siempre acaban discriminando al acusado, negando su libre arbitrio y, por supuesto, atentando contra su dignidad.

Como resultado de la presunción de inocencia queda entonces la carga acusatoria de la prueba. A diferencia de los procesos inquisitivos, en los cuales no hay diferencia entre quien acusa y prueba, en los procesos acusatorios la igualdad entre las partes en conflicto supone un juez árbitro, sin interven-

¹³⁴ *Ibid.*, p. 549.

¹³⁵ Manzini citado por Ferrajoli, *ibid.*, p. 555.

ción ni influencia en la acusación, y una defensa a la que le asiste el derecho de refutar la acusación; luego entonces, la obligación de probar debe recaer en quien acusa, quien además es quien motiva (inicia) el proceso. De esta manera, como el juez sólo juzga libremente las verificaciones y refutaciones expuestas y no puede ejercer acciones de acusador, quien acusa, sobre todo cuando la acusación es pública (Ministerio Público), no puede ejercer funciones de juzgador (por ejemplo, privar de la libertad al acusado, como en el arraigo, según se mencionó); las funciones en el modelo procesal acusatorio deben quedar bien diferenciadas. Todo esto también es presupuesto de la igualdad procesal.

d) El derecho a la defensa

El derecho a la defensa tiene una connotación muy distinta cuando se trata de un modelo procesal acusatorio en el que la carga de la prueba recae en quien acusa. Si se considera que la verdad buscada por un modelo procesal es formal y por tanto relativa, la posibilidad de contradecir las pruebas es esencial. Teniendo las partes en conflicto intereses opuestos, de la exposición máxima de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa dependerá el libre desarrollo del procedimiento.

Es el derecho a la defensa una consecuencia lógica de la carga acusatoria de la prueba; a partir de la sistematización garantista de Ferrajoli, no hay prueba sin defensa. Ninguna prueba de la acusación es atendible sin que se haya activado de manera infructuosa todas las posibilidades de refutación y contrapruebas; por tal razón, la defensa es el principal instrumento de impulso y control del método de prueba acusatorio basado en el conflicto y regulado y ritualizado entre partes contrapuestas. Éste es un método que no permite juicios potestativos.¹³⁶

El proceso penal acusatorio, como contienda que es, exige igualdad entre las partes, lo que significa que la defensa está dotada de la misma capacidad y poderes que la acusación; para ello, la defensa debe tener la capacidad de contradecir, en cualquier momento probatorio, cualquier acto probatorio. Si la acusación es pública (o incluso privada), la defensa debe estar en posibilidad de competir, lo que exige una defensa técnica debido al alto grado de complejidad que suponen hoy día los procedimientos penales. El derecho a contradecir supone el derecho a ser defendido por un abogado, lo que

¹³⁶ *Ibid.*, p. 613.

obliga al Estado a dotar de defensor gratuito a quien no lo tenga o no haya elegido esa opción. Esto demanda la conformación de una defensoría pública fuerte e independiente.

Cuando la acusación es pública —en la mayoría de los casos lo es—, contraponerse al poder de la acusación exige un conjunto de derechos y garantías suficientes para lograr el equilibrio y la igualdad de armas; con este objetivo, a cada facultad de uno debe corresponder una facultad del segundo; de ahí la necesidad de que estén presentes la acusación y la defensa en todas las actividades probatorias.

Por último, hay que considerar que tener el derecho a probar la inocencia no significa tener la obligación de hacerlo. En un sistema equilibrado de derechos y obligaciones, presumir la inocencia supone un derecho para el imputado y una obligación para el Estado y sus autoridades; esto significa que el imputado tiene el derecho a probar su inocencia y el Estado, por medio de las autoridades competentes, la obligación de probar su responsabilidad. Si el Estado no puede demostrar la responsabilidad de una persona señalada como culpable de la comisión de un delito, entonces debe presumirse su inocencia aun cuando este último no haya aportado prueba alguna para demostrarla. En suma, el imputado pudiera no hacer uso de su derecho a probar su inocencia y aun así ser absuelto si no se comprueba su responsabilidad o si existe duda.

e) La publicidad y la oralidad

El secreto y la escritura son rasgos característicos de los procedimientos inquisitivos; la publicidad y la oralidad, de los acusatorios. Un efecto directo del derecho a defenderse y a que se presuma la inocencia es la publicidad, que niega acusaciones y procedimientos secretos. Beccaria¹³⁷ escribió, a manera de preguntas (y de reclamo): “¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando está armada del *secreto*, escudo el más fuerte de la tiranía? ¿Qué género del gobierno es aquel donde el que manda sospecha en cada súbdito un enemigo y se ve obligado por el reposo público a dejar sin él a los particulares?”.

Gracias a la publicidad y a la oralidad de los procedimientos es posible tener certeza de que el juicio y las pruebas y contrapruebas respetan las exigencias garantistas. Para ello, expresa Ferrajoli, la legalidad o ritualidad de

¹³⁷ Beccaria, *De los delitos...*, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

los procedimientos y la motivación de las decisiones serán una parte fundamental.¹³⁸ La publicidad es un arma contra la arbitrariedad; está controlada sobre todo por la defensa y el acusado, pero también de la opinión pública y la parte ofendida. Andrés Ibáñez¹³⁹ distingue entre publicidad interna y externa. La primera es una garantía del imputado: “la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible el control de las mismas por quienes son parte o están directamente interesados en la causa”. La publicidad externa se supone para el control de quienes como ciudadanos tienen interés en que la aplicación del Derecho Penal no sea arbitraria y discurra por los cauces legales. En este sentido, Binder afirma que la publicidad debe desempeñar su papel para que la jurisdicción cumpla con el deber social que le corresponde.¹⁴⁰ La publicidad de los juicios implica la publicidad de las pruebas.¹⁴¹ Se trata del control público de la veracidad; “es el alma de la justicia” —sostuvo Bentham— y favorece la probidad de los jueces al actuar.¹⁴²

Los modelos procesales mixtos se caracterizaron por una primera fase de investigación secreta, previa a los procesos; así, los principios procesales empezaban a operar ya disminuidos por aquella determinante y “bien aprovechada” *prima facie*. Es indudable que se trata de una medida de control del poder que reacciona contra aquellas prácticas en las que los testimonios se rinden ante un juez o un secretario y sin la presencia de nadie, principalmente de la defensa. Por ello, no es dable la secrecía de las actuaciones cuando no hay nada que se deba ocultar; esto es incompatible con los valores de la democracia.

La oralidad es fruto ineludible de la publicidad de los procedimientos, así como las formas escritas dan lugar a la secrecía: si un secreto quiere ser conservado, debe plasmarse en forma escrita. El juicio oral y público, además, “exige la identidad física de los jueces e implica la concentración temporal de los actos del juicio (continuidad)”.¹⁴³ La oralidad implica la actividad procesal del juicio mediante el debate en la producción de pruebas,

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 616 y ss.

¹³⁹ Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia penal, derechos y garantías*, pp. 259 y 260.

¹⁴⁰ Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal*, p. 102.

¹⁴¹ Beccaria sostenía: “sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito [...]” para afirmar que la opinión pública así podía imponer un freno a la fuerza de la acusación, “para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos sino defendidos” (*De los delitos...*, *op. cit.*, p. 243).

¹⁴² Jeremías Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 140.

¹⁴³ José I. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, p. 158.

alegaciones y decisiones desarrolladas de viva voz, mediante la que se potencian las virtudes individuales y combinadas de la publicidad, la inmediación, el contradictorio y la identidad física del juzgador, integradas en una unidad de funcionamiento real, susceptible sólo de separarse conceptualmente. Por la fórmula oral, la intermediación significa la actuación conjunta y el contacto personal directo y permanente durante el juicio, del tribunal y las partes (acusación, defensa, imputado y víctima).¹⁴⁴

La intermediación exige que toda la actividad probatoria se realice en el acto del juicio oral en presencia del juez, quien valora la actividad probatoria y tiene la oportunidad de apreciar la sinceridad de los testigos, la solvencia de los peritos o las declaraciones del acusado y la víctima.¹⁴⁵

f) La discrecionalidad de la acción penal

Nacida en el seno de la tradición inquisitiva, la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal y el carácter público de los órganos de la acusación contrastan con la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal de quien, en una tradición acusatoria, tiene la potestad de acusar. Para Ferrajoli, sin embargo, la discrecionalidad de la acción penal, aun perteneciendo a la tradición del proceso penal acusatorio, no es esencial a ese modelo teórico, por un lado, y la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal y el carácter público de los órganos de la acusación, si bien son institutos nacidos en el seno de la tradición inquisitiva, no son exclusivos de ese modelo, por el otro. El carácter público de la acusación, de origen claramente inquisitivo, terminó por arraigarse en la época moderna como universalmente válido en todos los ordenamientos procesales evolucionados.¹⁴⁶

La publicidad de la acción nace, y también se arraiga, con la consideración del carácter público del propio Derecho Penal y la creación de órganos del Estado encargados de la prosecución (como el Ministerio Público), lo que conllevó la obligatoriedad de la acción misma en los modelos mixtos

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 170.

¹⁴⁵ En este sentido, Juan José Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema de derecho penal*, pp. 29 y 30.

¹⁴⁶ Para el autor, esos elementos, pertenecientes a sus respectivas tradiciones históricas, no son necesarios lógicamente en ninguno de los dos, pero pueden ser compatibles en ambos. Aclara, sin embargo, que la construcción teórica de lo que es esencial y de lo que es contingente en cada modelo es muy convencional, apareciendo vinculadas tan sólo a la tendencial presencia de los elementos asumidos históricamente como constitutivos en las respectivas tradiciones. L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 563.

de arraigo inquisitivo. Sin embargo, hay que aclarar —como insiste Ferrajoli¹⁴⁷— que la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal no son ajenas ni se contraponen a los modelos procesales acusatorios. En términos del autor, eso es congruente con la garantía de igualdad de los ciudadanos, el aseguramiento de la certeza del Derecho Penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles. Para él, esa alternativa no se inserta en la lógica del modelo ni le es funcional. De acuerdo con su argumento, la publicidad de la acusación lleva a la obligatoriedad —para el órgano público acusador— del ejercicio de la acción penal, lo que supone un derecho para los ciudadanos; a su vez, la obligatoriedad de la acción supone la obligación de los órganos de la acusación pública de promover juicio sobre toda *notitia criminis* que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la absolución.

Ferrajoli critica las tendencias de negociación del conflicto entre la víctima y su agresor; es evidente su rechazo total a la fórmula, aun cuando reconoce que ésta se ha relacionado históricamente con los modelos acusatorios de proceso penal. Afirma que esa obligatoriedad es un rasgo estructural del sistema garantista, como la legalidad, que sujeta la ley a toda la función judicial y, en consecuencia, excluye su activación conforme a criterios arbitrarios o potestativos. Asimismo, centra la crítica en la afectación a la *indisponibilidad* de las situaciones penales, como la confesión y las transacciones, aceptaciones o renuncia entre las partes en causa, y en la *igualdad* penal, que excluye toda irregularidad de tratamiento ligada a opciones potestativas de oportunidad del proceso, comportamiento procesal del imputado y su disponibilidad a entrar en tratos con la acusación (porque muchos son obligados a renunciar a una defensa y proceso adecuados por su situación económica, “como si se tratara —afirma— de un lujo inaccesible”).¹⁴⁸

La discrecionalidad de la acción penal, no obstante la crítica aludida, es, como reconoce el propio Ferrajoli, una característica histórica de los procesos penales acusatorios; la explicación a su recurrida incorporación se puede identificar con base en dos argumentos. Primero, si bien es evidente el origen garantista de la fórmula acusatoria de los procesos penales —estructurada en la sistematización garantista de Ferrajoli—, los modelos acusatorios han incorporado variables de otras tradiciones jurídicas o modelos teóricos que les han dado matices diversos no siempre homogéneos pero sí

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 569 y ss.

¹⁴⁸ *Idem.*

ampliamente difundidos, aceptados e incluidos en la mayoría de los procedimientos evolucionados en la actualidad. Así, en la discrecionalidad del ejercicio de la acción penal, es evidente la influencia de los sistemas jurídicos anglosajones en las fórmulas negociadoras entre acusación y defensa —independientemente de que la acusación sea pública—, y los criterios de oportunidad¹⁴⁹ en el ejercicio de la acción penal. Esto no es de extrañar si se recuerda que hacia el siglo XII el modelo *anglosajón* tomó, en las formas del *adversary system*, el carácter originalmente privado de la iniciativa penal de los procesos penales acusatorios en Grecia y la Roma republicana.¹⁵⁰ También es clara la influencia del *abolucionismo*, modelo teórico que planteó la prioridad del Derecho Penal hacia la víctima y su reparación.¹⁵¹ Segundo, porque la justicia penal de muchos contextos jurídicos es inaccesible, la inoperancia y lentitud de los procedimientos es apabullante y la corrupción es un factor que influye en la decisión de denunciar o no un delito. En modelos de justicia medianamente funcionales quizá pueda imperar en exclusiva la obligatoriedad de la acción penal por órgano público, pero hay que recordar que la discrecionalidad en los modelos acusatorios actuales —como se explica más adelante— es exclusiva de ciertos presupuestos legales y por su naturaleza siempre es opcional, aun cuando ello implique reconocer que la condición económica de la víctima y del imputado acaba por ser un factor determinante. El propio Ferrajoli reconoce que las condiciones de procedibilidad, ligadas a ciertas manifestaciones de la voluntad, no contrarían ni niegan el carácter obligatorio de la acción pe-

¹⁴⁹ El principio de oportunidad, por lo regular incluido en modelos procesales presumiblemente *acusatorios*, proviene de la tradición procesal penal estadounidense en la que el ejercicio de la acción penal está condicionado a la discrecionalidad del *prosecutor*, que es casi ilimitada. Este principio se antepone como regla en aquel sistema por la falta de vigencia del principio de legalidad en materia de persecución penal. Pero en un sistema jurídico continental, la *oportunidad* no puede contraponerse al principio de legalidad, sino que se mueve en torno a la cuestión del carácter esencial o no de la obligatoriedad y al grado de permeabilidad de aquél a criterios de oportunidad. Se trata de una *oportunidad* reglada en tanto que la posibilidad de acogerse a él opera sobre la base de una previsión legal. En este sentido, Fanchiotti y Cándido Conde Pumpido Ferreira, citados por Perfecto Andrés Ibáñez, y el propio Ibáñez en *Justicia penal...*, *op. cit.*, pp. 69, 70 y 71.

¹⁵⁰ L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 564 y 565.

¹⁵¹ En palabras de Anitua, respecto del abolucionismo:

Aunque su nombre es tomado de la lucha histórica contra la esclavitud primero, y contra la pena de muerte luego, en estos años y en el seno de la criminología crítica recibiría tal denominación la más radical deslegitimación del sistema carcelario y de la propia lógica punitiva (*Historia de los pensamientos...*, *op. cit.*, p. 431).

nal;¹⁵² incluso considera que algunas fórmulas, como la querrela, son necesarias para la procedibilidad penal.

II. POLÍTICAS DE LA CRIMINALIDAD

1. Modelo positivista de la criminalidad

En la justicia penal moderna, cuando de comisión delictiva se trata, la sanción condenatoria satisface las pretensiones punitivas del Estado; esto implica que la afectación a un derecho humano debe encontrar respuesta eficaz en tanto significa desapego a la ley y, en consecuencia, a las posibilidades del orden y la cohesión social. Antes del advenimiento del Derecho Penal, hacer justicia significaba algo muy diferente: la aniquilación del delincuente que pagaría por el mal ocasionado.

Aunque las expectativas en el Derecho Penal de la modernidad son diferentes, la historia del despliegue del poder punitivo es ambivalente. En la modernidad, incluso con base en el reconocimiento de las libertades y derechos fundamentales, a mediados del siglo XIX, con la influencia de la filosofía positivista, hubo una regresión clara hacia políticas represivas. Se pretendió encontrar la explicación de la delincuencia en el hombre delincuente, que nació diferente, peligroso y malo. El delincuente se clasificó con base en sus rasgos físicos y de personalidad, y la sociedad, en buenos y malos. Pretender defender a los buenos de los malos ayudó a legitimar políticas más represivas que efectivas, pero sobre todo propició el arraigo cultural de una tendencia —el modelo procesal inquisitivo— que sobrevive incluso en la actualidad.

El nacimiento de la sociología bajo la influencia del positivismo filosófico relacionó el análisis de los fenómenos sociales con las leyes de la causalidad. En efecto, el desarrollo de las ciencias, sistematizado y explicado para entonces por Augusto Comte, estaba determinado por la aplicación del método científico que, mediante la observación y la experimentación, descifraría las invariables leyes de naturaleza que explicaban, como hasta ahora, los fenómenos naturales en su relación causa-efecto.

Las ciencias exactas se desarrollaron gracias al dominio de las leyes de la causalidad, que permiten no sólo conocer el fenómeno por sus causas,

¹⁵² L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 570 y 571.

sino además predecir su advenimiento; pero así no sucede, como erróneamente se creyó, con las ciencias sociales. Comte sujetó la naciente Sociología —a la que también dio nombre— a la invariabilidad de las leyes de naturaleza, sin considerar que los fenómenos sociales, a diferencia de las naturales, no se pueden explicar —como después se supo— por el rigor invariable de la causalidad.

Hoy día está claro que la causalidad de los fenómenos sociales es variable como cambiante la voluntad de los individuos; pero el conocimiento de la época no vislumbró el error y sujetó los fenómenos sociales a la invariabilidad de las leyes de naturaleza, con esto pretendió, como en las ciencias exactas, anticipar el fenómeno por la aparición de sus causas.

Bajo esa influencia nació la Sociología y con ella se desarrolló una serie de disciplinas que estudiaban los fenómenos sociales y que conformaron lo que hoy día son las Ciencias Sociales, entre las que figura el Derecho.

Las Ciencias Sociales de entonces pretendieron regir el análisis de los fenómenos sociales a las leyes invariables de la causalidad, y aun cuando ello fue superado relativamente rápido, su impacto en las diversas disciplinas es latente todavía, y el Derecho Penal no es la excepción.

Regir el análisis de los fenómenos sociales con base en las reglas invariables de la causalidad supone que los fenómenos se suceden siempre de acuerdo con las mismas causas, sin considerar la voluntad del hombre, lo que hoy es insostenible. Ello motivó que se afirmara que el destino estaba determinado y que incluso la voluntad de los seres humanos estaba sometida a aquella realidad.¹⁵³

Fue según esos supuestos que se desarrolló la teoría del delincuente nato de Lombroso, quien sostuvo que el hombre delincuente nacía como tal y que no gozaba como los demás (los buenos) de libre arbitrio. El delincuente, objeto de estudio de la naciente Criminología, era portador de caracteres que lo diferenciaban del resto y que lo determinaban a delinquir, sin injerencia de su libertad de elección. Encontrar al delincuente antes de

¹⁵³ Uno de los puntos débiles del positivismo es precisamente el planteamiento del dogma de la causalidad y de la invariabilidad de las leyes naturales con base en la idea de un objeto absoluto; de este modo, toda la cosmogonía planteada por el positivismo resultaba de nuevo una “metafísica”, tan denigrada por el propio Comte, precisamente porque se partía de un absoluto y, con ello, necesariamente de dogmas; había luego entonces una contradicción manifiesta con la pretensión de un quehacer científico. En este sentido, J. J. Bustos Ramírez *et al.*, *El pensamiento criminológico I, op. cit.*, p. 34.

que delinquiera era la razón de ser de la justicia penal y de la naciente teoría de la prevención.

Las ciencias sociales también evolucionaron y esas afirmaciones ya no tienen aceptación científica; sin embargo, en su momento sirvieron para explicar los fenómenos sociales y estructurar políticas públicas para su atención. Por ende, las definiciones del delito en el siglo XIX, enmarcadas por esas ideas, se tradujeron en políticas represivas que aniquilaron a los sujetos “nacidos delincuentes”, ensañándose con su apariencia y negándoles cualquier posibilidad de decidir entre el bien y el mal.¹⁵⁴

Con el advenimiento de la Criminología nació la teoría de la prevención, regida por la pretensión positivista de conocer para prever y prever para proveer, y de anticiparse al delito. La cárcel, que había sido el laboratorio lombrosiano para el estudio del hombre delincuente, no era útil para la resocialización porque ésta era imposible sin el libre arbitrio, que la escuela positivista negó, por lo que serviría entonces para neutralizar a los delincuentes sometidos al arraigo (para entonces, las cadenas perpetuas). Éste era el nuevo fundamento utilitarista de la defensa social: la prevención en tanto anticipación del delito fue el fundamento de las para entonces recrudescidas políticas de la criminalidad que dieron razón de ser a la revigorización de la pena de muerte.

La fórmula sirvió para negar la igualdad entre los seres humanos, ya que, según ella, unos nacían delincuentes y otros no, y por tanto unos gozaban de libre arbitrio pero otros no; se construyó una sociedad diferenciada entre buenos y malos, sujetos peligrosos y sujetos normales.¹⁵⁵ De tal forma, la ciencia en el siglo XIX sirvió para negar y restringir derechos de libertad y de igualdad, lo que fue posible porque la avalaba un conocimiento científico precario y limitado en el ámbito de la teoría social.¹⁵⁶

El Estado moderno pasó de liberal burgués y guardián de los derechos de las personas a Estado intervencionista: incidía de manera directa en el

¹⁵⁴ “La noción de individuo peligroso se inscribe hasta nuestros días al interior de la cuestión criminal como la figura que dirige la práctica penal”. A. Gómez Jaramillo, *Un mundo...*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁵⁵ “En la situación opuesta, viendo al delincuente como un ser de otra especie, una no-persona, una cosa, no hay límites para las atrocidades posibles”. N. Christie en *La industria del control...*, *op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁶ Es en la negación definitiva de la afirmación política que quería a los individuos libres e iguales en la que se empeña el pensamiento positivista, orientándose hacia la enunciación de teorías capaces de justificar científicamente las desigualdades sociales como necesaria diversidad natural. M. Pavarini, *Control y dominación...*, *op. cit.*, p. 41.

desarrollo de la vida social y recuperaba para sí potestades de control que había perdido con el advenimiento de la modernidad en el siglo anterior; si bien el reconocimiento de los derechos humanos no tendría marcha atrás, el modelo supuso una regresión a su fórmula originaria.

La fórmula positivista y el subsecuente nacimiento de la Criminología distrajeron la atención de la realidad social, en la que los conflictos se recrudecían y el Estado parecía no poder controlarlos. En efecto, el reconocimiento de las libertades para todos y el desarrollo de la tecnología, sobre todo la de los medios de comunicación, motivó el desplazamiento de las personas en busca de nuevas fuentes de trabajo, en un capitalismo ya avanzado que mostraba la realidad de una desigual distribución de la riqueza y la composición plural de las sociedades. Los migrantes que no encontraban fuentes de trabajo tampoco regresaban a su lugar de origen y permanecían en las ciudades, pobres y diferenciados, lo que causaba mayor molestia entre quienes no sabían vivir en pluralidad porque nunca lo habían hecho.¹⁵⁷ Con los conflictos crecientes y la inestabilidad social producida por el fenómeno capitalista, la fórmula positivista legitimó al Estado para la represión; las potestades de éste crecieron en detrimento de las libertades de los gobernados y distrajeron la atención del capitalismo hacia el hombre delincuente. En efecto, con el advenimiento de la modernidad el interés se centró en la crítica de las formas hostiles del poder feudal y al mismo tiempo en la proyección de las formas de un nuevo poder, el burgués. Pero una vez que el poder político fue conquistado, los intereses de la clase hegemónica se ocuparon de reforzar la estrategia de conquista. La Criminología positivista sirvió para ese fin.¹⁵⁸ De ahí el éxito de la fórmula y su pronto arraigo cultural,¹⁵⁹ aun en políticas públicas sobre la criminalidad.

¹⁵⁷ Paradigmático resulta el caso documentado en la ciudad de Chicago —en primer plano, el Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago— en la década de 1920, cuando la ciudad, como otras, en pocos años vio duplicada su población.

La ciudad se convierte así en el escenario principal donde son representados en términos dramáticos los efectos sociales del proceso de transformación económica de la época. La ciudad se extiende como una mancha de aceite bajo el acoso de un proceso de urbanización caótico y salvaje; las ciudades se convierten en receptoras de hombres distintos por costumbres, lengua, cultura, riqueza (*ibid.*, p. 40).

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 40 y ss.

¹⁵⁹ La obra de Joseph María García-Borés, Joan Pujol *et al.*, llamada *Los “no delincuentes” Cómo los ciudadanos entienden la criminalidad*, muestra los resultados de un trabajo de psicología social que evidencia cómo en la no tan alejada década de 1990 la percepción positivista de la criminalidad se encontraba arraigada en la cultura, según la muestra utilizada.

2. Diversidad social y criminalidad

Las ciencias sociales evolucionaron y las variables que les dieron sustento durante el siglo XIX fueron desmontadas tan sólo unas décadas después: entonces se aclaró que las ciencias sociales no podían regirse por la invariabilidad de las leyes de naturaleza, y por ende las reglas de la causalidad eran en ellas diferentes de las de las ciencias exactas. Se reconoció el libre arbitrio en términos de igualdad y se desarrollaron otros modelos teóricos para explicar los fenómenos sociales y desarrollar políticas públicas acordes con el conocimiento humano del momento. Sin embargo, el arraigo incluso cultural del modelo positivista en la justicia penal determinó por décadas las inercias represivas de las políticas públicas, reflejadas también en las prisiones, convertidas desde entonces en centros de detención de los diferentes, los disidentes y los marginados, donde la afectación a la dignidad y al resto de los derechos humanos se convirtió en un común denominador.¹⁶⁰

El utilitarismo como fin del Derecho Penal se arraigó en la modernidad y hasta el día de hoy, pero con matices diferentes según la propia evolución y transformación del Derecho Penal; fincado en la idea de la prevención delictiva, se apartó del discurso positivista —al menos teóricamente— y se centró en la prevención delictiva, ya no para encontrar el delito antes de que sucediera, sino para disuadir y corregir a través del despliegue de la justicia penal.

Las variables de la prevención se enfocaron entonces y hasta la fecha en dos sentidos: evitar, mediante mecanismos de disuasión, intimidación, resocialización y neutralización, que quien no ha delinquido lo haga y quien ya lo hizo no lo vuelva a hacer.¹⁶¹

En los modelos preventivos la cárcel siguió desempeñando un papel trascendental, sobre todo en las ideas de la prevención especial positiva, en la que se legitima el argumento y la pretensión de la resocialización, y la prevención especial negativa, que neutraliza al delincuente. En el esquema de

¹⁶⁰ “[...] los que son capturados por la máquina de castigar, y especialmente los que van a parar detrás de las rejas son, en gran medida, delincuentes tradicionales de las clases trabajadoras más bajas”. Thomas Mathiesen, *Juicio a la prisión. Una visión crítica*, p. 224.

¹⁶¹ Tales expectativas utilitaristas se estructuran y explican en las así llamadas teorías de la prevención, dividiéndola en general y en especial, y cada una de éstas además en positiva y negativa, según se pretenda, por un lado, evitar que quien no ha delinquido lo haga y, por el otro, que quien ya lo hizo no lo vuelva a hacer. Múltiples referencias bibliográficas explican estas variables; sugiero, por su accesibilidad y contenidos didácticos, los trabajos de S. Ortiz Ortiz, *Los fines...*, *op. cit.*, pp. 142 y ss, y de I. Rivera Beiras. *La cárcel...*, *op. cit.*

prevención general negativa arraigado en la idea de la disuasión por intimidación, sin duda la prisión —y sobre todo la que supone compurgación de penas privativas de libertad interminables— tiene un papel importante.¹⁶² Sin embargo, la intención prevenicionista aludida se ha quedado más en el plano de las propuestas teóricas que en el de resultados verificables. La prevención general es el proceso de disuasión, educación moral y formación de hábitos en los demás.¹⁶³

Así, el positivismo, que había pretendido superar el pensamiento metafísico que le antecedió, acabó como un mero planteamiento metafísico; su influencia en el desarrollo de las Ciencias Sociales, como en el Derecho Penal y la Criminología, supuso concebir la realidad como un absoluto.¹⁶⁴

El positivismo no quiso ver la transformación que la sociedad sufrió en el siglo XIX; la pluralidad en la composición de las nuevas sociedades y el aumento en la densidad de población motivaron la evolución de las ciencias sociales gracias a nuevas y mejores formas de interpretar la realidad social, lo que también implicó un cambio metodológico importante.

El positivismo criminológico, que había centrando su análisis en el delincuente, propició también una cultura no apta para la crítica y el análisis del fenómeno delictivo desde otras aristas, sobre todo macrosociológicas y no individualistas.

El siglo XX fue testigo del advenimiento de modelos sociológicos que se apartaron de la idea de la universalidad de los valores como absolutos e identificaron un proceso de transformación en el que las sociedades se desplazaron del consenso y la homogeneidad hacia la pluralidad motivada por la diversidad.

La realidad dejó de ser un absoluto y se convirtió en un proceso de construcción en el que la subjetividad en la reflexión de las realidades llevó

¹⁶² “La base más fuerte sobre la que se sustenta la creencia en la prevención general sigue siendo una bien conocida experiencia: el miedo a las consecuencias indeseables”. Johs. Andenæs citado por T. Mathiesen, *Juicio a la prisión...*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 101.

¹⁶⁴ Bustos Ramírez, en *El pensamiento criminológico I*, consigna la siguiente crítica al planteamiento positivista de Augusto Comte:

el planteamiento particular del dogma de la causalidad, como el general de la invariabilidad de las leyes naturales, estaba basado en la idea de un objeto absoluto; es decir, toda la cosmogonía planteada por el positivismo resultaba ser nuevamente una ‘metafísica’ —tan denigrada por él— porque se partía de un absoluto y con ello necesariamente de dogmas —aserciones indiscutibles—, con lo cual había una contradicción manifiesta con la pretensión de un quehacer científico (*op. cit.*, p. 34).

a proceder y conductas que dieron un nuevo sentido interpretativo al actuar humano y los fenómenos sociales.

Un modelo sociológico como el descrito debía resultar más adecuado para el análisis de las sociedades, ahora más complejas y caracterizadas por la diversidad ideológica y cultural de los individuos, donde la conflictividad y, por ende, los delitos se elevaron de manera drástica. Las fórmulas de la defensa social, arraigadas en la idea del consenso en torno a costumbres y valores universalmente válidos, no explicaban la nueva realidad; por ello, la evolución de las ideas sociales impulsó la evolución de las teorías de la criminalidad, lo que conllevó un cambio en la manera de interpretar la realidad criminal y concebir las políticas públicas para la criminalidad.

Ver la realidad como un proceso de construcción implicó pensar que las conductas y los proceder de los individuos en la sociedad se encuentran determinados por la manera como los sujetos reflexionan la realidad, aun cuando la reflexión sea incorrecta. Ello supone que las personalidades de los seres humanos son producto de la manera como entienden su entorno y se acoplan a él.¹⁶⁵ La sociedad (ambiente) es moldeable al individuo y el individuo es a su vez moldeable a la sociedad, a su ambiente. En esta relación de mutuo influjo¹⁶⁶ resulta relevante cómo cada individuo reflexiona las actitudes de los otros hacia él, porque ello puede determinar su personalidad —incluso criminal—. Desde esta óptica, un individuo concebido y por ende tratado como violento, puede asumirse violento y actuar como tal en un proceso de etiquetamiento que logra que el propio sujeto asimile su estigmatización. En los procesos de interacción social, la comunicación y la subsecuente reflexión de datos es decisiva para explicar los fenómenos sociales; el fenómeno social del delito no fue la excepción.

Las relaciones sociales son un fenómeno cada vez más complejo, lo que a su vez hace más compleja su interpretación y análisis; el modelo de teoría social que parece más adecuado es aquel que entiende que la subjetividad de los seres humanos trasciende su manera de ser y conducirse so-

¹⁶⁵ George H. Mead, en su obra *Espíritu, persona y sociedad*, de principios de siglo XX, es quien inicia los argumentos de lo que conocemos como interaccionismo simbólico, modelo que con perspectiva de conductismo social décadas después motivaría desarrollos teóricos importantes en los estudios criminológicos. “La reflexión, pues —afirma Mead—, es la condición esencial, dentro del proceso social, para el desarrollo del espíritu” (p. 166).

¹⁶⁶ En este sentido, Julio Carabaña y Emilio Lamo de Espinoza, “Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico”, p. 278.

cialmente; de ahí se desprende la relevancia de los estudios de psicología social en el análisis criminológico.

De acuerdo con estos presupuestos, una rama importante de los estudios de la criminalidad centró sus esfuerzos en entender ya no las causas biológicas del delito, sino las actitudes de los otros que en la reacción social e institucional motivaban proceder criminales. Ello dio origen a la Criminología de la reacción, de la cual algunas teorías tuvieron como objeto de estudio el sistema de justicia penal. Desde esta perspectiva, el objeto de estudio criminológico cambió del delincuente al sistema penal, pasó de preguntarse por qué el delincuente delinque a cómo reacciona el sistema penal; trataron de identificar incluso —entre otras variables, por supuesto— las causas que motivan el delito a partir de la reacción punitiva.¹⁶⁷

En efecto, si la realidad era socialmente construida a partir de los procesos de construcción de la personalidad, entonces la realidad criminal también era un proceso de construcción social similar a los procesos de construcción de la personalidad criminal; de esto se dedujo que los procesos incriminatorios de la reacción punitiva suponían formas de estigmatización que llevaban a muchos sujetos a asimilar su etiqueta y a comportarse como criminales, lo que atribuía al sistema carcelario un gran parte de responsabilidad.

Cambiar el objeto de estudio de la Criminología permitió por primera vez poner en tela de juicio los sistemas de justicia penal y evidenciar sus inconsistencias, ineficacia e inmensa gama de violaciones a los derechos humanos de los involucrados, sobre todo por la afectación de las reglas del debido proceso legal y la ejecución de las penas privativas de libertad en prisión. Dichas teorías pusieron por primera vez en entredicho las posibilidades resocializantes de la prisión.

3. Criminalidad y conflicto social

La crítica planteada abrió la puerta de otros modelos teóricos como el marxismo, que centró sus esfuerzos en evidenciar lo indigno y lesivo de las prácticas punitivas y en derrumbar los mitos que en materia de justicia pe-

¹⁶⁷ “Esta dirección de investigación —también conocida como *Labelling approach*— parte de considerar que es imposible entender la criminalidad si no se estudia la acción del sistema penal que la define y que reacciona contra ella, comenzando por las normas abstractas para llegar a la acción de las instancias oficiales (policías, jueces, instituciones penitenciarias que la aplican).” Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al derecho penal*, p. 84.

nal habían construido las fórmulas positivistas; hasta la fecha, esa intención se enfrenta al arraigo cultural de la idea del castigo y lo atractivo que aún hoy parecen resultar las políticas represivas.

La crítica más radical a la Criminología viene del marxismo, que encontró en el análisis criminológico una fuente importante para la teoría crítica. Esa tendencia se conoce como teorías del conflicto, debido a la influencia de la Sociología del conflicto. Esa propuesta da cuenta de lo parcial que puede resultar la justicia penal que sirve a las clases hegemónicas para mantener y acrecentar su poder, y resalta la desigualdad social como un elemento que determina el actuar punitivo. Alessandro Baratta sostiene que las teorías conflictuales que niegan el principio del interés social y del delito natural se basan en dos afirmaciones principales:

a) Los intereses que están en la base de la formación y aplicación del Derecho Penal son los de quienes tienen el poder de influir sobre los procesos de criminalización: definición de los hechos como delitos (criminalización primaria) y de las personas como delincuentes (criminalización secundaria).

La criminalidad en su conjunto es una realidad social creada a través de los procesos de criminalización, por lo que la criminalidad y todo el Derecho Penal tienen siempre naturaleza política.¹⁶⁸

Las teorías de la reacción son consecuencia de una manera distinta de interpretar la realidad social. Su perspectiva condujo el análisis criminológico hacia objetos de estudio diferentes. La victimología también amplió su campo de trabajo, análisis y argumentación al apartarse de la idea central de la responsabilidad de las víctimas y centrar su atención en las diferencias sociales (propias de la pluralidad) que dan pie a las desventajas y en la capacidad victimizante de la propia justicia penal.

El reconocimiento de la existencia de factores victimógenos en grupos en condiciones de vulnerabilidad motivó un interés creciente por los derechos de las víctimas del delito; pero el análisis sólo se amplió hasta que fue posible observar la vulnerabilidad de las víctimas del delito frente a los propios sistemas de justicia penal y de los imputados frente a las instancias de la justicia penal.

El modelo conflictual de análisis social observa una sociedad cada vez más fragmentada en su composición debido a la diversidad ideológica, cultural y étnica; la diferencia estriba en que este modelo se aparta de la posibi-

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 123.

lidad del consenso como mecanismo de integración y cohesión social, y acepta el conflicto como la esencia misma de las relaciones sociales: es el conflicto el que motiva los cambios sociales y la evolución misma. En palabras de Pavarini, “ella —la sociedad— se funda sobre las coerciones de algunos de sus miembros sobre los otros”.¹⁶⁹ El autor define este modelo de sociedad como un conjunto de diversos grupos sociales en el que hay definiciones distintas de lo que es justo y lo que es injusto, del bien y de mal, que reflejan la diversidad de los grupos sociales y el conflicto entre ellos por el poder político. Para el autor, esos conflictos representan un desequilibrio del poder político entre quien lucha por mantenerlo y quien lucha por conquistarlo, por lo que es interés principal de quien detenta el poder legislar para mantenerlo y al mismo tiempo excluir de él a los otros grupos.¹⁷⁰ En este sentido, la interpretación del Derecho Penal y las instituciones del sistema penal son un instrumento parcial que protege y defiende los intereses de los grupos hegemónicos, en detrimento de quienes no tienen ese poder. “Es el conflicto el que se coloca en el centro de toda dinámica social: éste es así visto como la causa determinante del fenómeno criminal mismo”.¹⁷¹ Por ello, a diferencia de los otros modelos interpretativos de la sociedad (que si bien reconocen la pluralidad en la composición social y la diversidad de intereses, afirman que los conflictos pueden resolverse mediante las reglas del derecho), el modelo conflictual concibe el sistema penal como un ente eminentemente victimizador. Este modelo sociológico del conflicto, como se verá en los siguientes capítulos, influye en la construcción teórica del garantismo penal, dado que si la esencia es el conflicto, la alternativa principal ha de ser nivelar las partes, sobre todo cuando se observa y afirma que ciertos grupos hegemónicos tienen la fuerza y la capacidad de inclinar la balanza del conflicto en su favor. La alternativa, desde el Derecho, y en el Derecho Penal mismo, es equilibrar las fuerzas dotando de derechos a quienes por su desventaja y vulnerabilidad pueden quedar victimizados por el abuso del poder. Así, para el garantismo penal el proceso penal debe ser una disputa, un conflicto entre iguales; su tarea es nivelar el conflicto penal para obtener de él una disputa entre iguales, con igualdad material y de derechos. De la víctima también se considera su desventaja y necesidad de derechos frente al imputado, pero sobre todo frente al sistema penal.

¹⁶⁹ M. Pavarini, *Control y dominación...*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁷⁰ *Ibid.*, pp. 138 y 139.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 139.

CAPÍTULO 3

JUSTICIA PENAL

Y DERECHOS FUNDAMENTALES

I. GARANTISMO PENAL

La influencia del modelo positivista en el Derecho Penal, Procesal Penal y en las políticas para controlar la criminalidad es una regresión respecto de un Derecho Penal garante de los derechos humanos surgidos en el Iluminismo. Aun con la superación teórica de dicha escuela, las políticas que se fundamentan en ella tienen nuevas formas de legitimación centradas casi siempre en las clases pobres, que son el foco de referencia de las explicaciones de la criminalidad. Habrá que buscar en las ideas de esa escuela el origen de la discriminación en materia penal. Esa influencia también llevó al sistema penal al colapso, con cargas de trabajo mayores que su capacidad y prácticas reiteradas de violación a los derechos humanos.

Por ello, los nuevos modelos teóricos pronto surgieron como alternativas que propusieron variables más democráticas para la justicia penal que poco a poco se filtraron en las políticas públicas de la materia a manera de reformas legales. Uno de ellos es el garantismo penal, de gran importancia para la construcción de una estructura de justicia penal distinta.

1. De Beccaria a Ferrajoli

Beccaria

El modelo garantista en la justicia penal funge como un refuerzo de los principios garantistas que dieron origen hace ya más de dos siglos al Dere-

cho Penal moderno, más humanista y respetuoso de los derechos humanos. El modelo garantista en materia penal es herencia de la tradición libertaria del Iluminismo, esto es, cuando el Derecho Penal nació en respuesta a procesos inquisitivos propios de la Edad Media, en un momento en que la vida, integridad y dignidad de las personas “juzgadas” no eran relevantes. En correspondencia con los principios iluministas de corte humanista, el Derecho Penal ahora y desde entonces supone —o al menos debe suponer— el respeto a los derechos fundamentales y la afectación mínima indispensable de los mismos, sobre todo de la libertad, para la consecución de los fines pretendidos de bienestar social. Beccaria expresó esta idea al afirmar que el criterio fundamental para la aplicación y medida de una pena es el de su necesidad, por lo que toda pena que vaya más allá de la necesidad de conservar el vínculo entre los hombres es una pena injusta por naturaleza.¹⁷² Es Beccaria quien sostiene el principio de necesidad, y cita a Montesquieu cuando afirma que toda pena que no emana de la absoluta necesidad es tiránica; para Beccaria, el derecho a castigar se fundamenta en la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones: “tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos”.¹⁷³

De la mano de este principio enuncia también —refiriéndose a las penas— el de legalidad, al asentar que solamente el legislador las puede dictar¹⁷⁴ porque es el único que puede representar a todos los hombres que han convenido en el contrato; a decir de Bustos Ramírez, este principio en Beccaria es consecuencia de la idea del contrato social de la que el autor parte,¹⁷⁵ pero también de la de necesidad, al afirmar: “fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner al depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover los hombres para que le defiendan”.¹⁷⁶

¹⁷² Hacia 1764 César Bonesana, marqués de Beccaria, en su obra *De los delitos y de las penas* (pp. 216 y ss), expresa esa intención de manera clara.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 216.

¹⁷⁴ A la letra: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”. *Ibid.*, p. 218.

¹⁷⁵ J. J. Bustos Ramírez, *El pensamiento criminológico I*, op. cit., p. 28.

¹⁷⁶ Beccaria, *De los delitos...*, op. cit., p. 217.

Beccaria asienta el principio de proporcionalidad de las penas: para él, existe una escala de desórdenes que es posible establecer y graduar; en primer grado están los desórdenes que destruyen la sociedad y en el último, la más pequeña injusticia contra los miembros particulares de ella. Fuera de esos límites no es posible llamar delito a cualquier acción (principio de necesidad) y el legislador debe, “como hábil arquitecto”, oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio.¹⁷⁷ Beccaria critica la severidad de las penas al decir:

Vuélvanse los ojos sobre la historia y se verán crecer los desórdenes con los confines de los imperios, y menoscabándose en la misma proporción el sentimiento nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos conforme al interés que cada uno toma en los mismos desórdenes: así la necesidad de agravar las penas de dilata cada vez más por este motivo.¹⁷⁸

Para Beccaria, es preciso que haya una proporción entre los delitos y las penas; por ello, los límites impuestos en el primero y último grado deben considerarse los extremos de las acciones opuestas al bien público (los delitos):

Si la geometría fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, debería haber una escala correspondiente de penas en que se graduasen desde la mayor hasta la menos dura; pero bastará al sabio legislador señalar los puntos principales, sin turbar el orden, no decretando contra los delitos del primer grado las penas del último.¹⁷⁹

Por último, de la obra de Beccaria se puede extraer el principio de utilidad de las penas, vinculado con el de proporcionalidad y con base en el presupuesto del contrato social, cuando afirma que “el fin de las penas no es afligir un ente sensible, no deshacer un delito ya cometido”; entonces se pregunta si se podrá “abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo o de los débiles tiranos”; el fin, afirma, “no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales”.¹⁸⁰ Para el autor, deben escogerse las penas y los métodos para aplicarlas que, guardada la proporción, hagan una impresión

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 226.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 225.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 226.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 238.

más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.¹⁸¹

Bustos Ramírez afirma, al citar a Beccaria:

Como de lo que se trata es de la conservación del contrato social, de mantener las condiciones para mantener dicho vínculo entre los hombres, aquella debe adecuarse a este objetivo. Con esto, por lo tanto, se recalca como principio fundamental de la pena el de su necesidad [...] toda pena que vaya más allá de la necesidad de conservar el vínculo entre los hombres, será una pena injusta por naturaleza.¹⁸²

La estructuración de estos principios (legalidad, necesidad, proporcionalidad y utilidad) fue desarrollada por Beccaria, como se deduce, en sus reflexiones sobre el delito y la pena, y con base en la influencia del modelo teórico contractualista, que es el que mejor explica la nueva organización política y social del Estado en la modernidad fundado en la igualdad. Esos principios fueron retomados alrededor de dos siglos después por Luigi Ferrajoli en una sistematización diferente que, a su decir y como se verá más adelante, fundamentaría la razones de cuándo y cómo sancionar.

El modelo utilitarista de Beccaria no fue la única vertiente en el Derecho Penal resultado de la época iluminista; también figura, por un lado, la influencia del Derecho Natural, evidente en Samuel A. Puffendorf, la cual dará lugar a la Escuela Clásica del Derecho Penal, en la que se estudia el delito como una disciplina autónoma en el fenómeno criminal; por el otro, se encuentran las tendencias racionalistas de la época que destacan la racionalidad como cualidad inherente al hombre y al Estado, presente en autores como Montesquieu.¹⁸³

2. Garantismo penal de Ferrajoli

Se trata de una tendencia crítica propia del ámbito latino de Europa, surgida en las décadas de 1960 y 1970 en el contexto italiano, cuyo principio fundamental es recuperar del Derecho Penal su aspecto garantista y su carácter protector de los derechos fundamentales de las personas, tras el aumento de

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² J. Bustos Ramírez, *El pensamiento criminológico I, op. cit.*, p. 29.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 30.

la práctica punitiva acaecida en los dos últimos siglos.¹⁸⁴ El contexto en el que evolucionó el garantismo penal en Italia estuvo caracterizado, por un lado, por una fuerte tradición del derecho escrito, lo cual centró su desarrollo en la definición legal del delito,¹⁸⁵ y por el otro, por una práctica estatal autoritaria, producto de una democracia débil y una amplia gama de violaciones a los derechos humanos.¹⁸⁶

La influencia en el garantismo de los desarrollos formalistas —iuspositivos— del Derecho es evidente en autores como Kelsen, quien distingue entre Derecho y moral; por ello, el garantismo penal observa el delito como una calificación jurídica y no moral, sociológica o antropológica; la aplicación de la norma sólo debe responder a la razón jurídica, y cualquier consideración moral o política forma parte de la legitimación externa del Derecho. El delito no es un fenómeno natural o ahistórico.¹⁸⁷ Por tanto, para el garantismo penal el origen del delito no está en opciones individuales de carácter moral, sino en la organización concreta de espacios sociales que no permiten el ejercicio de la libertad.¹⁸⁸ Para Anitua,¹⁸⁹ el garantismo se constituyó en la trinchera de quienes, actuando en el marco de cierta definición legal del delito, reaccionaban contra las graves y profundas violaciones a los derechos de las personas derivadas de los avances de la derecha reaccionaria durante la década de 1980.

El materialismo de la teoría marxista también está presente en el garantismo penal, si bien su influencia es mayor en la Criminología crítica de ascendencia sociológica; su huella destaca en la constatación de una sociedad desigual que, según el garantismo, “debía desarrollarse armónicamente con la presencia del Estado y del derecho como verdaderos artífices de esa sociedad tolerante y solidaria [...]”.¹⁹⁰

En la teoría del garantismo penal además está latente una tendencia utilitarista tomada del iluminismo clásico: “el delito es un acto antisocial y

¹⁸⁴ D. Zaitch y R. Sagarduy, “La criminología crítica...”, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

¹⁸⁵ A diferencia de otras alternativas democráticas en el análisis del delito y del sistema penal, el garantismo no abandonó la definición legal del delito, como el caso de los realistas de izquierda que sí lo hicieron al hacer énfasis en el delito como una realidad.

¹⁸⁶ D. Zaitch y R. Sagarduy, “La criminología crítica...”, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

¹⁸⁷ Danilo Zolo, “Marxismo y cuestión criminal”, en Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo, *Democracia autoritaria y capitalismo tardío*, citado por D. Zaitch y R. Sagarduy en “La criminología crítica...”, *op. cit.*, p. 45.

¹⁸⁸ D. Zaitch y R. Sagarduy, “La criminología crítica...”, *op. cit.*, pp. 45 y 46.

¹⁸⁹ G. I. Anitua, *Historia de los pensamientos...*, pp. 449 y 450.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 454.

una violación de los derechos y de normas de civilidad a las que se adhiere la mayoría de la gente”.¹⁹¹ Por ello, se puede encontrar en el modelo algunos argumentos utilitarios en la legitimación de la función punitiva. “En ese esquema de utopía posible, sigue habiendo lugar para el derecho penal, pero será un derecho penal y poder punitivo radicalmente distinto al existente.”¹⁹²

La influencia garantista en el Derecho Penal propició la despenalización de las conductas que no provocan un verdadero daño social: delitos sin víctima como la prostitución, el consumo de drogas, etcétera, sin cometer el error de abandonar el sistema de garantías del Estado de Derecho. A la vez, se aboga por un mayor control penal de los delitos de cuello blanco, que sí pueden provocar un daño social de tipo colectivo, y, por supuesto, se estructura la protección de los llamados “intereses difusos”, como el derecho al trabajo, la salud, vivienda, medio ambiente, educación, etcétera.

La idea que subyace en la perspectiva garantista, a diferencia de otras corrientes como el abolicionismo, es que en las sociedades donde se aprecia un alto índice de conflictividad y desigualdad social, como España e Italia, pero sobre todo en Latinoamérica, el Derecho Penal aún es necesario, pero en una forma nueva basada en ciertos principios que provienen de la reformulación de los axiomas clásicos del Derecho Penal liberal.

Luigi Ferrajoli ofrece desde hace más de dos décadas una sistematización del garantismo penal que, por ser vasta y completa, es el referente de la tradición del Derecho continental propia a México (no sólo de las argumentaciones teóricas, sino sobre todo de la construcción de modelos penales y procesales penales). Ferrajoli, en su citada obra *Derecho y razón*, ofrece una explicación de lo que es el garantismo penal, misma a la que a continuación se hace referencia.

El garantismo no es exclusivo del área penal. Sin embargo, llevado a ese ámbito, el garantismo designa un modelo de Derecho de estricta legalidad. Ferrajoli distingue tres acepciones del vocablo garantista relacionadas entre sí. La primera designa un modelo normativo de Derecho propio del Estado de Derecho, caracterizado por un sistema de poder mínimo, como una técnica de tutela para reducir la violencia y aumentar las libertades, y como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.¹⁹³ El autor es contundente cuan-

¹⁹¹ D. Zaitch y R. Sagarduy, “La criminología crítica...”, *op. cit.*, p. 42.

¹⁹² G. I. Anitua, *Historia de los pensamientos...*, *op. cit.*, p. 454.

¹⁹³ L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 851 y 852.

do habla de niveles de garantismo en los sistemas jurídico-penales y exalta la diferencia entre un modelo constitucional garantista y el funcionamiento efectivo del sistema en sí mismo. Hay muchos modelos normativos —sostiene— tendencialmente garantistas pero cuyas prácticas son tendencialmente antigarantistas.

Según la segunda acepción, en la fórmula garantista es evidente la influencia del positivismo jurídico, pero no de un mal entendido positivismo jurídico que aliente actitudes acríticamente dogmáticas y contemplativas del Derecho y en el que la tarea del jurista sea cubrir o hacer cubrir sus antinomias. Para el autor, un sistema garantista debe hacerlas explícitas y denunciarlas, para con ello deslegitimar los momentos de arbitrio del Derecho efectivo: de ahí que lo observe como una teoría jurídica de validez y efectividad; distinguir entre normatividad y efectividad —afirma— permite plantear el análisis de los fenómenos huyendo de la doble falacia —naturalista y normativista—, de la asunción de los hechos como valores o de los valores como hechos.

En una perspectiva eminentemente crítica, textualmente sostiene:

En contraste con las imágenes edificantes de los sistemas jurídicos ofrecidas por sus representaciones normativas y con la confianza apriorística en la coherencia entre normatividad y efectividad difundida por la ciencia jurídica, la perspectiva garantista, por el contrario, invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones, así como la conciencia del carácter en gran medida ideal —por tanto irrealizado y pendiente de realización— de sus propias fuentes de legitimación jurídica.¹⁹⁴

Ferrajoli califica esta perspectiva crítica que subyace de esta segunda acepción como interna, científica y jurídica, con el propósito de diferenciarla de lo externo, político y metajurídico; el autor es enfático al presentar un garantismo operante en la realidad y no un esquema normativo que legitima arbitrariedades.

En este sentido, en la tercera acepción el garantismo es una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de lo que el autor llama justificación externa¹⁹⁵ en atención a los bienes e intereses que tutelan y garantizan. Esta perspectiva se refiere a los fines de legitimación y deslegiti-

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 853.

¹⁹⁵ *Idem.*

mación ético-política del Derecho y el Estado (por tanto, un punto de vista que sólo es externo).

Ferrajoli presenta un sistema garantista que separa *derecho* de *moral*, en tanto doctrina laica que es, y, por ende, *ser* de *deber ser* del Derecho. Explica que en los presupuestos de toda doctrina democrática el punto de vista externo (político) no puede ser copia del interno (jurídico), ya que el externo refleja los valores prejurídicos o metajurídicos fundantes, expresión de las necesidades *naturales* individuales y colectivas, mientras que el interno expresa los principios e instituciones *artificiales*, cuya función y única razón de ser es satisfacer las necesidades naturales. La confusión de los puntos de vista interno y externo es propia de las culturas políticas autoritarias de autofundamentación y autojustificación del Derecho y el Estado como valores en sí —fines en sí mismos— y no como lo que son: medios contingentes y condicionados.¹⁹⁶ En las políticas que admiten justificaciones absolutas o totales, el Derecho Penal desempeña un papel fundamental; por ello, el garantismo penal es una alternativa democrática para la justicia.

El autor observa la teoría garantista como un modelo privilegiado de análisis para fundamentar la crítica al Derecho Positivo en tanto su legitimación interna y externa, y asimismo critica las ideas políticas, tanto iusnaturalistas como ético-formalistas, que confunden el plano político con el Derecho o a la inversa; pero es también idóneo para la crítica a las ideas jurídicas, normativistas o realistas, que suelen confundir la validez con la vigencia o la efectividad con la validez.¹⁹⁷

El propio Ferrajoli extrae de las acepciones ofrecidas los elementos propios de los modelos garantistas: el carácter vinculado del poder público en el Estado de Derecho, la divergencia entre validez y vigencia, la distinción entre el punto de vista jurídico (interno) y político (externo), y la consecuente divergencia entre justicia y validez, y la autonomía y precedencia de lo jurídico respecto de lo político. Por todo ello, en palabras del autor, el garantismo penal ha sido recibido en las constituciones como parámetro de racionalidad, justicia y legitimidad de la intervención punitiva.

De la separación iluminista entre Derecho y moral se extrae al delito como una calificación jurídica y no moral, sociológica o antropológica; las consideraciones sociológicas y antropológicas aparecen a la hora de decidir qué conductas deben ser consideradas delitos, y las morales o políticas forman

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 853 y 854.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 855.

parte de la legitimación externa del Derecho, por lo que, una vez creada la norma, su aplicación sólo debe responder a la razón jurídica.¹⁹⁸

Este tipo de variables han construido modelos de justicia penal más acordes con el desarrollo democrático de occidente y han defendido el reconocimiento y respeto a los derechos humanos, su esencia sustantiva y su modelo procesal. En esta paulatina transformación influyó indudablemente la generación de tratados internacionales que a la postre se constituirían, como se ha asentado, en el referente motor del cambio.

Principios garantistas del Derecho Penal de Ferrajoli

Ferrajoli reconoce que esta clase de derechos fue elaborada por el pensamiento *iusnaturalista* de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto y que han sido incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos, convirtiéndose en principios jurídicos del moderno Estado de Derecho.¹⁹⁹

Para el autor en cita, la función de las garantías en el Derecho Penal no es tanto permitir o legitimar, sino condicionar o vincular y por tanto deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva; en sus palabras, “no son condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido o está prohibido castigar”. Son una opción ético política a favor de los valores normativamente tutelados por un modelo de justicia penal dado.²⁰⁰

Para llegar a lo anterior, Ferrajoli desarrolló una sistematización de principios a manera de axiomas, de cuya consagración y respeto depende la aplicación de una sanción. Su trabajo resulta importante si se considera que en materia del debido proceso legal el concepto no es unívoco y tampoco su contenido. Por ello, reconoce en la obra que al ser introducidos estos principios por elecciones de naturaleza teórica y convencional, podrían ser distintos y, sobre todo, más numerosos.²⁰¹

La sistematización de principios expresa que cada uno designa una condición necesaria para la atribución de una pena en un modelo del Derecho Penal garantista. Cada uno de los principios enuncia una garantía para la

¹⁹⁸ D. Zaitch y R. Sagarduy, “La criminología crítica...”, *op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 93.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 92.

²⁰¹ *Idem.*

afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena. Ese sistema constituye para Ferrajoli las reglas del juego fundamentales del Derecho Penal. Los principios incluyen garantías no sólo procesales sino penales, y los estructura de manera vinculada, ligados entre sí, según estén incluidos o excluidos por cada uno de ellos.

La explicación de cuáles son y cómo se vinculan esos principios se encuentra en el segundo capítulo de su obra *Derecho y razón*,²⁰² pero también la desarrolla en el resto de los capítulos para responder cuándo y cómo debe darse la intervención penal: cuándo y cómo castigar, cuándo y cómo prohibir y cuándo y cómo juzgar.

Así, los tres primeros principios de la sistematización axiomática expresan las garantías relativas a la pena y responden a las preguntas *cuándo* y *cómo castigar*. Éstos son:

1. Principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; se enuncia *no hay pena sin delito*.
2. Principio de *legalidad*; significa que *no hay delito sin ley*.
3. Principio de *necesidad* o de economía del Derecho Penal, por el que *no hay ley (penal) sin necesidad*.

Los tres principios siguientes expresan las garantías relativas al delito y responden a las preguntas *cuándo* y *cómo prohibir*:

4. Principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; significa que *no hay necesidad sin lesión*.
5. Principio de *materialidad* o de la exteriorización de la acción, por el que considera que *no hay lesión sin acción*.
6. Principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal, por el que *no hay acción sin culpa*.

Los cuatro últimos principios expresan las garantías relativas al proceso y responden a las preguntas *cuándo* y *cómo juzgar*:

7. Principio de *jurisdiccionalidad*; que implica que *no hay culpa sin juicio*.
8. Principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación, por el que *no hay juicio sin acusación*.

²⁰² *Ibid.*, pp. 91 y ss.

9. Principio de la *carga de la prueba* o de verificación, que implica que *no hay acusación sin prueba*.
10. Principio de *contradicción* de la defensa o de refutación, por el que no hay prueba sin defensa.

La conexión entre los principios formulados se observa de la siguiente manera: no puede haber sanción, sobre todo pena privativa de libertad, si no existe un delito (principio retribucionista); pero no puede haber delito sin ley previa que lo contemple (principio de legalidad); y no puede una ley prever una conducta como delictiva si no es necesario (principio de necesidad); es decir, sólo que sea estrictamente necesaria para la protección de los intereses sociales, una conducta debe ser considerada como delito por la ley. No hay necesidad si no existe una ofensa y, en consecuencia, un daño (principio de lesividad); pero no se puede considerar que haya lesión u ofensa si no hay acción (principio de materialidad o de exteriorización de la conducta), porque la mente por sí sola no delinque, la intención debe materializarse; pero no habrá acción sin culpa (principio de culpabilidad o de responsabilidad), lo que supone el juicio de reproche a quien, pudiendo actuar de otra manera, no lo hizo. Por último, no puede haber culpa sin enjuiciamiento (principio de jurisdiccionalidad), lo que significa que para deslindar la responsabilidad de un individuo es necesario seguir un procedimiento a manera de juicio donde se garantice la audiencia del inculpado, juicio en que, previa acusación (principio acusatorio), se pruebe la misma (principio de verificación) y, tras garantizar la defensa del inculpado (principio de contradicción), se decida el conflicto y, por ende, sobre la responsabilidad penal y la medida de la sanción.

La esquematización de Ferrajoli se ha convertido en el referente de la construcción de los modelos garantistas de la justicia penal. De cada principio pueden extraerse subprincipios. Se puede decir que los desarrollos de principios para la justicia penal, ya sea teóricos o legislativos, se contienen en alguno de los enunciados por Ferrajoli, o como él mismo considera, son más numerosos, pero no los contradice ni los excluye; de ahí la importancia de esta esquematización, la que además, para efectos didácticos y de comprensión, resulta muy ilustrativa.²⁰³

²⁰³ Una sistematización reformulada, pero con base en la de Luigi Ferrajoli, se encuentra en la obra de J. J. Bustos Ramírez y H. Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

II. DERECHOS DEL DEBIDO PROCESO LEGAL PENAL

Es indispensable aclarar en qué consiste la expresión del debido proceso legal, lo cual no es tarea fácil si se tiene en cuenta que no es una voz unívoca sino que varía en definición, contenido y extensión, aunque sin duda se trata de una misma esencia: de reglas procesales que se pueden identificar como exigencias mínimas para imponer una pena; reglas para que en los procedimientos penales se garantice la imparcialidad y la equidad, siempre respetando la dignidad de los involucrados. Para don Héctor Fix-Zamudio, el debido proceso legal es “el conjunto de condiciones de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados”.²⁰⁴ Para Juan Colombo, por su parte, el “debido y justo proceso se muestra en toda su intensidad como la única vía lógica para resolver los conflictos penales”.²⁰⁵

La teoría del debido proceso distingue dos dimensiones: una adjetiva o formal y otra sustantiva o material. La más estudiada, desarrollada y regulada es la primera, conocida como el conjunto de reglas procesales de obligatorio cumplimiento que regulan un procedimiento para que sea válido (por ejemplo, la prohibición de indefensión, motivación de resoluciones, igualdad entre las partes y juez imparcial, entre otros). En cambio, el debido proceso sustantivo o material denota la necesidad de que esas sentencias o decisiones sean razonables, es decir, que sean proporcionales a los hechos y el Derecho y que lleguen a sintetizar el concepto de justicia; en este sentido, se examina el grado de razonabilidad o arbitrariedad de la argumentación del operador jurídico.²⁰⁶

La expresión, como recuerda don Sergio García Ramírez, es de origen anglosajón,²⁰⁷ y por supuesto no es privativa de los procedimientos penales, si bien por la naturaleza de éstos resulta más desarrollada porque supone la expresión más severa de la fuerza del Estado y por ende la máxima posibilidad de restricción de las libertades y demás derechos de las personas.

Resulta evidente en el contexto jurídico que la principal influencia del sistema jurídico mexicano no proviene del mundo anglosajón, sino en general de una tradición distinta de la identificada como romano-germánica,

²⁰⁴ Voz “Debido proceso legal”, *Diccionario jurídico mexicano*, p. 820.

²⁰⁵ Juan Colombo Campbell, “Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia”. Consulta: 12 de septiembre de 2011.

²⁰⁶ Reynaldo Bustamante Alarcón, *Derechos fundamentales y proceso justo*, pp. 205 y ss.

²⁰⁷ S. García Ramírez, “El debido proceso legal...”, *op. cit.*

lo que trasciende en el sentido de identificar ya no la definición misma sino el contenido y las variables del modelo de acuerdo con esta tradición jurídica. De ahí la notoria influencia del modelo garantista de la justicia penal de origen europeo no anglosajón, como el desarrollado por el italiano Luigi Ferrajoli. También producto de aquella influencia, no garantista por supuesto, es que se arraiga un modelo procesal de corte inquisitivo que subsiste hasta la actualidad en la mayor parte de México.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no consagra la expresión “debido proceso legal” excepto en el artículo 18 a partir del año 2005, refiriéndose a la justicia para adolescentes, en que se alude como “garantía” ya reconocida en la Constitución, más no se acuña la expresión como novedad en el sistema de derechos reconocidos por la propia Constitución. Sin embargo, en ninguna parte de la Constitución, salvo ahí, figura la expresión completa, no obstante que, aun desde antes y para la justicia penal ordinaria, se contienen reglas claras a manera de derechos procesales que podemos incluir en este modelo del debido proceso legal.

El debido proceso no suele ser nombrado como garantía en las constituciones modernas, ya que, según Juan Francisco Linares, se trata de artefactos técnico-jurídicos de índole procesal ideados para obtener la consagración práctica de la libertad individual en los Estados de Derecho, como el derecho a no declarar contra sí mismo, no ser arrestado sin orden del juez, etcétera, que no aparece de manera expresa en la Constitución argentina como garantía, por lo que la llama “innominada”.²⁰⁸ Hidalgo Murillo, tras identificar que la expresión “debido proceso” sólo aparece en el artículo 18 y se refiere a la justicia para los adolescentes, afirma que es posible deducir que el debido proceso penal se contiene en el artículo 14 de la Constitución Federal, en su párrafo segundo, donde se establece que

Nadie podrá ser privado de su libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino 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.

Para el autor, es suficiente entender el debido proceso como protección de la garantía de audiencia y del derecho a la defensa; sólo esa garantía y ese derecho resultan suficientes para encaminar el conflicto hacia una solu-

²⁰⁸ Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, pp. 8-10.

ción justa.²⁰⁹ Por ello, lo define como “el conjunto de principios procesales que regulan la acción de los distintos sujetos del proceso penal que buscan, con la participación de un tercero, la solución de una controversia”.²¹⁰ También explica que se trata de principios procesales de fundamento constitucional que rigen la acción de los sujetos en el proceso penal; de acuerdo con Meins Olivares,²¹¹ sostiene que se trata de un derecho fundamental reconocido en el sistema jurídico nacional e internacional que asimismo contempla acciones y recursos para reclamar su vulneración o desconocimiento.²¹²

La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevé que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses de forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.²¹³

Se trata sin duda de principios procesales de fundamento constitucional para la consecución de un juicio justo que garantice el equilibrio y la equidad entre los sujetos procesales, sin distinciones por motivos de raza, origen étnico, ideología, etcétera, y la protección de las libertades fundamentales y la seguridad e integridad personal.

El conjunto de derechos del debido proceso en material penal suele mencionarse a manera de principios, como lo hace Ferrajoli. Hidalgo Murillo²¹⁴ ofrece una clasificación, atendiendo a la legislación nacional, que agrupa en cada conjunto de los principios identificados el cúmulo de derechos que se desprenden del mismo.

De ese modo, el autor esboza ocho principios, dimanados del sistema procesal acusatorio mexicano tras la reforma a la Constitución Federal de junio de 2008 en materia judicial, a los cuales denomina de la siguiente manera: 1) principio de judicialización; 2) principio de alternatividad; 3) principio de legalidad; 4) principio de libertad, integridad y seguridad personal; 5) principio de presunción de inocencia; 6) derecho de defensa; 7) principio de impugnación de las resoluciones jurisdiccionales, y 8) principio de reparación y resarcimiento.

²⁰⁹ José Daniel Hidalgo Murillo, *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*, 2011, p. 89.

²¹⁰ *Idem*.

²¹¹ Que él cita (*ibid.*, p. 90), tomado de Eduardo Meins Olivares, “El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo código de procedimiento penal”, p. 446.

²¹² *Ibid.*, p. 90.

²¹³ Opinión Consultiva OC-16/99. Consulta: 25 de enero de 2012.

²¹⁴ J. D. Hidalgo Murillo, *Debido proceso penal...*, *op. cit.*, pp. 123 y ss.

Esta propuesta de sistematización atiende al análisis de un marco normativo concreto como el mexicano, y por tal razón muestra el punto de vista interpretativo del autor, mas no pretende ser una sistematización universal ni pertenecer a un único modelo teórico como el garantismo de Ferrajoli. Sin embargo, resulta de especial interés analizar esa sistematización por su referencia nacional y actualidad.

El autor dedica el capítulo segundo de su obra a explicar el contenido de los principios y derechos enunciados; de ese modo, asigna al principio que denomina de judicialización los derechos de acceso a la justicia (el derecho de acceso a la justicia de la víctima del delito y del imputado a la jurisdicción). Si bien en otra parte del libro se desarrolla el derecho que da acceso a la justicia de las víctimas y los ofendidos, el autor determina que el derecho a la justicia de la víctima obedece al principio de reparación del daño y que tal accesibilidad, como principio del debido proceso, implica que éste no busca la venganza privada sino más bien adecuarse a la resolución del conflicto y reconocer las modalidades de acción privada como coadyuvante y adhesiva.²¹⁵ En el capítulo 4 de ese trabajo desarrolla lo que quizá significa el derecho a la justicia de la víctima, identificando como una de sus variables el acceso a la justicia que acumula otra serie de derechos procesales dignos de correlacionar.

En el principio de judicialización expuesto por el autor, si para la víctima se traduce en el derecho de acceso a la justicia, para el imputado se trata del derecho a la jurisdicción, por el cual este último puede ejercer sus derechos procesales en todas las fases del procedimiento, incluida la previa al proceso propiamente dicho.²¹⁶

El último de los derechos de acceso a la justicia es el derecho a la tutela efectiva, que, a su decir, es resultado de la preocupación constitucional de “el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no se quede impune y que los daños causados por el delito se reparen” del artículo 20, fracción I, apartado A. Se trata de un conjunto de instrumentos para garantizar que los errores, las omisiones o los abusos del Estado sean subsanables; el autor afirma que se trata de un sinónimo de acceso o derecho a la jurisdicción, y con base en el proyecto de ley del debido proceso, identifica al Derecho para dos efectos: admitir que se dé violación

²¹⁵ *Ibid.*, p. 129.

²¹⁶ *Ibid.*, pp. 138-147.

de derechos y garantías en perjuicio del imputado y evitar suplir las deficiencias de las partes.²¹⁷

El autor considera la acción penal pública en el principio de judicialización; para él, no se trata de un derecho de quien se sienta ofendido, sino de que los sujetos procesales sepan que el derecho a perseguir es propio de un único ente, el Ministerio Público, que se puedan conocer las tendencias acusatorias, las variables persecutorias y los criterios de oportunidad, y como resultado, que los ciudadanos puedan conocer quién es el único que puede perseguirlos.²¹⁸ El autor no habla de la acción penal pública como un derecho específico ni considera la posibilidad de que la acción penal sea sólo privada, lo que se confirma cuando sostiene que “es la razón por la cual, cuando la víctima actúa como acusadora, en delitos de acción pública, asume su función como coadyuvante”.²¹⁹ La expresión de los delitos de acción privada está contenida en el artículo 21, párrafo segundo, de la Constitución Federal, que establece que la ley preverá los casos en los que los particulares podrán ejercer acción penal y no sujeta el Derecho a ninguna fórmula de coadyuvancia. Como se ve en el capítulo 4 de la obra, la legislación secundaria tiene la posibilidad —ya que la Constitución Federal lo reserva como una potestad y no como una obligación— de decidir si acepta la acusación a cargo sólo de la víctima o del ofendido para determinados casos, o si lo sujeta a alguna modalidad de coadyuvancia; así lo interpreta, como se analiza en el capítulo siguiente, el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales propuesto por el Ejecutivo, que prevé la posibilidad, en determinados supuestos, de que la víctima acuse y sostenga la acusación de manera completa, sin desconocer la posibilidad de otro tipo de modalidades de coadyuvancia.

Hidalgo Murillo incluye a su vez el multicitado principio al derecho de audiencia, que a su decir se introduce en la Constitución Federal de manera genérica en el artículo 14, párrafo segundo; además, se introduce por la consideración de desahogo de pruebas ante el órgano jurisdiccional (art. 20, A, III), el control de detención en situaciones de flagrancia o caso urgente (art. 16), la audiencia de arraigo (art. 16), la audiencia de vinculación o medidas cautelares (art. 19) y la audiencia de juicio oral (art. 20).²²⁰ El autor identi-

²¹⁷ *Ibid.*, p. 151.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 161.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 162.

²²⁰ *Ibid.*, p. 179.

fica otras modalidades de audiencias a las que enumera según la circunstancia procedimental de que se trate.

Hidalgo Murillo trata la publicidad en el Derecho a un juicio público y oral, la cual, de acuerdo con su criterio, no merece el trato preeminente que la reforma judicial a la Constitución Federal de 2008 y la misma Convención Americana de Derechos Humanos le otorga, pues existen audiencias que deben ser orales mas no públicas.²²¹ Hay que analizar, sin embargo, si las leyes mencionadas proscriben esa posibilidad, lo cual quizá no suceda. La publicidad, como argumenta el autor en su capítulo cuatro, supone la imposibilidad de secrecía de los procedimientos, que ha sido una de las características de los modelos inquisitivos muy propicia para el abuso de autoridad; pero la publicidad no desconoce la necesidad de privacidad en audiencias que lo ameriten para la protección de derechos (fundamentales) que resulten infranqueables.

El citado autor incluye en el principio de judicialización el rubro de autoridad competente, que contiene los derechos a un juez natural, a la jurisdicción ordinaria, militar y penitenciaria, y a un juez o tribunal independiente e imparcial. Para el autor, la reforma cometió el error sobre los efectos de la publicidad al asentar que ésta tendrá por objeto garantizar los principios de juez natural, concentración, continuidad, contradicción e inmediatez. Según este autor, “el nombramiento y la jurisdicción que otorga la competencia son requisitos formales perfectamente comprobables con una certificación judicial, sin la necesidad de que sea la publicidad la que afiance la competencia jurisdiccional”.²²² Hidalgo Murillo destaca que los principios de contradicción e inmediatez son muy importantes, pero no en relación con la publicidad, que nada tiene que ver con el principio, excepto en la valoración de los medios probatorios incorporados durante la audiencia.

Por último, el autor incorpora el derecho a ser juzgado sin dilaciones en el principio de judicialización y explica que este principio aparece en el artículo 17 de la Constitución Federal, que prevé que “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”.²²³ Explica que, a propósito del término “sin dilaciones”, conviene advertir que las razones por

²²¹ *Ibid.*, p. 186.

²²² *Ibid.*, pp. 186 y 187.

²²³ *Ibid.*, p. 209.

las que el proceso se dilata pueden obedecer a “cuestiones de justicia y a cuestiones de injusticia”, y señala que en algunas jurisdicciones “ofrece a los jueces la posibilidad de poder jugar con la detención, esto es, acelerar el proceso cuando el imputado se encuentra sufriendo prisión preventiva o, con la libertad, apostar con la lentitud estratégica del proceso”.²²⁴ Rodés Mateu,²²⁵ tras explicar que existe un solo concepto completo y aceptado del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo define como

Un derecho fundamental autónomo y al mismo tiempo una garantía procesal dirigida a sus titulares que son todas las personas, tanto físicas (ciudadanos y extranjeros) como jurídicas (privadas y públicas), que pretende tutelar la eficacia temporal del proceso mediante la exigencia a los poderes públicos de su adecuada prestación y observación (instaurando efectivos mecanismos de tutela del derecho al justiciable) y que su reparación en general, requiere una indemnización a cargo del Estado.

La consideración de un derecho tal resulta novedosa en la categorización y contenido del debido proceso, consecuencia de un sinnúmero de dilaciones “salvables” que afectan la prontitud, completud e imparcialidad de la justicia. En materia penal, este derecho es de gran significación, como se verá, para las víctimas o los ofendidos por el delito, así como para el imputado mismo. Lo cierto es que, por lo general, su afectación es en detrimento de los derechos de las víctimas, sobre todo a la justicia y a la reparación del daño, y obedece a dos grandes inercias —fuera de la normalidad de los plazos y términos que deben transcurrir—: como estrategia dilatoria para quien quiere evadir su responsabilidad y como consecuencia de la tardanza, intencionada o no, de los trámites administrativos y judiciales. En los procedimientos penales aparece entonces el *fantasma* de la prescripción, por el que la víctima se queda sin justicia y el imputado sin sanción. No obstante, un procedimiento largo puede causar al imputado inconvenientes y afectaciones, sobre todo porque, entre más tiempo pase, más difícil es que la sentencia se apegue a la realidad; sin duda, la principal afectada por estas causas es la víctima o el ofendido por el delito.

Hidalgo Murillo dedica un apartado a criticar la fórmula de la prescripción de la acción penal pública, a la que califica de una institución injusta

²²⁴ *Ibid.*, p. 210.

²²⁵ Adriá Rodés Mateu, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, pp. 28 y 29.

si es que el delito existió, produjo sus efectos y prevalece una víctima u ofendido.²²⁶

La sistematización ofrecida por Hidalgo Murillo contiene el principio de alternatividad, que abarca los criterios de oportunidad, las formas anticipadas de terminación del proceso y el procedimiento abreviado. Esta consideración del autor resulta interesante si se recuerda que Ferrajoli calificó estas instituciones como no esenciales del modelo garantista; sin embargo, sí reconoce que han sido históricamente incluidas en los modelos acusatorios, del que la reforma de 2008 en materia judicial a la Constitución Federal no es la excepción. La interrogante estriba, sin embargo, en cuanto al tratamiento que esas variables procesales ameritan como reglas del debido proceso penal. Hidalgo Murillo explica que los incluye porque, a su parecer, también fueron considerados en la reforma, lo es un error.²²⁷ Afirmar, al referirse al criterio de oportunidad, que, por el contrario, lejos de ser un principio o criterio del debido proceso, implica renunciar al proceso mismo, lo que es solamente uno de los distintos criterios de los procedimientos acusatorios.²²⁸ Para este autor, el principio tiene dos interpretaciones: por un lado, si se repara el daño, es un mecanismo de solución de controversias cuando la ley así lo prevé; y por el otro, si se aplica sin exigir la reparación del daño, es un criterio de oportunidad.²²⁹ Así, las formas anticipadas de terminación del proceso son criterios de celeridad del proceso para la protección de los intereses de la víctima.²³⁰

En el resto de la sistematización dicho autor expone un acomodo y clasificación de criterios propios presentes en la mayoría de las consideraciones del debido proceso penal: en el principio de legalidad agrupa la igualdad ante la ley, la fundamentación y motivación, la interpretación restrictiva y la irretroactividad de la ley, y distingue la legalidad penal, a la que Ferrajoli llama estricta legalidad. Afirmar, además, el principio de única persecución, por el cual nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto mediante una sentencia firme.²³¹ Desarrolla los derechos de libertad personal (en los que incluye los derechos de las personas privadas de su libertad), el derecho a la integridad personal

²²⁶ J. D. Hidalgo Murillo, *Debido proceso penal...*, *op. cit.*, p. 215.

²²⁷ *Ibid.*, pp. 219 y ss.

²²⁸ *Ibid.*, p. 221.

²²⁹ *Idem.*

²³⁰ *Ibid.*, p. 235.

²³¹ *Ibid.*, p. 256.

(del que destaca la prohibición de la tortura) y el derecho a la seguridad personal, que debe incorporar tanto a las personas imputadas como a los testigos, peritos, oficiales de policía y la propia víctima.²³²

Respecto del principio de legalidad, Claus Roxin afirma:

Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una detención arbitraria o excesiva del Estado [...]²³³

Por su parte, Bustos Ramírez formula la siguiente precisión:

El principio de legalidad es un límite al *ius puniendi* que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea en la creación de la norma, ya sea en la aplicación y de ejecución de la misma está formalizado por medio de la ley. El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley. Los ámbitos garantistas del principio de legalidad comprenden la garantía criminal y penal referida a la creación de normas penales (incriminación primaria); la garantía jurisdiccional y procesal referida a la aplicación de las normas y la garantía de ejecución, referida a la ejecución de la pena (incriminación secundaria).²³⁴

Joaquín Cuello Contreras, por su parte, afirma:

en suma, el último fundamento del principio de legalidad que permite abarcar todas las garantías que lleva implícito, no lo es tanto el de la previsibilidad de los reactivos penales del Estado ni el de seguridad jurídica del ciudadano, de cuya importancia nadie duda, como el de la transparencia de dicha función estatal. Esa transparencia sólo se consigue cuando se legisla para el futuro, para casos que aún no se han dado, lo que garantiza la confianza general en la objetividad del Derecho.²³⁵

En el ámbito internacional, de conformidad con el artículo 7, numeral 2, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la validez de

²³² *Ibid.*, p. 279.

²³³ Claus Roxin, *El Derecho Penal. Parte general. I. Fundamentos de la Teoría del Delito*, p. 137.

²³⁴ Juan José Bustos Ramírez, *Obras completas. I. Derecho Penal. Parte general*, p. 565.

²³⁵ Joaquín Cuello Contreras, *El derecho penal español*, p. 153.

la detención judicial preventiva no sólo está condicionada a la observancia del principio de legalidad (esto es, que las causales de su dictado sean previstas en el Derecho interno), sino, además, a que dichas razones de justificación se adecuen a la Constitución. Este derecho de debido proceso también fue recogido en los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11, numeral 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15).

El autor considera como principio del debido proceso para la víctima la reparación y el resarcimiento, ya que, dado el especial interés de la Constitución Federal por la reparación y el resarcimiento de la víctima, sobre todo a través de los medios alternativos de solución de conflictos, deben ser considerados en el debido proceso en México.²³⁶

Previo a la enunciación de este principio y sus derechos, el autor desarrolla lo que llama principio de impugnación de las resoluciones jurisdiccionales, en el que, además de incluir el derecho a recurrir, atiende el derecho como un recurso efectivo garantizado en los principales instrumentos internacionales, como en el Pacto de San José, al que el autor cita cuando establece que “el imputado y la víctima tendrán derecho a un recurso sencillo, expedito y efectivo cuando consideren violados los derechos al debido proceso que esta ley les confiere”;²³⁷ también incluye el derecho del recurrente, imputado o su defensor, a que no se modifique en su perjuicio la sentencia recurrida. Llama a este principio *non reformatio in peius*.²³⁸

Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée ofrecen otra sistematización de principios y reglas del debido proceso con el rubro “Política criminal y derecho penal sustantivo”,²³⁹ el cual se refiere a los límites impuestos al poder de definición de los procesos de criminalización. Una de las formas en que el Estado puede afrontar los conflictos sociales es a partir de la definición de los mismos como delitos.²⁴⁰ Tal poder de definición, como los autores explican, en tanto facultad del Estado, se traduce en la facultad de perseguir

²³⁶ J. D. Hidalgo Murillo, *Debido proceso penal...*, *op. cit.*, p. 356.

²³⁷ *Ibid.*, p. 350.

²³⁸ *Ibid.*, p. 348.

²³⁹ J. J. Bustos Ramírez y H. Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema...*, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

²⁴⁰ Los autores distinguen entre la criminalización primaria y la secundaria, dependiendo de si el poder de definición es sobre la conducta (primaria) o sobre quien recae la aplicación de la norma —delincuente— (secundaria). *Idem*.

al delincuente que conforma el Derecho Penal subjetivo. Así, lo que distingue al Derecho Penal en la modernidad es su capacidad de imponer límites al poder coactivo del Estado absoluto;²⁴¹ como resultado, se cuenta con la formulación de principios político criminales limitadores del *ius puniendi*, es decir, de aquellas potestades de definición.

Se trata de imponer límites al ejercicio de poder de definición del Estado, límites que abarcan todo el proceso de criminalización, tanto en la definición del delito como del delincuente. Bustos y Hormazábal distinguen entre límites formales y materiales: “no basta simplemente que una norma penal haya cumplido todos los requisitos formales en su tramitación para su entrada en vigor, con lo cual la norma penal quedaría *formalmente legitimada*, sino que es necesario que se mantenga dentro de ciertos límites que la legitiman materialmente”.²⁴² Las limitaciones formales y materiales, a decir de esos autores, dan validez y legitimidad tanto a los procesos de incriminación primaria como secundaria; por ello, es insuficiente que la producción formal de la norma sea legítima (norma formalmente válida): debe cumplir con las exigencias materiales en su aplicación. Así, los autores dividen los principios que limitan aquel poder de definición en límites normativos (los que se derivan de la incriminación primaria y los de la secundaria) y materiales.

Los límites normativos formales, tanto de incriminación primaria como secundaria, son originados —“atravesados”, en palabras de los autores— por el principio de legalidad. A partir de la incriminación primaria se desprenden los siguientes principios: no hay delito ni pena sin ley escrita, no hay delito ni pena sin ley estricta y no hay delito ni pena sin ley previa; ello implica que la ley es la única fuente de delitos y de penas: “cualquier otra fuente del derecho tiene sólo una función complementaria y subordinada para la generación de delitos”;²⁴³ además, por el de ley estricta se excluyen las analogías y las cláusulas generales que, a decir de los autores, “convierten al juez en hacedor de delitos, y también las leyes penales en blanco, que convierten a la autoridad administrativa o ejecutiva en generadora de delitos” (principio de determinación de taxatividad o de tipicidad de las figuras penales);²⁴⁴ por último, sólo las leyes más favorables a las personas pueden tener efecto retroactivo, lo que garantiza la irretroactividad de la ley penal

²⁴¹ *Ibid.*, p. 26.

²⁴² *Ibid.*, p. 27.

²⁴³ *Ibid.*, p. 28.

²⁴⁴ *Idem.*

como principio que “también refuerza el principio de conocimiento por parte del ciudadano y excluye la arbitrariedad del legislador”.²⁴⁵

Para esos autores, es en la incriminación secundaria que los límites se expresan en los principios del debido proceso,²⁴⁶ “que no son otra cosa que una formulación específica en el ámbito del proceso penal de las garantías y derechos individuales de la persona proyectados a su condición de imputado”.²⁴⁷

Desde esta óptica, el contenido de las garantías del debido proceso se contienen en los principios de: 1) no hay culpa sin juicio, 2) no hay juicio sin acusación, 3) no hay acusación sin prueba y 4) no hay prueba sin defensa.

Por el primero, *no hay culpa sin juicio*, “el juicio ha de ser público, con predominio de actuaciones orales, contradictorio y de dilaciones indebidas”;²⁴⁸ de esto se deducen los principios de publicidad y contradicción en su esencia adversarial, con atributos de justicia pronta y de oralidad que favorece la publicidad. En cuanto al principio *no hay culpa sin acusación*, más que distinguir entre quien acusa y quien juzga, sin invasión de funciones, los autores destacan que el juicio se inicia con una acusación formal y que quien instruye debe ser distinto de quien juzga. Del principio *no hay acusación sin prueba* procede el de presunción de inocencia, que obliga a quien sostiene la acusación a acreditar los hechos: “Debe, en consecuencia, probar en el caso concreto todas y cada una de las exigencias del tipo penal”.²⁴⁹ Los autores subrayan la inmediación —producto de este principio— en tanto exigencia de que toda actividad probatoria ha de ser llevada a cabo en el acto jurídico oral en presencia del juez; la inmediación es una garantía procesal para el procesado que le da la oportunidad al juez de valorar la actividad probatoria en proximidad y apreciar aspectos como “la sinceridad de los testigos, la solvencia de los peritos, las declaraciones del acusado y de la víctima”.²⁵⁰ Para terminar, el principio *no hay prueba sin defensa* resulta para todo momento e instancias del juicio una garantía que permite la exigencia de la contradicción. Prohíbe la indefensión y permite que el debate procesal se desarrolle en términos de igualdad entre la acusación y la defensa.²⁵¹

²⁴⁵ *Ibid.*, pp. 28 y 29.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 29.

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ *Idem.*

²⁵⁰ *Ibid.*, pp. 29 y 30.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 30.

Como se aprecia, la sistematización de Bustos y Hormazábal es muy próxima a los principios de Ferrajoli, sólo que aquélla no explica ni alude al vínculo de dependencia de un principio respecto de otro. La novedad en los argumentos estriba en la manera de agruparlos, según se trate de límites formales de incriminación primaria o secundaria y límites materiales, ambos, como se ha explicado, normativos. Precisamente, la originalidad del planteamiento radica en la variable de límite material, que agrupa la dignidad de la persona humana, el bien jurídico y la necesidad de la pena. De la dignidad de la persona humana destacan dos aspectos desde una perspectiva político criminal: su autonomía ética y la indemnidad personal. Por el primero, el Estado jamás puede convertirse en tutor del sujeto ni considerarlo incapaz; por el contrario, el Estado debe estar al servicio de su desarrollo y de las condiciones para ello, de lo que se desprenden los límites a las exigencias que el Estado puede reclamar a las personas. Para los autores, la autonomía ética “es el fundamento de la posibilidad de juzgar y condenar a una persona”; por ello, “la capacidad para responder y la capacidad para exigir del Estado será siempre el tema definitorio y definitivo del sistema penal”.²⁵² Por el segundo, la indemnidad personal implica que la persona y sus derechos son una entidad, por lo que las sanciones del Estado no pueden afectar su esencia con el argumento de que “ella es indemne”; de ahí los límites impuestos al Estado con los que se excluyen las penas degradantes (tormentos, torturas, pena de muerte y presidio perpetuo).²⁵³

El segundo límite normativo material es el *bien jurídico* o principio de lesividad: para evitar la arbitrariedad del Estado en la definición de un conflicto como delito, antes debe precisarse lo que es protegido por el tipo penal; “ello implica la exigencia de que el objeto protegido tenga la condición de bien jurídico y de que quede fuera del ámbito de protección del derecho penal todo objeto protegido que no lo sea”.²⁵⁴ Decidir cuáles objetos merecen protección penal debe ser un aspecto condicionado por los principios que definen la estructura de todo Estado social y democrático de Derecho: la igualdad, justicia y dignidad de las personas, entre los principales. Por ello, “la sola mención de estas reglas y principios ya permite descartar el carácter de bien jurídico de valores como la moral, la tradición o ideas políticas, religiosas o culturales”.²⁵⁵

²⁵² *Idem.*

²⁵³ *Ibid.*, p. 31.

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ *Idem.*

Este límite relevante en cuanto al Derecho Penal es muy utilizado para proteger intereses ideológicos, lo que lo ha convertido en un instrumento selectivo y discriminante que favorece a los sectores hegemónicos. Bustos y Hormazábal explican que, por ejemplo, la protección de cierta moralidad religiosa vulnera el principio de igualdad, porque se privilegia una ideología religiosa sobre las otras.

Del principio del bien jurídico, al reconocer que las personas —en tanto entes autónomos frente al Estado— tienen la capacidad de resolver sus conflictos sin la intervención del Estado, los autores infieren la posibilidad de que el sistema penal se abra a alternativas para la solución de los conflictos, “dando lugar a que puedan para ciertos y determinados casos establecerse sistemas de reparación o mediación, a la vigencia regulada del principio de oportunidad, de modo que pueda también en ciertos y determinados casos prescindirse de la denuncia o acusación penal”.²⁵⁶ A diferencia de Ferrajoli, pero por supuesto sin contradecirlo, los autores mencionados encuentran así un fundamento a los mecanismos alternos de solución de conflictos, en tanto, como se ha afirmado, Ferrajoli no los considera esenciales al modelo garantista.

Bustos y Hormazábal destacan que su postura no surge de la relación de una persona y el Estado, sino de la relación de necesidades entre diferentes sujetos (en su forma más simple, entre dos personas); por ello, distinguen entre derechos fundamentales y bienes jurídicos; estos últimos no pueden considerarse derechos fundamentales ni derechos humanos, cuyo reconocimiento es una conquista frente al Estado, “de ahí que a nuestro juicio carezcan de fundamento las posturas que creen ver en la Constitución la fuente de los bienes jurídicos”.²⁵⁷

Por último, los autores integran el principio de la necesidad de la pena al conjunto de límites normativos materiales al ejercicio del poder de definición del Estado con el argumento de que con ese principio se inició el Derecho Penal moderno, pero “la pena ha de imponerse sólo cuando es necesaria; en caso contrario será pura arbitrariedad. De esta manera se caracterizaba el sistema penal en su conjunto, como institución sólo a ejercerse cuando fuera necesario”.²⁵⁸

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 33

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ *Idem.*

El contenido del principio de necesidad de la pena, a decir de los mismos autores, se ha integrado en el devenir histórico del Estado en la modernidad con subprincipios, que son como expresiones concretas del mismo: 1) *extrema ratio*, 2) subsidiariedad, 3) fragmentariedad, 4) *non bis in idem*, 5) proporcionalidad, 6) consideración de las hipotéticas consecuencias de la incriminación y 7) alternatividad. Por el subprincipio de *extrema ratio* deben agotarse todos los recursos y alternativas políticas de solución del conflicto antes de recurrir al Derecho Penal: “El derecho penal sólo debe imponerse ante la imposibilidad o el fracaso de otras políticas de solución del conflicto”.²⁵⁹ El subprincipio de subsidiariedad “significa que si existe un recurso jurídico menos gravoso que el Derecho Penal para la persona, éste ha de ser prioritario”.²⁶⁰ Sobresale de este argumento que el Derecho Civil (igual que el laboral y el administrativo) resulta prioritario para la reparación pecuniaria del daño frente al Derecho Penal. Según el principio de fragmentariedad, no todo ataque y afectación de un bien jurídico debe ser sancionado penalmente, sólo los más graves. Por este subprincipio “es como se plantea la supresión de determinados delitos por la insignificancia del riesgo para el bien jurídico que representa su comisión”.²⁶¹

En el subprincipio de *non bis in idem* Bustos y Hormazábal identifican una vertiente penal y una procesal: la primera supone que nunca se puede imponer dos penas o dos agravaciones respecto de un mismo hecho o circunstancia; la segunda implica que “un mismo hecho no puede dar lugar a la apertura de dos procedimientos”.²⁶² El subprincipio de proporcionalidad, implica que la pena ha de ser proporcional a la gravedad de la agresión sufrida; para ponderar la gravedad se debe considerar la importancia del bien jurídico, la intensidad de su afectación y los aspectos subjetivos referidos a la acción (como el dolo, la imprudencia o los referidos al sujeto mismo).²⁶³

Mención especial merece el subprincipio de considerar las hipotéticas consecuencias de la incriminación, interesante porque es una denominación poco común. Se refiere, en efecto, a la conveniencia de ponderar, antes de definir una conducta como delito, si los efectos sociales que producirá la prohibición o mandato serán o no benéficos tras la aplicación. Los autores infieren de este subprincipio, cuando se trata de incriminación secundaria,

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 34.

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ *Idem.*

²⁶² *Ibid.*, p. 35.

²⁶³ *Idem.*

la posibilidad para el Ministerio Público de disponer del principio de oportunidad y “renunciar al ejercicio de la acción penal en ciertos y determinados casos cuando las consecuencias de la aplicación de la ley puedan producir más perjuicios que beneficios”.²⁶⁴ De nuevo en este supuesto los autores encuentran “un acomodo” al principio de oportunidad —incluido en la reforma judicial a la Constitución Federal de 2008—, considerado por Ferrajoli un principio no esencial en la estructura de un modelo puramente garantista.

Por último, los autores consideran el subprincipio de alternatividad como parte integral de ese conjunto de subprincipios que dan contenido al principio de necesidad de la pena. En él se identifican dos vertientes, una interna y otra externa; según la primera, el juez dispone de un abanico de penas entre las que puede elegir con fundamento alguna o incluso ninguna; por la vertiente externa,

el derecho penal debe abrirse en ciertos y determinados supuestos a alternativas diferentes que posibiliten la solución de conflictos como la mediación o sistemas de reparación, sin perjuicio que se establezcan las previsiones legales, tanto en el ámbito penal como el procesal, para evitar el abuso y la arbitrariedad.²⁶⁵

Al igual que el penúltimo de los subprincipios, el de alternatividad no suele ser incluido en sistematizaciones como las analizadas; aquí también los autores encuentran “acomodo” o consecuencia de la mediación y sus variantes como alternativas a la justicia penal y la pena privativa de libertad. Es evidente que los mecanismos de solución de controversias contenidos en los modelos procesales penales denominados acusatorios, si bien tienen como esencia priorizar la reparación del daño, también constituyen una alternativa a la pena privativa de libertad. Aunque lo anterior no es esencial a un modelo garantista —según los argumentos de Ferrajoli—, este tipo de alternativas —como el propio Ferrajoli reconoce— sí son consideradas en modelos procesales acusatorios. En este caso es importante destacar la manera como Bustos y Hormazábal acomodan la alternatividad en la sistematización de principios y subprincipios que limitan las potestades punitivas del Estado y son garantes de los derechos fundamentales.

²⁶⁴ *Ibid.*, pp. 35 y 36.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 36.

CAPÍTULO 4

REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2008 Y 2011. SUS CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO

I. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA PENAL MEXICANA ANTES DE LA REFORMA JUDICIAL DE 2008

Los cambios democráticos para una justicia penal determinada surgen primero en rango constitucional. Por tal razón, en materia del debido proceso legal, las reformas de los últimos años a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos han contribuido como nunca antes a la democratización de los sistemas de justicia penal. En 2005 se reformó el artículo 18, y con ello la justicia penal para adolescentes en conflicto con la ley penal; en 2008 se publicó el decreto por el que se reforman varios artículos en materia judicial, entre los cuales los más importantes para este análisis son los siguientes: 16, 17, 18, 19, 20 y 21.

Con fecha 10 de junio se publicó el decreto que cambia la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esa reforma repercute en materia de derechos humanos en tanto se aboca a principios y mecanismos de protección de los mismos en el orden constitucional, lo que significa un paso importante en la consolidación democrática del Estado Mexicano.

La reforma tiene como punto de inicio el cambio de denominación del Capítulo I del Título Primero, que se nombraba “De las Garantías Individuales” y que ahora se llama “De los Derechos Humanos y sus Garantías”; esto es importante no sólo por el simple cambio de nomenclatura, sino por la reestructuración de principios rectores que amplían y fortalecen los dere-

chos humanos de las personas y la protección de su dignidad.²⁶⁶ Quizás el corazón de esta reforma está en las modificaciones hechas al artículo 1o. de la Constitución Federal.

La reforma a este artículo y su trascendencia en materia del debido proceso legal motivan las reflexiones del presente trabajo de investigación con base en dos interrogantes: ¿se complementan la reforma constitucional en materia de derechos de 2011 con la acaecida en 2008 en materia judicial? y, como resultado, ¿tiene algún beneficio en materia del debido proceso legal la reciente reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal?

En el año 2003 la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (OACNUDH México) publicó lo que denominó un “Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México”.²⁶⁷ En el prólogo del documento²⁶⁸ se afirma que el diagnóstico pretendió identificar las causas estructurales de las violaciones a los derechos humanos en México con la intención de realizar propuestas viables, de acuerdo con el presupuesto —como se asentó— de que todo análisis de la política y de las instituciones de un país tiene que basarse en una relación fáctica del grado de realización de los derechos y en la identificación de las principales deficiencias. En el texto se alude a la visión del Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas respecto de la cooperación en el sistema para ayudar a los Estados miembros a desarrollar y fortalecer sus sistemas nacionales de protección a los derechos humanos con base en la concepción de que en un sistema tal la Constitución y las leyes de un país deben ser el reflejo de las normas internacionales de los derechos humanos, y sus tribunales, actuar en conformidad con esas leyes.

El documento que contiene el diagnóstico toca diversos temas de derechos humanos de especial relevancia para este trabajo de investigación, sobre todo los contenidos en los capítulos 1 y 2, que tratan sobre la incorporación de México al sistema internacional de protección de los derechos humanos y el sistema de justicia, respectivamente.

²⁶⁶ Así se asienta en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 10. Consulta: 7 de septiembre de 2011.

²⁶⁷ Documento impreso en México por Iprint y distribuido por Mundi-Prensa México.

²⁶⁸ Firmado por el entonces representante de la OACNUDH México, Anders Kompass, el 8 de diciembre de 2003 (*ibid.*, pp. V y VI).

Fruto del diagnóstico realizado, en el documento se propone al presidente de la República una serie de Recomendaciones, con el cometido²⁶⁹ de avanzar en el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En la recomendación 1, en el rubro de alcance general, se establece:

Reformar la Constitución para incorporar el concepto de derechos humanos como eje fundamental de la misma, y reconocer a los tratados de derechos humanos una jerarquía superior a los órdenes normativos federal y locales, con el señalamiento expreso de que todos los poderes públicos se someterán a dicho orden internacional cuando éste confiera mayor protección a las personas que la Constitución o los ordenamientos derivados de ella.²⁷⁰

Se deduce con facilidad que este documento, y en concreto esta recomendación, son un antecedente de la reforma acaecida en junio de 2011, cuya preocupación central consistió en elevar la categoría “derechos humanos” a rango constitucional y dotar de mayor jerarquía a los tratados internacionales, aspectos contenidos en el cambio de denominación del Capítulo I, Título Primero, y en el artículo 1o.

Esta recomendación utiliza el principio *pro personae*, incluido en el texto reformado del artículo 1o., quizá sólo con el matiz de que la recomendación privilegia la preservación de los derechos en los tratados internacionales por sobre la Constitución y demás legislación interna. La reforma lo expresa diferente pero significa lo mismo, pues al final se trata de aplicar el orden jurídico que mejor proteja a las personas.

El documento contiene asimismo recomendaciones al sistema de justicia²⁷¹ en los puntos 11 y 12, que sin duda son antecedente a su vez de la reforma constitucional de junio de 2008 en materia judicial. En el texto de la recomendación número 11 se argumenta la necesidad de promover una profunda transformación en el sistema de justicia para abandonar el modelo de enjuiciamiento penal inquisitorio, entre otros aspectos que finalmente se lograron en aquella reforma constitucional. Lo que es de relevancia para este libro (que pretende un cruce entre la obligatoriedad de los tratados internacionales y los presupuestos del debido proceso legal contenidos en ellos, con la forma en la que el Derecho interno mexicano los consagra) es el proceso de

²⁶⁹ *Ibid.*, p. VII.

²⁷⁰ *Idem.*

²⁷¹ *Ibid.*, p. VIII.

transición que vincula ambas reformas constitucionales, en correspondencia con la reciente en materia de amparo.

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2008, también conocida como “reforma judicial”, supone una transformación significativa hacia variables más democráticas de la justicia penal. La reforma tuvo como finalidad instaurar un modelo procesal de tipo acusatorio, lo que significa la incorporación de principios rectores eje que no estaban —o no lo estaban debidamente— consagrados en la Carta Magna.

La incorporación de nuevos principios y la consecuente transformación del modelo procesal dio un giro importante a las inercias inquisitivas de un modelo mixto en su composición y con principios rectores de naturaleza acusatoria pero que había arraigado instituciones de origen inquisitivo a las que había universalizado.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008

La trascendencia de las reformas de los recientes años no es menor. En 2005 se reformó el artículo 18 constitucional²⁷² y se sentaron las bases de un modelo garantista de justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal. En ella se utilizó por primera vez en la Constitución Federal la expresión “debido proceso” y se estructuró un modelo procesal acusatorio y garantista que anticipó la reforma que tres años más tarde sentó las bases de una justicia penal cimentada en reglas más definidas de un modelo del debido proceso legal (mucho más depurado que las inserciones de las mismas en un modelo de corte mixto, más anclado en variables inquisitivas).

En efecto, la reforma judicial de 2008, publicada el 18 de junio de aquel mismo año, modificó el contenido, entre otros, de los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, y con ello robusteció no sólo las reglas del debido proceso legal, sino el propio modelo de justicia procesal (acusatorio), que hace más viable el respeto a los derechos de esta naturaleza.

Uno de los artículos que sufrió modificaciones más profundas y que es de suma relevancia para esta reflexión fue el 20, en el que se agregó un tercer apartado, se cambió el orden y se incorporó una serie de derechos y

²⁷² Decreto publicado el 12 de diciembre de 2005, por el que se declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorren en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

principios dignos de analizar. El artículo desde entonces contiene tres apartados, A, B y C, denominados: de los principios generales, de los derechos de toda persona imputada y de los derechos de la víctima o del ofendido, respectivamente. Su contenido motiva algunas interrogantes para el presente libro: ¿por qué la reforma distingue entre derechos y principios, al consagrarlos en apartados diferentes?, y ¿pueden los derechos consagrados para las víctimas o los ofendidos considerarse derechos del debido proceso legal? Esta segunda pregunta ya fue respondida de cierta manera en tanto se afirma que los derechos del debido proceso legal son amplios y no se reducen sólo a los derechos de los imputados; por tanto, si de reglas procesales que limiten los abusos de autoridad se trata, la víctima también requiere de esos derechos para protegerse de abusos eventuales y omisiones. Sin embargo, la primera pregunta es de difícil solución. De lo hasta ahora estudiado se puede deducir que, por un lado, por lo general se toman como sinónimos en tanto siempre se hace mención a unos principios como derechos y viceversa; por otro lado, es posible afirmar que los principios aparecen como posturas más generales de las que se derivan o se pueden extraer derechos. En este trabajo se ha caído quizás en la irresponsabilidad de proporcionar este doble trato.

La reforma incluyó una serie de principios en el 20 constitucional a los que a continuación se hace referencia. Si bien el apartado A se denomina *de los principios generales*, el primer párrafo, anterior a los apartados, establece que el proceso penal se rige por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, principios que se pueden deducir del texto de las fracciones del apartado A.

De este modo, los principios de *publicidad* y *contradicción* están contenidos en la fracción IV, la cual establece que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrolla de manera pública, contradictoria y oral; la publicidad implica que cualquier persona puede acudir a las audiencias preliminares o del juicio. De este principio nace el derecho a ser juzgado en audiencia pública, como ya se ha analizado.

El principio de *contradicción*, por su parte, está contenido además en la fracción VI, que prevé que ningún juez puede tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra; asimismo, la fracción V establece que las partes tienen igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa. La *concentración* es un principio esencial para que los juicios sean equitativos; por ello, de estos presupuestos también se puede deducir el principio de *igualdad procesal*, según el cual

en toda audiencia deben estar las dos partes, acusado y abogado, por un lado, y víctima u ofendido y el Ministerio Público, por el otro.

El principio de *concentración* supone que en la audiencia debe concentrarse el desahogo de pruebas, por lo que solamente se consideran como tales las presentadas en la audiencia a juicio. Así se prevé en la fracción III del apartado B del artículo 20 en cita. La fracción también establece que la ley marca los casos de excepción para admitir en juicio la prueba anticipada.

El principio de *continuidad* no figura en ninguna de las fracciones del apartado B del artículo comentado; se refiere, sin embargo, a las audiencias de juicios, que aun cuando duran varios días se consideran continuas para evitar juicios que tarden años, como ocurre en el modelo procesal (mixto de tendencias inquisitivas), que aún se padece en este periodo de vigencia de ambos modelos.

Por último, el principio de *inmediación*, contenido en la fracción II del apartado del artículo en cita, obliga al juez a presenciar todas las audiencias (no puede nombrar a nadie en su representación). La fracción establece que toda audiencia se desarrolla en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas.

Otro principio considerado en el apartado es el que se refiere a *la carga de la prueba*, consagrado en la fracción V, en la que se establece que la demostración de la culpabilidad corresponde a la parte acusadora. Este principio es consecuencia directa del derecho del imputado a que se presuma su inocencia y orienta la investigación hacia el lado contrario de como se venía haciendo, por lo que ahora el acusado no está obligado a probar.

Un tema interesante para comentar es el principio contenido en la fracción I del apartado y artículo en cita, por el que se establece el objeto mismo del proceso penal: esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Aunque por la redacción resulta difícil enunciarlo como un principio, esta fracción es evidencia clara de que se ha pretendido implementar un modelo garantista de Derecho Penal, enunciación de la que resultan la objetividad, la imparcialidad y la igualdad procesal, entre otras variables.

Hay que reconocer que, salvo el régimen para la delincuencia organizada, la reforma constitucional de 2008, a la que se identifica como reforma judicial, contiene casi todas las previsiones de los derechos del debido proceso legal que aparecen en los instrumentos internacionales a los que México está adherido. No puede ser de otra manera si se considera que la misma pretende transitar del modelo de justicia procesal penal hacia variables acu-

satorias; sin embargo, una *vacatio legis* como la prevista por aquella reforma de hasta ocho años muestra que el impacto de los derechos sustantivos y procesales ha sido más bien lento. De ahí que la reforma del 10 de junio de 2011 cobre mayor relevancia para este tema en particular.

En efecto, el artículo transitorio segundo de la reforma establece que el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16 (párrafos segundo y decimoquinto), 17 (en sus párrafos tercero, cuarto y sexto), 19, 20 y 21 (en su párrafo séptimo) entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo máximo de ocho años. Esto quiere decir que en tanto la Federación, los estados y el Distrito Federal pongan en vigor, en el ámbito de sus respectivas competencias, las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios para incorporar tal sistema, como lo prevé el segundo párrafo del mismo artículo transitorio, estarán vigentes en este país ambos sistemas: el acusatorio, producto de la reforma, y al que se denomina mixto-inquisitivo o viejo sistema.

1. Variables democráticas

A. Incremento de los derechos para los inculcados y restricción a las potestades punitivas del Estado

Al implicar la reforma de 2008 el tránsito hacia un modelo procesal acusatorio, los derechos de los involucrados (imputados y víctimas) en su mayoría se vieron incrementados. El artículo 20 de la Constitución Federal, en donde tales derechos se albergan, sufrió una transformación importante por el incremento no sólo de derechos de imputados y víctimas, sino además de principios rectores que soportan e incrementan sus derechos en un modelo procesal mucho más adecuado para su consagración y respeto.

Así, se agregó un apartado más al artículo, quedando en el A los principios generales, donde se asienta el objeto del proceso penal, lo que robustece los derechos de los imputados y de las víctimas en lo que se refiere a su derecho a la reparación; además se consagran los principios que dan vida a un modelo procesal más respetuoso de los derechos fundamentales, a saber: intermediación, concentración, publicidad, contradicción, carga de la prueba e igualdad procesal. Gracias a estos principios se garantizará la presencia del juez en las audiencias, se considerarán como pruebas únicamente las desahogadas en la audiencia a juicio, se priorizará la oralidad y por

ende la publicidad para el mejor ejercicio del contradictorio, se refuerza la presunción de inocencia al obligar a la acusación a demostrar la culpabilidad del imputado y se refuerza el equilibrio procesal por la igualdad de derechos.

Quizás entre los derechos incorporados el de más valía es el de que se presuma la inocencia mientras no se declare responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa. Este derecho es una parte fundamental de la esencia del modelo procesal acusatorio y deja, como ya se ha visto, la carga de la prueba en quien acusa; además, se complementa este derecho con el fortalecimiento del derecho a una defensa adecuada al suprimirse la condición de que las personas cuyo testimonio se solicite deban estar en el lugar del proceso y al eliminar también la figura de la defensa de persona de confianza, exigiéndose la defensa por abogado titulado, con lo que se mejorará la calidad de la defensa.

B. Incremento de los derechos para las víctimas

En un recuento temporal, que en México no va más allá de dos décadas, se puede observar la incorporación paulatina, aunque lenta, de derechos para las víctimas de los delitos de rango constitucional.

Que en el país no se atendiera el tema de los derechos de las víctimas sino hasta la década de 1990 no es más que el reflejo del desinterés generalizado por un tema que tardó mucho tiempo en entrar en el ánimo de penalistas y criminólogos, pero sobre todo de los legisladores, debido a las pocas posibilidades de incorporar a la víctima en un procedimiento penal que le era del todo ajeno, un Derecho Penal que no fue concebido para atenderla, protegerla ni mucho menos para asistirle y repararla.²⁷³

En efecto, el Derecho Penal de la modernidad, nacido a la luz del Derecho y del Estado moderno, cimentó sus bases en principios humanistas en

²⁷³ El Derecho Penal de la modernidad se concibió con base en las inercias de la defensa social, se instrumentó para proteger a la sociedad organizada y reaccionar ante quienes atentan contra ella. Es un Derecho Penal por tanto de orden público, creado para atender un problema considerado sólo entre el Estado y el transgresor de la norma, para reaccionar en contra de quienes infringen las leyes penales, precisamente por infringirlas. Un Derecho Penal que no sólo olvidó a la víctima sino que la excluyó, expropiándole las potestades de que —en una concepción premoderna— hasta entonces había gozado. En este sentido, véase la obra de mi autoría *Derecho victi-mal...*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

los que el Estado se erige como garante de los derechos de las personas y utiliza como su principal herramienta el Derecho Penal. Éste se legitima como garante de los intereses colectivos en favor de una convivencia armónica, que evita la venganza de la víctima y reprime los delitos en tanto afectaciones del orden jurídico establecido.

El desarrollo del Derecho Penal en la modernidad evidenció una preocupación paulatina y creciente en las garantías de los imputados frente a la justicia penal; ello propició el advenimiento de derechos sustantivos y procesales para los imputados de delitos, para garantizarles un juicio y una sanción justa. Sin embargo, tal inercia no favoreció a las víctimas de los delitos: ellas no formaron parte en un procedimiento (penal) de naturaleza pública, y por ende no requerían de derechos frente a la justicia penal. Gracias a la preocupación intelectual primero,²⁷⁴ y después jurídica de las víctimas, quienes poco a poco obtendrían un papel importante frente a la justicia penal, ese panorama ya no se repetirá. Así, aquel desinterés generalizado al que se ha aludido (que no es privativo de este país, ya que si bien otras naciones con la misma tradición jurídica incorporaron antes a la víctima en sus preceptos jurídicos, lo cierto es que la diferencia nunca fue significativa) desaparecerá ante una cada vez más creciente preocupación por la víctima en el Derecho Penal. Quizá lo que detonó ese interés fue, por supuesto, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder,²⁷⁵ pero sin duda la transformación de los sistemas de justicia penal iniciados en las últimas décadas del siglo pasado y lo que va del presente hacia variables más democráticas ha facilitado o propiciado la incorporación de la víctima en los preceptos legales.

Es evidente que tal inclusión ha obedecido a razones particulares según el sistema jurídico y que las peculiaridades del proceso mismo de incorporación varían en forma y temporalidad; sin embargo, este trabajo no pretende un ejercicio comparado sino identificar los matices con los que en México se ha dado esa lenta incorporación.

²⁷⁴ Los orígenes de la Victimología, disciplina que se encarga del estudio de la víctima, se remontan al término de la Segunda Guerra Mundial como reacción, a decir de algunos autores, a la macrovictimización del Holocausto. Los primeros trabajos en la materia se atribuyen a Benjamín Meldenshon y a Hans Von Hentig. Véase José Adolfo Reyes Calderón y Rosario León-Dell, *Victimología*, p. 7-9.

²⁷⁵ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985.

En casi dos décadas la Constitución Federal ha incorporado los derechos para las víctimas u ofendidos de los delitos en cuatro reformas constitucionales. Con algunas diferencias, no en todos los casos significativas, las cuatro reformas suponen siempre la ampliación de los derechos de las víctimas u ofendidos y, por ende, la mejora en su estatus frente a la justicia penal.

Qué significado tiene este proceso creciente de incorporación de derechos humanos de la víctima en el Derecho Penal y cómo influye en el proceso de democratización de la justicia penal son las interrogantes a contestar de acuerdo con la hipótesis de que la inclusión de la víctima —a través de derechos— en la justicia penal es una unidad de medida del proceso democratizador de los sistemas de justicia penal.

a) La reforma penal de 2008 en materia de víctimas

El apartado C, motivo especial de interés en este libro, se denomina “De los derechos de la víctima o del ofendido”. Contiene ahora siete fracciones en las que se relacionan los derechos ya consagrados desde la reforma anterior, pero la mayoría se amplían y se precisan mejor; otros se transformaron pero al mismo tiempo integraron nuevos derechos.

Los derechos ya consagrados que no fueron objeto de modificación alguna sólo fueron dos: los contenidos en las fracciones I y III, ahora trasladados al apartado C, que consagran en los mismos términos el derecho a recibir asesoría jurídica y el derecho a recibir asistencia médica y psicológica de urgencia, respectivamente.

Los derechos que sufrieron modificaciones por adición fueron: 1) el derecho de coadyuvar con el Ministerio Público, consagrado en la fracción II, al que además se añade el derecho a intervenir en juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley, y 2) el derecho a que se le repare el daño, contenido en la fracción IV, en el que a la obligación del Ministerio Público de solicitar la reparación del daño se adicionó: “sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente”.

Dos derechos fueron transformados en sus supuestos y condiciones específicas en las fracciones V y VI: el derecho a no carearse y el derecho a solicitar medidas y providencias para su seguridad y auxilio.

La fracción V de la reforma del año 2000 experimentó una importante transformación; de hecho, se puede afirmar que se trata de un derecho nuevo, pues consagra el derecho de las víctimas menores de edad a no carearse con su agresor cuando se trate de delitos de violación y secuestro, para con-

sagar ahora de manera expresa y sin aludir a los careos el derecho al resguardo de la identidad de la víctima y otros datos personales en los casos de: 1) menores de edad, 2) delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada y 3) cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. La amplitud de la protección otorgada a las víctimas en esta nueva redacción es por demás significativa en tanto no alude al derecho a no carearse, ahora inexistente para el imputado, sino al resguardo de la identidad misma; los supuestos previstos para el resguardo de la identidad son mucho más amplios que aquéllos para no carearse, pues incluye a los menores de edad, sin importar el delito de que se trate; agrega a los delitos de violación y secuestro el de delincuencia organizada, sin importar la edad, y establece un tercer criterio de márgenes muy amplios al dejar a juicio del juzgador cualquier caso cuando lo considere necesario para la protección de la víctima.

La misma fracción adiciona un nuevo párrafo que obliga al Ministerio Público a garantizar la protección de las víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso, y constriñe a los jueces a vigilar el buen cumplimiento de esa obligación. Este párrafo es relevante en tanto reconoce la vulnerabilidad de los otros sujetos que intervienen en el proceso penal y su potencialidad de ser victimizados, más allá de la propia víctima, el ofendido por el delito o el propio imputado.

Por su parte, la fracción VI modificó el contenido del derecho que consignaba la potestad de solicitar las medidas y providencias que la ley señale para su seguridad y auxilio, al agregar el calificativo de “cautelares” a las medidas, precisar que éstas y las providencias son necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y quitar la expresión: “que la ley señale para su seguridad y auxilio”.

Por último, esta reforma adiciona una fracción y por tanto un derecho más, respecto del contenido anterior, al prever como fracción VII el derecho a impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

El apartado C del artículo 20 Constitucional quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

[...]

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación;

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

La relevancia de esta reforma, por lo que se refiere a víctimas del delito, es enorme en tanto no sólo se trata de la adición de más derechos en el reagrupado apartado C del artículo 20, sino que las modificaciones a los artículos 17, párrafo tercero; 18, párrafo sexto, y 21, párrafo segundo, suponen la consagración de más potestades y dan pauta para consolidar su presencia en los procedimientos penales. Así, los artículos 17, párrafo tercero, y 18, párrafo sexto, prevén la creación —por la legislación secundaria— de

mecanismos alternativos de solución de controversias (el artículo 17, al hablar del derecho a la administración de justicia, y el 18, al referirse a la justicia para adolescentes).²⁷⁶

A reserva de atender el tema con mayor profundidad en páginas posteriores —como para el resto de los derechos hasta ahora sólo enunciados—, se adelanta que los mecanismos alternativos de solución de controversias son una vía rápida para resolver el problema y obtener una pronta reparación del daño a través de la negociación, en la que, en mayor o menor medida, la víctima o el ofendido son los protagonistas y por lo regular terminan otorgando el perdón a su agresor. Todo ello trasciende al considerar el tiempo y dificultades que un procedimiento penal conlleva, además del desgaste emocional, fisiológico y económico, pero sobre todo por el derecho dado a la víctima de decidir si otorga su perdón y negocia la reparación o si, por el contrario, sujeta a su agresor al procedimiento penal.

Si bien no está establecido como un derecho *ex profeso* para las víctimas, la reforma al artículo 21 de esa fecha contiene un derecho de decisiva importancia, que incluye también a las víctimas u ofendidos por el delito. En el párrafo segundo, afirma que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público y aclara que la ley determinará los casos en los que los particulares —víctimas u ofendidos también, por supuesto— podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. Que este párrafo no se encuentre relacionado en el apartado C del 20 constitucional obedece a que, por un lado, no se trata de un derecho exclusivo para las víctimas (como también es el caso del derecho a la justicia o al trato digno) pero las incluye, y por otro lado, es una excepción al precepto que contiene la potestad del Ministerio Público de ejercer la acción penal, consignado en aquel párrafo segundo del aludido artículo 21.

Esta posibilidad nunca antes consignada rompe con el monopolio que siempre había tenido el Ministerio Público de ejercer la acción penal y significa una diferencia abismal en lo que se refiere a la participación de la víctima en la justicia penal. Se abre así la posibilidad de otorgarle un protagonismo directo al considerarlo como eventual actor de un juicio que, como en materia civil, lo convertiría en parte del proceso mismo, si así lo quisiera prever la legislación secundaria. Esto va mucho más allá de la simple

²⁷⁶ Según especifica el artículo 18 en su párrafo cuarto, se establecerá un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad.

coadyuvancia con el Ministerio Público, por lo que significa un gran logro en materia de víctimas y una evolución importante en la manera como se han ido consignando sus derechos.

A la letra, los artículos 17, párrafo tercero; 18, párrafo sexto, y 21, párrafo segundo, todos de la Constitución Federal, a partir de la reforma en comento, quedaron como sigue:

Artículo 17

[...]

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Artículo 18

[...]

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará solo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Artículo 21

[...]

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

Esta reforma tuvo como finalidad principal transitar hacia un modelo procesal penal acusatorio. Así se evidencia en el contenido del párrafo primero del artículo 20, al establecer que el proceso penal será acusatorio y oral, pero también en el contenido en general de los artículos 16 (párrafos segundo y decimotercero), 17 (párrafos tercero, cuarto y sexto), 19, 20 y 21 (párrafo séptimo). Esto motiva una breve pero necesaria reflexión respecto de dos cuestionamientos —uno dependiente del otro— de gran interés para este libro: primero, si se transita hacia un modelo procesal acusatorio, ¿desde dónde se transita?, y segundo, resultado de lo anterior, si se trata de un modelo centrado en apariencia en principios que contienen reglas del debi-

do proceso legal a manera de derechos a favor de los inculpados, ¿cómo es que un modelo procesal acusatorio debe beneficiar también a las víctimas o a los ofendidos por el delito?

Para atender la primera interrogante, esto es, ¿desde dónde se transita?, resulta necesario aludir brevemente a la distinción histórica, de carácter teórico —no siempre compatible— entre dos modelos de justicia penal a los que se reconoce como *sistema acusatorio* y *sistema inquisitivo*. Hay que precisar que se trata de modelos de justicia penal estructurados de acuerdo con un modelo de Estado moderno (de Derecho) que no cuenta con más de doscientos años de historia: el *inquisitivo*, anclado a una tradición autoritaria mucho más antigua y, como afirma Ferrajoli, nunca realmente interrumpida,²⁷⁷ y el otro, más adecuado al modelo de Estado y de Derecho de pretensiones democráticas. Como se ha dicho, no se trata de modelos puros, sobre todo si se reconoce que sus bases teóricas obedecen, en mayor o menor medida, a variables legislativas contingentes, determinadas por dinámicas histórico políticas incluso a manera de compromisos. Esto ha llevado a considerar a ciertas instituciones propias de una tradición como válidas en la otra. Por ejemplo, el carácter público y no privado de la acusación, propio de una tradición inquisitiva, terminó por afirmarse en la época moderna como universalmente válida en modelos presumiblemente acusatorios. Sin embargo, una distinción elemental conduce a asociar al *sistema acusatorio* con un modelo garantista y al *sistema inquisitivo* con un modelo autoritario. En un intento de caracterización básica de ambos sistemas, de acuerdo con Ferrajoli,²⁷⁸ son distintivas del *sistema acusatorio* la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio; en tanto, son características de un *sistema inquisitivo* la iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre la acusación y la defensa y el carácter estricto y secreto de la instrucción. Existen, sin embargo, elementos de un sistema de tendencias garantistas en modelos más autoritarios y viceversa (por ejemplo, presencia de la discrecionalidad de la acción penal y la sujeción de los órganos de la acusación, de origen acusatorio, en modelos inquisitivos, o la presencia de la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal, propia de sistemas inquisitivos, en modelos garantistas).

²⁷⁷ L. Ferrajoli, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 41.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 563.

Se trata, luego entonces, de sistemas con tendencias en mayor o menor medida garantistas o más o menos autoritarias que fueron llamados con sin-fín de clasificaciones de sistemas de justicia penal para finalmente ser distinguidos como mixtos. Sin ánimo de entrar al análisis de tales clasificaciones, no siempre homogéneas, hay que resaltar que los sistemas jurídico penales tienden a caracterizarse con variables de ambas tendencias (por supuesto, el sistema penal mexicano no es la excepción). Por ello, no se puede afirmar, en una reflexión seria —en busca de dar respuesta a la primera pregunta— que se transita de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio, aunque sí, por el contrario, que el tránsito se da de un modelo mixto distinguido por tendencias mayormente inquisitivas hacia un modelo de características principalmente acusatorias y, por ende, más garantista.

Aclarado esto, y en atención a la segunda pregunta, ¿por qué este modelo, a partir de ahora reformado, puede y debe resultar más benéfico para la víctima u ofendido por el delito?, hay que hacer dos acotaciones. Primero, que se trata de un modelo cuyo origen es el principio acusatorio de separación entre el juez y la acusación, y como se ha dicho ya en líneas anteriores, se trata del calificativo que se da a un sistema garantista cuya esencia no es solamente “garantizar” la defensa del imputado, sino el apego a tres principios rectores: 1) proteger al imputado de la fuerza del Estado que le inculpa (juzga), 2) proteger al imputado de la venganza de la víctima y 3) proteger a la víctima por la agresión sufrida. Segundo, que los sistemas acusatorios se pueden relacionar con diversos sistemas de garantías, y por tanto tienden a favorecer no sólo el reconocimiento de derechos y garantías para las víctimas de los delitos, sino su participación directa en el proceso penal merced a principios como el de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, la carga de la prueba y la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes; de ahí la trascendencia de la adición al párrafo segundo del artículo 21.

En este sentido, un modelo procesal penal acusatorio consagra principios indispensables para una justicia más respetuosa de los derechos de los involucrados, tanto víctimas como imputados; por ello, la incorporación de derechos sustantivos y de relevancia procesal, que permiten al individuo no únicamente negociar su reparación sino protagonizar la acusación, hacen al proceso penal mucho más compatible y amigable con las necesidades y pretensiones de las víctimas, y ofrece mejores posibilidades de consagración y respeto a sus incrementados y mejor elaborados derechos.

Por último, la transición hacia un modelo procesal acusatorio está contemplada en los artículos transitorios de esta reforma, los cuales establecen los momentos o pasos en los cuales, de manera paulatina y en el transcurso de hasta ocho años, irá entrando en vigor. El presupuesto general contenido en el artículo 1o. transitorio es que el decreto entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación, lo que significa que si esta reforma fue publicada el 18 de junio del 2008, está vigente a partir de día 19 del mismo mes y año; sin embargo, el propio artículo señala una serie de excepciones contenidas en el resto de los artículos transitorios. Así, el artículo 2o. transitorio establece que el sistema procesal acusatorio previsto en los artículos 16 (párrafos segundo y decimotercero), 17 (párrafos tercero, cuarto y sexto), 19, 20 y 21 (párrafo séptimo) de la reforma entrarán en vigor cuando lo disponga la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años contados a partir de la entrada en vigor del decreto. Para efecto de los derechos de las víctimas, atendiendo a estas disposiciones transitorias, su entrada en vigor depende de los momentos en que la legislación secundaria tanto del fuero federal como del común implementen el sistema de justicia procesal penal acusatorio.²⁷⁹ En una interpretación estricta de lo previsto en esos artículos transitorios, se entiende que los derechos de las víctimas u ofendidos han entrado en vigor en las entidades federativas que tienen ya un modelo procesal penal acusatorio, no así en el resto de la República ni en materia del fuero federal. No obstante, en una interpretación más amplia de los mismos, en cuanto a los derechos de las víctimas se refiere, contenidos en el artículo 20 constitucional, parecería que la actualización de éstos no depende de la implementación del sistema procesal penal acusatorio, lo que significa que pueden aplicarse ya los que no dependen de un modelo tal.²⁸⁰

²⁷⁹ Hasta octubre de 2011 nueve entidades federativas presentan avances significativos en la implementación de la reforma penal de 2008 y de un modelo procesal penal de tipo acusatorio, a saber: Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Yucatán y Zacatecas. Véase reforma legal en los estados en <http://www.setec.gob.mx/reformac2.htm>. Consulta: 28 de septiembre de 2011.

²⁸⁰ Lo cual requeriría de una investigación empírica de lo que sucede al respecto en los sistemas procesales de las entidades federativas que aún no han transitado al modelo procesal penal acusatorio.

2. Variables represivas

A. Restricción de los derechos de los inculpados y los derechos de las víctimas

La reforma de 2008 trajo una mejora en términos generales tanto de los derechos de los imputados como de las víctimas u ofendidos por el delito, gracias sobre todo a la incorporación de variables procesales acusatorias. Como quedó ya asentado, un modelo procesal acusatorio es más democrático y, por ende, más respetuoso de los derechos humanos de los imputados. Sin embargo, la reforma reservó un régimen especial para la delincuencia organizada que si bien aumenta las potestades punitivas del Estado, como se verá en el punto siguiente, a la vez restringe los derechos de los involucrados (los imputados, en el caso de esta reforma). No obstante, en el campo de todas las formas delictivas posibles, son sobre todo los miembros de la delincuencia organizada quienes verán restringidas sus libertades o derechos fundamentales de manera más evidente y severa. Así, la extinción de dominio, el arraigo y la negativa de beneficios preliberacionales son formas en las que los imputados por delincuencia organizada verán más restringida su libertad y otros derechos especializados.

La reforma también supuso la eliminación de los *careos constitucionales*, consagrados por mucho tiempo en la Constitución, mediante las cuales los imputados empezaban su defensa y podían conocer no sólo los hechos imputados sino además a quien deponía en su contra. Esto fue excluido del texto actual del artículo 20 constitucional en razón de la consagración del derecho de resguardo de la identidad de la víctima; para el supuesto de delincuencia organizada, el derecho para las víctimas u ofendidos, incluido en el mismo artículo pero en el apartado C, fracción V, amplía los supuestos para cuando se trate de menores de edad, delitos de violación, secuestro, delincuencia organizada y trata de personas, e incluso cuando así lo considere pertinente el juez, salvaguardando los derechos de la defensa.

Por su parte, las víctimas fueron las grandes beneficiadas con la reforma, ya que lejos de ver mermados sus derechos respecto de los previamente existentes, sumaron un cúmulo de derechos más, como ya se precisó en líneas anteriores.

B. Incremento en las potestades punitivas del Estado

Aunque la reforma de 2008 implicó un paso importante hacia la democracia al implementar las bases de un modelo procesal acusatorio, también reservó para el Estado una serie de potestades especiales para el combate a la delincuencia organizada. Se trata de un régimen especial que prevé facultades de índole represiva con el argumento de poder atacar los regímenes organizados de lo que en la propia reforma se define como delincuencia organizada.²⁸¹ Si bien entre los presupuestos previstos para el tratamiento de este tipo de criminalidad está, en respeto al principio de legalidad, acotar las formas en que se da tal intervención, no deja de ser debatible, y también preocupante, cada vez que las potestades punitivas del Estado se amplían en detrimento de las personas. Así, sólo el Congreso de la Unión podrá legislar en materia de delincuencia organizada y únicamente las autoridades federales podrán conocer y perseguir esos delitos; también los afectados por la extinción de dominio o la confiscación de bienes podrán impugnar tal decisión y demostrar que sus propiedades son legítimas.

Las fórmulas incorporadas en la Constitución Federal a partir de la reforma citada son:

1. La extinción de dominio o la confiscación de bienes a favor del Estado, fórmula que evidentemente tiene en cuenta el poder financiero de muchas organizaciones criminales y trata de debilitar sus bases económicas. El arraigo hasta por cuarenta horas prorrogables hasta ochenta a solicitud del Ministerio Público y con la intención de evitar que los imputados evadan la acción de la justicia. Prisión preventiva sin excepción, para que quien es imputado por estos delitos enfrente el juicio en prisión. Resguardo de la identidad de la víctima o los testigos, para garantizar su seguridad.
2. Juicios a puerta cerrada, a decisión del juez, por razones de seguridad. Los acusados y sentenciados por este tipo de delincuencia enfrentarán sus procesos y cumplirán sus sentencias en cárceles de alta seguridad, lo que restringe su derecho a cumplir con las sanciones en la cárcel más cercana a su domicilio.

²⁸¹ A partir de la reforma en cita, la Constitución Federal define a la delincuencia organizada como la organización de hecho de tres o más personas para cometer delitos en forma reiterada, lo que, por supuesto, se reglamentará en las leyes penales.

También se prevé que algunas de estas medidas puedan decretarse por el juez para otros delitos graves o de suma peligrosidad.

Es evidente que estas potestades “especiales” son resultado del crecimiento y sobre todo el poder que ciertas organizaciones criminales han cobrado durante las últimas décadas; esto invita a reflexionar sobre su legitimidad, ya que se trata de la protección de los bienes jurídicos de las personas y el mantenimiento de la paz pública, lo que además cierto sector de la doctrina ha pretendido avalar.²⁸² En efecto, ha surgido una corriente teórica desde el Derecho Penal denominada, entre otras formas, “Derecho Penal del enemigo”, que parte del supuesto de que las personas que cometen delitos circunstancialmente, pero no de manera organizada y reiterada, deben merecer las garantías del debido proceso y la protección de sus derechos fundamentales, a diferencia de quienes cometen delitos de manera organizada y reiterada. Polaino-Orts²⁸³ lista los caracteres propios de esta fórmula y afirma que, por un lado, se trata de una técnica de anticipación de la punibilidad, esto es, una perspectiva de futuro —como el propio autor expresa— de los delitos que pudieran llegar a cometerse en vista de la peligrosidad existente; además, caracteriza a la fórmula la no reducción de la penal proporcional a dicha anticipación, pese a que técnicamente se castigan como consumados actos que serían preparatorios; por otro lado, se trata asimismo del tránsito de una legislación de tutela a una de lucha o combate a la delincuencia organizada, el terrorismo, etcétera. Por último, una característica esencial de la fórmula es la restricción de ciertas garantías procesales.

En esta caracterización aludida resulta evidente que se trata de fórmulas de corte represivo, similares a las de los modelos de influencia positivista en la justicia penal, que se reflejan en las variables procesales de sistemas penales mixtos pero de naturaleza inquisitiva.

Por supuesto, las críticas de los defensores de los derechos humanos no se hicieron esperar. Los riesgos del incremento en las potestades punitivas del Estado siempre hacen temer excesos contra ciertos grupos marginados o grupos de manifestantes inconformes que están lejos de pertenecer al crimen organizado. También se teme el abuso de autoridad en detrimento de las mismas personas que siempre lo han sufrido más: gente vulnerable en térmi-

²⁸² En ese sentido, autores como el propio Gunter Jakobs la conciben como “un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones de peligro, desvaloradas por el legislador y que éste considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de los supuestos”. Miguel Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del enemigo*, p. 80.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 82 y ss.

nos económicos y culturales, grupos de manifestantes o disidentes inconformes con las políticas públicas y los actos del gobierno. A ello se suman la preocupación por una justicia cuyos niveles de eficacia y estricto respeto a la legalidad están lejos de alcanzarse, las corruptelas y el abuso de poder, pero también las cargas de trabajo y las omisiones voluntarias o involuntarias ponen en riesgo los derechos fundamentales de los involucrados en la justicia penal, de por sí ya muy restringidos por esta modalidad de régimen especial.

Además de estas críticas, hay que reflexionar sobre la esencia misma de la fórmula en tanto que todo régimen especial, dirigido a cierto tipo de personas, es de origen discriminatorio y afecta la igualdad en el Derecho; además, implica una restricción más grave de las libertades de esos grupos y se aleja de las expectativas democráticas de una justicia igual, poco lesiva de los derechos fundamentales de los involucrados (principio de necesidad) y respetuosa al máximo de la libertad de las personas.

En ese sentido, la reforma de 2008 a la Constitución Federal muestra dos aspectos contradictorios, pues el aumento de los derechos de los imputados y de las propias víctimas, así como la estructuración y establecimiento de principios procesales de corte acusatorio, reflejan el anhelo democrático de una justicia penal cuyo eje rector son los derechos fundamentales de los involucrados; pero, a la vez, la restricción de los mismos en un régimen especial (para la delincuencia organizada) se aparta de los principios de los regímenes acusatorios y se acerca a los inquisitivos.

El debate sobre la legitimidad de este régimen especial instaurado desde entonces y la preocupación siempre latente por ese tipo de fórmulas que lesionan los derechos fundamentales de las personas permanecerá en tanto se pretende, con o sin razón, debilitar el poder y las formas con las que este tipo de criminalidad se presenta; la duda permanece respecto del rigor con el que se respetarán la acotaciones que a manera de límites se han estructurado también para el ejercicio de este tipo de potestades.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

1. Contenido general

En el mes de junio de 2011 se publicó el decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como se analiza

líneas adelante, el corazón de la reforma en materia de derechos humanos consiste en el cambio de denominación del Capítulo I del Título Primero, que sustituye el término *garantías individuales* por el de *derechos humanos*, y en la modificación del artículo 1o., por el que se da rango constitucional a los tratados internacionales y se establece el principio *pro persona*, que garantiza la protección más amplia de los derechos humanos. La reforma, que versa específicamente en esta materia, modificó varios artículos de la Constitución Federal; así, en el artículo 3o. se prevé que la educación que imparte el Estado fomentará el respeto a los derechos humanos; en el artículo 11 se cambia el término *hombre* por el de *persona* y se consagra el derecho de asilo y refugio por motivos de persecución política y de carácter humanitario, respectivamente; asimismo, se reforma el artículo 15, adecuándolo al criterio de los derechos humanos y no al de garantías individuales. Esos derechos incluyen los consagrados en los tratados internacionales, en armonía con el artículo 1o. A su vez, en el artículo 18 se establece que el sistema penitenciario se organizará también sobre la base del respeto a los derechos humanos. Por su parte, la reforma repercute en el artículo 29, que reduce los presupuestos para la restricción o suspensión de los derechos humanos y garantías, poniendo más requisitos para su procedencia. En el artículo 33 se elimina la posibilidad de expulsar a todo extranjero cuya presencia se estime inconveniente sin audiencia previa, y se robustece la cualidad de goce de los extranjeros de los derechos humanos y garantías reconocidas por la Constitución. Asimismo, a las facultades y obligaciones del Presidente de la República se agrega que en la conducción de la política observará el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos. La reforma retira a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (artículo 97) la facultad de investigación y se la asigna a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; además, se amplía el artículo 102, apartado B, que da vida y rige a los organismos no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, ampliando sus competencias, robusteciendo su autonomía y fortaleciendo sus recomendaciones.

Por último, la reforma repercutió también en el artículo 105, al adecuar su redacción al artículo 1o.: atribuye competencia a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para ejercer la acción de inconstitucionalidad en contra de leyes que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.

2. Ampliación del marco de reconocimiento de los derechos humanos

Con la intención de fortalecer el reconocimiento de los derechos humanos como derechos inherentes al ser humano y hacer efectiva su tutela, la reforma modificó, entre otros, el artículo 1o. constitucional, motivo principal de reflexión en el presente libro. En el corazón de la reforma yace el cambio de denominación de la expresión *garantías individuales* por la de *derechos humanos* cuando, como base fundamental del derecho a la igualdad, el artículo prevé para toda persona el goce de los derechos humanos reconocidos por la propia Constitución y por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. El modificado primer párrafo de ese artículo, congruente con el cambio de denominación del Capítulo I del Título Primero, sustenta la igualdad en el goce de los derechos humanos dejando atrás aquella larga tradición en el país del concepto *garantías individuales* y ampliando el marco de protección de los mismos a los contenidos en los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano.

Varias reflexiones motivan las modificaciones a este primer párrafo, pero lo que sin duda salta primero a la vista es el cambio de denominación de *garantías individuales*, propio de la Constitución de 1917, por el de *derechos humanos*, más acorde con los estándares del así reconocido Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, la denominación del Capítulo I del Título Primero fue “De las garantías individuales”, término que resalta su carácter vinculatorio, obligatorio y protector, inclinado expresamente a la idea de que el Estado los otorga mas no que los reconoce, como expresamente se asentó al sostener que “todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución”. No es posible afirmar que la intención del constituyente de 1917 fuera distinguir entre otorgar y reconocer, pero si se atiende a la tradición generada desde el siglo anterior por la Constitución de 1857, en la que se establecía el reconocimiento expreso del pueblo mexicano de lo que denominó “Derechos del hombre” como la base y objeto de las instituciones sociales,²⁸⁴ se puede afirmar que se abandonó esa tradición por un periodo importante, independientemente de que se tuviera o no la intención de hacerlo. Por ello, el término *garantías individuales* se relaciona

²⁸⁴ Texto contenido en el libro de Miguel Carbonell, Óscar Cruz Barney y Karla Pérez Portilla, comps., *Constituciones históricas de México*, pp. 451 y ss.

poco con la idea de reconocimiento. En ese sentido, la tendencia a denominarlos *derechos humanos* sin duda destaca la concepción de que se trata de derechos inherentes al ser humano anteriores y diferenciados del Estado, y a los que éste sólo debe dotar de pleno reconocimiento y protección. La reforma elimina la palabra “otorga” y retoma el término “reconocidos”.

Las garantías individuales se contenían en los primeros 29 artículos de la Constitución y sólo ahí. Por supuesto, se podían considerar derechos humanos en cuanto tales, lo que no se podía decir de los derechos humanos, pues no todos eran garantías individuales. Al llamar la Constitución de 1917 así a los derechos humanos acotó, y a la larga restringió, el margen de protección de los mismos a las predicciones constitucionales. Por esa razón, la reforma amplía el margen de protección de los derechos humanos al incluir los contenidos en los tratados internacionales.

Esta ampliación del reconocimiento de los derechos humanos se evidencia también en el abandono del término *individuo* y la incorporación del término *persona*. La simple connotación gramatical de la palabra *individuo* implica la consideración de una persona aislada en relación con una colectividad; en contraste, el vocablo *persona* tiene una connotación diferente debido a las consideraciones jurídicas que los sistemas normativos de la materia han hecho. De este modo, una persona en términos de la ley puede ser física o moral, lo que significa una distinción entre un ser humano en lo individual o un ente abstracto, pero, en ambos casos, sujeto de derechos y obligaciones. El cambio de estos términos supone la ampliación de derechos para personas morales, pero no, como se argumentó en algunas de las iniciativas propuestas, para grupos o colectividades de personas que pueden ser pueblos o comunidades indígenas.

Como en todos los casos, la interpretación, por quien tenga la potestad de hacerlo, de lo que implique el término cuando de derechos humanos se trata, puede aclarar qué tan extenso resulta el concepto. Sin embargo, en materia de amparo, la reforma a la Constitución Federal publicada el 6 de junio de 2011 (sólo cuatro días antes que la publicación de la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio) ajusta el principio de relatividad de las sentencias de amparo para que, además de ocuparse de individuos particulares, atienda a personas morales, privadas o sociales, que lo hubieren solicitado.²⁸⁵

²⁸⁵ De esta manera lo prevé el Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones de los artículos 94,

El término *persona* armoniza también con la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando establece en su artículo 2 que “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración [...]”. El abandono de la expresión “todos los individuos gozarán de las garantías que otorga esta Constitución” y su reemplazo por “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”, pone a México en la tesitura de una gran tendencia internacional en materia de derechos humanos. El auge de esa tendencia se dio en los años posteriores a 1948, a partir de la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, producto de las lamentables experiencias de un siglo que dejó no sólo dos guerras mundiales sino revoluciones y genocidios.

Esta tendencia, de la doctrina y de la construcción jurídica misma, de probar nuevas formas de organización, reconocimiento y protección de la dignidad humana, se fue arraigando a partir de entonces; al mismo tiempo, se consolidó la idea de un reconocimiento universal de los derechos humanos, lo que se tradujo en la creación de un gran número de tratados internacionales en la materia. Estos instrumentos crean un nuevo orden internacional para los derechos humanos, tanto de reconocimiento como de protección, más allá de las fronteras de los Estados, y propician —y deben propiciar— la transformación al interior de los mismos, con fundamento en los estándares que ese nuevo orden jurídico en la materia ha provisto.

Llamar entonces derechos humanos al cúmulo de potestades contenidas en lo que se había llamado garantías individuales pone en aquella sinergia a todo el orden jurídico. Se trata de un término mucho más armonizado con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha adoptado universalmente esta denominación.²⁸⁶

Por supuesto, el Estado Mexicano no ha sido ajeno a esa inercia internacional. Prueba de ello es que se ha adherido a casi todos los tratados internacionales a los que ha sido invitado y la Constitución Federal poco a poco

100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de amparo, p. 29.

²⁸⁶ Así se reconoce el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma de diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos (*op. cit.*, p. 11).

se ha adecuado, en mayor o menor medida, a esos preceptos internacionales. Pero el retrasado cambio de denominación que se comenta generó criterios encontrados sobre la jerarquía de los tratados internacionales en el Derecho interno; eso puso en entredicho su rango de ley suprema y de alguna manera influyó para que no se generara una cultura de invocación de los mismos, sobre todo en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Se requeriría un estudio aparte para analizar por qué en México, pese a no existir una prohibición expresa en la ley, no suelen invocarse los tratados internacionales, lo que se traduce en una inercia injustificada de no invocación de los mismos. En el ejercicio jurisdiccional de los tribunales no ha sido, ni por mucho, práctica recurrente. Si bien la falta de reformas que obligaran a ello puede ser una causa, lo cierto es que se ha producido una discusión estéril que incluso retrasó el surgimiento de reformas torales, como la que se comenta, así como la de amparo y la de materia judicial. La pregunta es si estas reformas eran indispensables para ello o se pudo, sin necesidad de ellas, generar una inercia diferente, en tanto no existía —a mi juicio— una prohibición para ello. Quizás eran necesarias o indispensables en la medida en que nunca se generó una cultura tal y en cambio sí se arraigó una inercia contraria.

El tema no es menor si se considera la enorme serie de criterios encontrados respecto de cuál debe ser la jerarquía de los tratados internacionales sobre el Derecho interno de un Estado. Esto motiva a reflexionar en cuanto a lo acontecido en México en la interpretación que sobre el tema se da al artículo 133 de la Carta Magna. Aunque la reforma no implicó modificación alguna a ese artículo, el impacto de los párrafos primero y segundo del artículo 1o. reformado fue tal que sin duda dará un nuevo sentido a la manera en que aquel artículo será interpretado.

En el ya referido Dictamen en que se contiene el Proyecto de Decreto de la Reforma se asienta como evidente que una de las consecuencias de reformar el primer párrafo del artículo 1o. constitucional es que las normas de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales adquirirán reconocimiento y protección constitucional.²⁸⁷ Cabe hacer una reflexión al respecto. El Derecho Internacional reconoce dos tipos de recepción de un tratado: de *transformación*, por el cual para que un tratado internacional tenga efectos en la jurisdicción doméstica de un Estado es indispensable que sea transformado mediante un acto legislativo en norma de Derecho in-

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 14.

terno; y de *incorporación*, por el que las normas de Derecho Internacional contenidas en los tratados forman parte del Derecho interno sin necesidad de ratificación constitucional. Ambos criterios son válidos y no son excluyentes, por lo que sin importar la recepción de un tratado internacional, lo cierto es que una vez cubiertos los requisitos establecidos por el artículo 133 de la Constitución Federal (esto es, celebrados por el Presidente de la República y con la aprobación del Senado), el tratado estará vigente y gozará de eficacia jurídica.

No obstante este presupuesto y aquellas variables, la interpretación que se da al artículo 133 constitucional, por supuesto nunca homogénea, trae a debate la función que cumple la propia Constitución respecto del Derecho interno y el Derecho Internacional, y como resultado la jerarquía de la misma en relación con ambos órdenes jurídicos. Se trata de un tema tangencial si se identifica la serie de interrogantes que pueden surgir al respecto, por ejemplo: ¿qué ocurre cuando un tratado internacional contraviene la Constitución?, ¿qué pasa cuando algunas o muchas de las previsiones de un tratado internacional no están contenidas en la Constitución?, ¿qué norma debe prevalecer cuando una ley federal o una local contravienen el contenido de un tratado internacional?, así como ¿se puede alegar inconstitucionalidad de una ley federal o local respecto de un tratado internacional?, entre otros cuestionamientos posibles.

La Constitución Federal es criterio de validez para las normas de Derecho interno, esto es, la Constitución como *norma normarum* otorga validez a todo el ordenamiento jurídico,²⁸⁸ pero también cumple con la función de articular los sistemas jurídicos internacional e interno que se encuentran en un determinado territorio.²⁸⁹

Los sistemas jurídicos (el mexicano no es la excepción) están articulados de tal manera que, cuando hay una colisión entre normas, debe aplicarse un criterio jerárquico. Por ello, desde siempre el criterio jerárquico de recepción de los tratados internacionales ha ocasionado una diversidad de criterios aparentemente irresoluble.

²⁸⁸ Édgar Corzo Sosa, “Comentario al amparo en revisión 1475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia”. Consulta: 5 de septiembre de 2011.

²⁸⁹ Función esta última (de articulación) que genera polémica, debido a que ya el propio sistema internacional prevé cómo debe articularse con los derechos internos, como la Convención de Viena sobre los tratados; sin embargo, debe reconocerse el indispensable papel articulador de la Constitución para que el sistema internacional ingrese al nacional. Al respecto, véase Édgar Corzo Sosa (*idem*).

Sin pretender dar respuesta a cada pregunta en particular, delineadas más bien a manera de ejemplos, en un intento de sistematización —propio y por tanto arbitrario—, a continuación se esbozan los principales criterios sostenidos en México a propósito de esta problemática:

- a) En caso de conflicto entre un tratado internacional y la Constitución, prevalecerá esta última. Criterio sostenido por el Senado de la República en el año de 1934 al afirmar que ése es el sentido en el que se debe interpretar que “estén de acuerdo con la misma Constitución”, del artículo 133. En la Cámara de Diputados se concluyó entonces que los tratados internacionales son ley suprema en cuanto no estén en pugna con la Constitución.²⁹⁰
- b) Los tratados internacionales tienen el mismo nivel jerárquico que las leyes federales.²⁹¹ Este argumento surgió en particular para concluir que los tratados internacionales no pueden servir de fundamento para declarar la inconstitucionalidad de las leyes federales pues están al mismo nivel.
- c) Los tratados internacionales están por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes federales.²⁹² Esta tesis se basa en dos argumentos principales:
 - a. Los tratados son un compromiso del Estado Mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.
 - b. Los tratados no tienen en cuenta la competencia de la Federación o de las entidades federativas, ya que por mandato expreso del propio artículo 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado Mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ Tesis P. C/92 publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”.

²⁹² Tesis P. LXXVII/99 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, noviembre de 1999, Novena Época, p. 46, de rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERARQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. En esta tesis se asentó que el Tribunal en pleno consideraba oportuno abandonar el criterio sostenido en la tesis P. C/92, por el que se concedía misma jerarquía normativa a los tratados internacionales y a las leyes federales.

- d) Los tratados deben considerarse constitucionales si el conflicto versa sobre derechos humanos: cuando amplían la esfera de libertades de los gobernados o comprometen al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles.²⁹³ Como es evidente, todos estos criterios, excepto el último, han sido de una u otra manera limitativos del contenido de los tratados internacionales y, como se afirmó, no han solucionado la problemática. Los tratados, por su naturaleza, son más extensos que los preceptos constitucionales; por ello, cualquier criterio restrictivo de los mismos atenta contra la esencia del instrumento.

Si existiera una contradicción entre el contenido de un tratado internacional y el de la Constitución, se deberá aclarar cuál debe prevalecer; pero si se trata sólo de un presupuesto no contenido en la Constitución, entonces no hay contradicción. En tanto no hay qué cotejar, basta con que no haya disposiciones que lo contradigan. Si el contenido de un instrumento internacional no contradice y en cambio beneficia no ya a la Constitución sino al ordenamiento jurídico en general, éste debe prevalecer. La norma internacional debe formar parte del sistema jurídico sin transgredir la Constitución. Éste parece ser el sentido que la reforma pretende dar a la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos; de ahí la trascendencia de la misma en lo que toca al primero y segundo párrafos del artículo 1o.

Como se sostiene en la minuta d el Proyecto de Decreto de la Reforma, la intención es hacer un amplio reconocimiento de los derechos humanos, otorgándoles carácter constitucional a todos, con lo que deben quedar incluidos tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en el texto constitucional como los consagrados en los instrumentos internacionales. En el mismo documento se reconoce que es tarea del legislador constituyente determinar el mecanismo para resolver los posibles conflictos de normas y, en general, el sistema de aplicación.²⁹⁴

²⁹³ Cabe aclarar que este criterio se desprende de la misma tesis —citada en el punto inmediato anterior—, en la que se sostuvo que los tratados internacionales estaban por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes federales.

²⁹⁴ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*op. cit.*, p. 14).

Con dicha reforma a la Constitución se pone fin a esta interminable discusión; pero ello no significa que el problema esté zanjado, sino, más bien, que ahora tenga un nuevo sentido, en tanto que la pretensión del legislador es, como se citó, que las normas de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales adquieran reconocimiento y protección constitucional. Se da así un nuevo sentido al control de la convencionalidad en tanto que se modificaron los criterios que sirven de base para ello.

La reforma constitucional en materia de amparo, que incorpora al ámbito de protección del juicio de amparo los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano y que casi fue simultánea a la que se comenta, es congruente con esta nueva tendencia del orden jurídico nacional e internacional en materia de derechos humanos. Así, los instrumentos internacionales de derechos humanos se incluyen como parámetro directo de protección de las personas mediante esa vía. Ahora, el artículo 103 de la Constitución Federal prevé en su fracción I que los tribunales de la Federación resolverán las controversias que se susciten por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. A su vez, el artículo 104 señala que los tribunales de la Federación conocerán de las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

El segundo párrafo del artículo 1o. reformado, agregado con la reforma, refuerza la intención explícita del legislador de generar un sistema de interpretación concreto, lo que ayuda aún más a redefinir los criterios y superar las problemáticas irresolubles. El párrafo prevé que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. En ese sentido, el proyecto de decreto para la reforma propone de manera expresa adoptar el principio de “interpretación conforme”, con el argumento de ser un método utilizado en otros sistemas garantistas (como el español) con óptimos resultados.

En el instrumento se afirma que por el principio de interpretación conforme se produce una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional, con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que ello signifique la derogación o desaplicación de una norma interna. Se afirma también que este principio no atiende a criterios de suprasubordinación ni implica un

sistema de jerarquía de normas, sino que, al ser subsidiario, abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución acuda a las normas de derechos humanos que se consagran en los tratados internacionales y de ese modo ofrezca mayores garantías a las personas. La interpretación conforme operará, a decir del proyecto, cuando haya necesidad de analizar los derechos constitucionalmente reconocidos, logrando así un efecto de ampliación de la protección de los derechos humanos.²⁹⁵

Si bien proponer en un proyecto de Decreto un modelo de interpretación concreto (como es el caso del de interpretación conforme) no implica que será el modelo utilizado por quien tenga esa potestad, no quita que la construcción legislativa haya sido realizada con esa intención, lo cual podría motivar, en un momento dado, la utilización prioritaria de dicho modelo interpretativo.

La reforma al artículo 1o. incluyó un nuevo tercer párrafo donde se establece la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con cuatro principios: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia —se afirma en el texto constitucional adicionado—, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

Se trata, como es evidente, de principios sostenidos por la Teoría General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiene su principal fundamento en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Éstos son principios a su vez interconectados, ya que uno se deriva del otro; por tanto, resulta indispensable relacionarlos y considerarlos como un conjunto en todo momento.

El principio de *universalidad* es presupuesto de la igualdad de derechos, lo que implica que los derechos se reconocen y restringen por igual a todas las personas que se encuentren en un mismo supuesto de hecho frente al Derecho, y que se prohíbe cualquier tipo de discriminación por causas no relevantes fruto de las diferencias naturales de los seres humanos. En el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos; además, los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto univer-

²⁹⁵ *Idem.*

sal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales. Por esta razón, el instrumento en cita consagra, en su artículo 1o., que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y en el segundo, que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, además de que no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona.

El principio de *interdependencia* identifica la conectividad existente entre el cúmulo de derechos reconocidos universalmente. No se trata de derechos autónomos, sino de un sistema; por consiguiente, unos son fundamento de otros y la violación de alguno supone la transgresión de por lo menos otro. Los derechos humanos se consagran y son protegidos en un régimen de Derecho; así se consideró en la Declaración Universal, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión. Ello supone que los sistemas jurídicos se estructuran sobre la base del reconocimiento de las libertades y la dignidad iguales, y como sistema que es, opera en tanto conjunto organizado con aquel fundamento. El reconocimiento de un derecho humano y su ejercicio implica necesariamente que se respete y proteja una multiplicidad de derechos vinculados; así, reconocer un derecho implica garantizar toda la gama de derechos propios del ser humano. El principio trasciende además cuando se considera que en la evaluación de una violación de los derechos humanos, para la protección de los mismos y la subsecuente reparación del daño, es indispensable reconocer todos los derechos involucrados y, por tanto, afectados, lo que exige tener siempre una visión integral.²⁹⁶

El principio de *indivisibilidad* implica que ningún derecho humano es divisible ni se puede fragmentar un grupo de derechos determinado. Sin importar la naturaleza misma del derecho humano, el ser humano es indivisible. Este rasgo no está relacionado con las restricciones legales a los derechos para limitar su ejercicio en protección de los derechos humanos de terceras personas. La indivisibilidad prohíbe reconocer, proteger o garantizar solamente parte de un derecho humano o grupo de ellos.

El principio de *progresividad* se sustenta en la obligación para el Estado de procurar el reconocimiento y satisfacción permanente de los dere-

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 16.

chos humanos, en todo tiempo y en una inercia creciente. Un recuento histórico evolutivo del reconocimiento y protección de los derechos humanos permite ver con claridad la manera en que se han incorporado cada vez más derechos y mejorado e incrementado los mecanismos para garantizar su protección. La evolución misma de la humanidad exige cambios progresivos según se generan o identifican necesidades para una mejor existencia. El Derecho de los Derechos Humanos no es ajeno a esta inercia; sin embargo, la historia también da cuenta de regresiones claras en el reconocimiento y protección de los derechos humanos. El Derecho Penal y las políticas públicas de combate a la criminalidad son un claro ejemplo de ello. La progresividad en la consagración y el respeto a los derechos humanos se miden en términos de democracia, lo que significa más y mejores libertades y derechos, y menos restricciones y potestades estatales, así como mayor y mejor acceso a oportunidades, condiciones de vida y alcance de las expectativas de vida. De ahí la importancia de este principio.

Resulta evidente que la intención del legislador fue asentar criterios concretos para la defensa y promoción de los derechos humanos por parte de los servidores a quienes se ha encomendado esa tarea: impedir cualquier discriminación de la autoridad en el reconocimiento o aplicación de un derecho (principio de universalidad); obligar a la autoridad de la materia a observar los efectos que sobre otros derechos causa la violación de alguno (principio de interdependencia); obligar a garantizar la protección total de un derecho o grupo de derechos y evitar que se reconozca sólo una parte de ellos (principio de indivisibilidad), e impedir cualquier retroceso o involución en la satisfacción y reconocimiento de los derechos humanos (principio de progresividad).

En el párrafo adicionado que se comenta se incluyó la no menos trascendente obligación del Estado a reparar las violaciones a los derechos humanos, además de prevenirlas, investigarlas y sancionarlas. La reparación —según se asienta— será en los términos que establezca la ley, por lo que habrá de esperarse la creación de una ley reglamentaria de este supuesto constitucional.

El Proyecto de Decreto aprobado de la reforma alude a la reparación como el término genérico que comprende las diversas formas en las que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad en la que hubiere incurrido, y cita textualmente la expresión de Theo Van Boven, ex relator especial para la tortura de las Naciones Unidas, respecto de lo que supone reparar integralmente el daño por violaciones a los derechos humanos como obligación

del Estado.²⁹⁷ Las implicaciones extraídas de la definición, en el cumplimiento de esta obligación, son: 1) lograr soluciones de justicia; 2) eliminar o reparar las consecuencias del perjuicio padecido; 3) evitar que se cometan nuevas violaciones mediante acciones preventivas y disuasivas; 4) restituir, rehabilitar, satisfacer y dar garantías de no repetición, y 5) asegurar que las medidas de reparación establecidas sean proporcionales a la gravedad de las violaciones y del perjuicio sufrido.

Con seguridad la intención del legislador al establecer la obligación de reparar las violaciones a los derechos humanos fue cubrir todas las implicaciones extraídas de la cita. El proyecto de Decreto también alude a que “Los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, aprobadas mediante Resolución 60/147 por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, son referentes sustantivos para ampliar la protección de este tipo de derechos.²⁹⁸

Queda la duda de si este argumento, contenido únicamente a manera de exposición de motivos, es aplicable, en tanto que se trata de principios pero no de un tratado en cuanto tal. Como este caso, muchos otros serán motivo de interpretación del texto de la reforma por quien tenga esa facultad, por ejemplo, si los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que no tienen la calidad jurídica de tratado, y por tanto no son vinculatorios, pueden garantizar el goce y reconocimiento de los derechos humanos en ellos contenidos en las mismas condiciones que los que sí han sido incluidos en los tratados. Ello es relevante si se considera, por un lado, que existe una cantidad importante de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que no tiene el carácter de tratados, como la propia Declaración Universal o la Americana de Derechos del Hombre y del Ciudadano, y por el otro, que la reforma habla expresamente de los tratados internacionales en la materia, lo que excluye todo el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que incluso estaba presente en algunas de las iniciativas que fueron antecedentes de la reforma motivo de la investigación que originó este libro y a las que se ha hecho alusión.²⁹⁹

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 17.

²⁹⁸ *Ibid.*, pp. 17 y 18.

²⁹⁹ En ese sentido, la iniciativa presentada por la senadora Rosario Ibarra de la Garza.

3. Esquema de protección de los derechos humanos de la justicia penal en los instrumentos internacionales firmados y ratificados por México

La reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, motivo de este libro, la cual ha dejado clara la obligatoriedad de los tratados internacionales de los que México es parte, invita a estudiar y reflexionar sobre la amplitud en el reconocimiento y protección de los derechos humanos para un ámbito específico de los mismos o alguna materia de especialización. Por su naturaleza propia, los tratados internacionales suelen ampliar y precisar el contenido de los derechos humanos, del rubro de especialización o materia de que se trate; así es en materia de derechos humanos del debido proceso legal en materia penal, de particular interés en esta reflexión.

Esta esencia de los tratados internacionales, que amplía y precisa los derechos en ellos contenidos, es por demás incuestionable cuando se trata del debido proceso legal en materia penal, lo cual no podría ser de otra manera si se considera que es en el ámbito de la justicia penal donde los derechos y las libertades corren un riesgo importante. En este ámbito los derechos comprometidos, en disputa, suelen ser la vida, la libertad, la seguridad personal, el honor, la propiedad, etcétera, y es el brazo más duro del Estado el compe- lido a su protección. Por la naturaleza misma de la materia, no debe extrañar que sea uno de los ámbitos en los que las violaciones a los derechos humanos son más recurrentes.

En materia del debido proceso legal, muchos son los instrumentos internacionales que reconocen y precisan derechos de esta índole; algunos de ellos no tienen el carácter de tratado, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que por tanto no son vinculantes. Otros más, sin importar si son o no tratados internacionales, son regionales y no corresponden al contexto geográfico nacional, como la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, pero comprenden un desarrollado cuerpo de derechos de esta índole. En nuestra región destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que contiene un vasto catálogo de reglas del debido proceso legal que obliga a México por su carácter convencional y porque se ha adherido a él. Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 también obli-

ga, por su condición de tratado internacional al cual México se ha adherido, a observar un amplio espectro de derechos de esta naturaleza.

4. Correspondencias y discrepancias de la reforma con el marco de protección de los derechos humanos de la justicia penal en los instrumentos internacionales

La influencia de los tratados internacionales en esta materia se ha traducido ya en modificaciones constitucionales que pronto penetrarán en la legislación secundaria de la materia. Ya que la Constitución y los tratados internacionales que obligan al país contienen principios eje, es indispensable referirse a ellos.

Dos de los tratados más importantes firmados por el Estado Mexicano son la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Ambos contienen un catálogo amplio de derechos que se puede incluir en el rubro del debido proceso legal en materia penal. En atención a ello, los presupuestos de esta índole que en ellos están contenidos sirven de hilo conductor para el desarrollo que de los mismos se hace. Sin embargo, hay que aclarar que el orden en que aquí se presentan no constituye una jerarquización ni coincide con el orden que siguen en cada instrumento.

El punto de partida de los derechos del inculcado ante la justicia penal es sin duda la legalidad. Así lo deja ver incluso la sistematización de Ferrajoli. Ello no le resta importancia al resto de los derechos, pero sienta las bases del resto de los principios. De tal modo, por el principio de legalidad se presume que todos los actos procedimentales de las autoridades se deben sujetar a los parámetros previstos a manera de limitantes por las leyes. Por el principio de legalidad se exige de los actos de autoridad fundamentación y motivación, que no son otra cosa que el hecho de que todo acto de autoridad debe preverse en la ley y que ésta debe aplicarse al caso concreto.

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contienen en sus preceptos el principio de legalidad al referirse sobre todo a un subprincipio proveniente de éste: la irretroactividad. En ese sentido, la Constitución Federal ofrece un mejor desarrollo de este principio en los artículos 14 y 16, para diversos supuestos. Sin embargo, en materia penal destaca el principio de legalidad de las penas, que supone al menos cuatro subprincipios gene-

rales derivados.³⁰⁰ Uno de ellos es que la conducta debe ser penalizada por una ley, lo que supone que no hay sanción posible si no existe una ley que la prevea junto con la conducta que ha considerado susceptible de sanción; esto es, no hay pena sin delito ni delito sin ley. Asimismo, emanado del principio de legalidad, se exige que la ley penal deba ser expresada en términos precisos, porque es claro que una expresión ambigua de las conductas que deben ser consideradas delitos (tipos penales) acarrea siempre la posibilidad de interpretaciones ambiguas que siempre acaban siendo un instrumento para la represión. Así, un tipo penal impreciso permite que muchas conductas encuadren en sus previsiones y se utilicen cuando se quiera incriminar a una persona en especial.

Otro subprincipio supone que ninguna persona puede ser sancionada por una conducta no considerada delictiva en el momento de su comisión; se reconoce como *irretroactividad*, que en materia penal tiene la excepción cuando sea en beneficio del inculcado o del sentenciado. Por consiguiente, a ninguna ley puede darse efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, lo que significa que las leyes se hacen para el futuro y por ende sus efectos son válidos desde su nacimiento y hasta su derogación, esto es, en el periodo de su vigencia y no más.

Por último, otro subprincipio surge de la legalidad penal y se refiere a la interpretación de los tipos penales, que deben ser estrictamente interpretados. Así, si se exige de los legisladores crear tipos penales precisos y sin ambigüedades, también se debe exigir a los jueces interpretaciones estrictas de la ley que aplican, pues una mala interpretación puede condenar injustamente a quienes no tienen posibilidades reales de defensa.

El principio de legalidad en materia penal figura en el artículo 14 de la Carta Magna, que establece que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna y que en los juicios del orden criminal no se puede imponer pena alguna (por simple analogía e incluso por mayoría de razón) que no esté prevista por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

Por supuesto, el principio de legalidad y los subprincipios enunciados no son todos privativos del ámbito penal; la irretroactividad opera para todo el Derecho en su conjunto y tiene que ver con las reglas de la validez de las leyes por razones de temporalidad; todas las leyes tienen su acta de nacimiento y también su acta de defunción.

³⁰⁰ En este sentido, Javier Dondé Matute, *Principio de legalidad penal. Perspectivas del Derecho nacional e internacional*, pp. 37 y ss.

En la reforma de 2008 el artículo 21 incorporó en su párrafo séptimo la posibilidad de que el Ministerio Público considere criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley. Sin embargo, los tratados internacionales de los que México es parte no contienen tal previsión.³⁰¹

El principio de *oportunidad* es digno de mención si se considera que proviene de la tradición procesal penal estadounidense; en él, el ejercicio de la acción penal está condicionado a la discrecionalidad del *prosecutor*, que es casi ilimitada.³⁰² Este principio se antepone como regla en aquel sistema por la falta de vigencia del principio de legalidad en materia de persecución penal, pero en un sistema jurídico como el mexicano la *oportunidad* no puede contraponerse al principio de legalidad, sino moverse en torno a la cuestión del carácter esencial o no de la obligatoriedad y al grado de permeabilidad de aquél a criterios de oportunidad.³⁰³ Es una *oportunidad* reglada en tanto la posibilidad de acogerse a ella opera sobre la base de la previsión legal.³⁰⁴ Por tanto, se trata de la aplicación de previsiones legales en un marco de cierta discrecionalidad ante la concurrencia de una hipótesis normativa.

En estrecha relación con el derecho de legalidad está el derecho a la libertad y seguridad personal. En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al expresar tal cual este derecho, agrega que nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitrarias, y por dicho motivo nadie puede ser privado de su libertad salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella. Prevé también el derecho de toda persona detenida a ser informada en el momento mismo de su detención y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. La Convención Americana sobre Derechos Humanos también lo prevé en el mismo sentido, pero agrega el derecho de toda persona privada de su libertad a recurrir ante juez o tribunal competente, a fin de que éste decida sin tardanza sobre la legalidad del arresto o detención y ordene su libertad si fueran ilegales.

³⁰¹ Sí está contenida en la Recomendación R(87) del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la simplificación de la justicia penal, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

³⁰² Fanchiotti, citado por P. A. Ibáñez, *Justicia penal...*, *op. cit.*, p. 70.

³⁰³ *Ibid.*, p. 69.

³⁰⁴ Cándido Conde Pumpido Ferreiro, citado en *ibid.*, p. 71.

Vinculado también con el principio de legalidad se encuentra el derecho a la privacidad y la intimidad. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé, en su artículo 17, la prohibición de que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Precisa que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

La Constitución Federal, en sus artículos 14 y 16, consagra derechos humanos para esos supuestos de afectación a la libertad personal y la privacidad; pero el artículo 16 prevé, junto con otros artículos como el 18 y el mismo 20, un régimen de excepción cuando se trata de crimen o delincuencia organizada por el que los derechos y libertades tutelados están mucho más restringidos. Este modelo de excepción puede considerarse contrario a las previsiones internacionales de la materia y motivar interpretaciones diversas que se atenderían a través del control de la convencionalidad.

Este régimen previsto por la Constitución ha recibido críticas importantes en tanto parece suponer discriminación para los miembros de la criminalidad organizada, a quienes se puede arraigar hasta por cuarenta días prorrogables a ochenta, y de ese modo deberán enfrentar el juicio sin excepción en prisión preventiva; incluso, por razones de seguridad, el juez puede decretar que el juicio se realice a puerta cerrada. Para este régimen, el juez también podrá decretar la extinción de dominio o confiscación de bienes a favor del Estado, y los acusados o sentenciados enfrentarán sus procesos y sentencias en cárceles especiales de alta seguridad sin gozar del derecho a cumplir su sentencia en cárceles cercanas a su domicilio. También se ha criticado que este régimen puede utilizarse para reprimir movimientos o luchas sociales, delinquentes comunes o aun a cualquier persona, máxime cuando el juez podría decretar algunas de estas medidas según su criterio y discrecionalidad para otros delitos graves o de suma peligrosidad.

Un derecho importante incorporado a la Constitución Federal a partir de la reforma de 2008 y reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el de la presunción de inocencia. Este derecho se puede extraer o derivar del principio de la *carga de la prueba* del modelo de Ferrajoli, por el cual quien acusa está obligado a probar. Es así que el artículo 20, apartado B, fracción I, establece que toda persona imputada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; en el mismo sentido, la Convención

Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, numeral 2, prevé que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, numeral 2, señala que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

Es importante destacar que este derecho fue incorporado en la Constitución Federal hasta el año 2008, cuando hace más de treinta años que la Convención Americana obliga a considerarlo. Sin embargo, no se debe olvidar que estos aspectos de la reforma de 2008 (que incluyen los derechos del debido proceso legal) entrarán en vigor en la medida en que se reformen las legislaciones secundarias en materia federal y local, considerado un plazo de hasta ocho años, por lo que se puede afirmar que ese derecho ha entrado en vigor sólo en las entidades federativas que ya reformaron su legislación de acuerdo con las predicciones de aquella reforma. De ahí la importancia de la reforma al artículo 1o. constitucional de junio de 2011, que permite acudir al derecho directamente consagrado en la Convención, con independencia de que la reforma de 2008 todavía no haya entrado en vigor.

Este derecho es toral por ser sustento de un modelo de justicia procesal penal acusatorio; si la carga de la prueba no es para quien acusa, y quien debe demostrar su inocencia es el propio imputado, entonces el sistema no puede ser considerado acusatorio sino de tendencias inquisitivas. Por esta razón, el sistema penal mixto era —y todavía lo es en los contextos jurisdiccionales en los que la reforma aún no está vigente— más inquisitivo que acusatorio (democrático). Este derecho pone las cosas en su lugar; esto es, motiva un modelo procesal diferente y da otro sentido también al derecho a la defensa y a probar la inocencia, que es un derecho, nunca una obligación.

Asimismo, es interesante analizar lo argumentado en los dos últimos párrafos si se considera la naturaleza inquisitiva de algunas legislaciones penales en el país. Al efecto, resulta paradigmático que todavía se consagre la presunción de culpabilidad en dos entidades federativas donde por supuesto la reforma de 2008 aún no entra en vigor. Así, el artículo 8 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala prevé que “los delitos se presumen intencionales salvo prueba en contrario”; en el mismo sentido opera la legislación penal del estado de Nayarit.

La incorporación del aludido régimen especial para la delincuencia organizada con fórmulas procesales como la del arraigo contradice el derecho a presumir la inocencia, espíritu mismo de la reforma y la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos. No es congruente con ese principio tener la posibilidad de privar de la libertad por cuarenta días o hasta el doble a un individuo, aun cuando se trate de supuestos concretos. Es evidente que la intención del legislador con fórmulas como ésta o la de extinción de dominio, por ejemplo, es debilitar la base económica y no subestimar la verdadera peligrosidad de la delincuencia organizada.

La pregunta es si en una interpretación amplia del derecho a la presunción de inocencia, y en atención al principio de interpretación conforme la protección más amplia para las personas, contradice el arraigo —ahora constitucional— por ser una política limitativa del derecho a presumir la inocencia.

Otro de los derechos consagrados en los instrumentos citados es el de defensa. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 desarrolla el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías en un plazo razonable por un juez o tribunal competente e imparcial, lo cual incluye el derecho de audiencia, presupuesto que sirve de preámbulo para la pormenorización de las garantías para su defensa, a saber: ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete, en caso de que lo requiera; conocer previa y detalladamente la acusación formulada; tener el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa; defenderse personalmente o por un defensor de su elección, o a falta de ello, por un defensor proporcionado por el Estado (ello es irrenunciable); interrogar (la defensa) a los testigos presentes en el tribunal, y obtener la comparecencia tanto de peritos como de testigos que puedan arrojar luz sobre los hechos. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene tales presupuestos, además del derecho a no ser persona obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

El artículo 20, apartado B, que se dedica a los derechos de toda persona imputada, contiene una serie relacionada con el derecho a la defensa: el derecho a declarar o guardar silencio; a no ser incomunicado, torturado ni intimidado; a ser defendido adecuadamente por abogado y a que la confesión rendida sin la asistencia del defensor carezca de valor probatorio; a que se le reciban testigos y demás pruebas pertinentes; a que se le informe la causa de la detención, los hechos que se le imputan; a que se le faciliten todos los datos para la defensa que consten en el proceso, y a ser juzgado en audiencia pública y antes de cuatro meses cuando la pena máxima no exceda de dos años y antes de un año si excediera de ese término. Estos derechos se consagran también en los instrumentos internacionales a los que se ha hecho alusión.

Así, en los instrumentos internacionales se encuentra, en estrecha relación con el derecho a la defensa, el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior, a no ser juzgado dos veces por el mismo delito —*nom bis in idem*— (previsto en el artículo 22 de la Carta Magna) y a que el proceso sea público [salvo por razones de seguridad nacional o seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, porque se ponga en riesgo la privacidad de datos protegidos legalmente o porque el tribunal estime que existen razones suficientes para justificar un proceso privado (artículo 20, apartado B, fracción V)]. Esos instrumentos contienen, a su vez, el derecho de audiencia y celeridad, al prever el juicio por parte de un tribunal competente, independiente e imparcial, en un plazo razonable, así como el derecho al recurso efectivo y el derecho a ser indemnizado.

Estos dos últimos derechos (recurso e indemnización) ameritan una mención especial. El derecho al recurso efectivo está previsto en ambos tratados internacionales en mención y supone el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido ante jueces y tribunales que lo amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la ley (Constitución, leyes —secundarias— y tratados), aun cuando hubieran sido cometidos por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. La expresión *recurso efectivo* no figura en la Constitución Federal a manera de derecho del debido proceso; sin embargo, como señala el doctor García Ramírez,³⁰⁵ el término “amparo” es de tradición mexicana y existe el recurso (constitucional) del juicio de amparo a pesar de que se discute su efectividad, sencillez y rapidez.

Por su parte, el derecho a indemnización sólo figura en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para el supuesto de toda persona ilegalmente detenida o presa. Ese supuesto resalta si se tiene en cuenta que la reforma constitucional de 2011 al artículo 1o. estipula en su tercer párrafo la obligación del Estado de reparar las violaciones a los derechos humanos. En este caso, es evidente el beneficio que supone esta reforma en dos sentidos: al consagrar la obligación de reparar y, al mismo tiempo, la obligatoriedad de los tratados internacionales en rango constitucional. Si a ello se agrega el hecho de que la reforma a la Constitución Federal en materia de amparo, de 6 de junio de 2011, permite ampararse con fundamento en preceptos contenidos en los tratados internacionales, entonces se debe aceptar

³⁰⁵ S. García Ramírez, “El debido proceso legal...”, *op. cit.*

que este derecho tiene ahora mayores posibilidades de hacerse efectivo cuando de detenciones ilegales se trata.³⁰⁶

Por último, entre los derechos de este rubro destaca el derecho de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece esto precisamente y, en consecuencia, de manera expresa, que toda persona tiene derecho sin discriminación a la protección de la ley. Este precepto está ligado al 8 del mismo tratado y al 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que se consigna que todas las personas son iguales ante los tribunales y tienen derecho a ser oídas públicamente, y a las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial. Este derecho figura de manera implícita en la enunciación de todos los derechos del debido proceso que siempre se refieren a “toda persona” o a “nadie”. La Constitución Federal prevé el supuesto de igualdad ante la ley y los derechos, en el artículo 1o., y en la manera como reconoce los derechos en particular de alguna especialidad.

Sin duda, el proceso de democratización del Estado Mexicano y de sus instituciones ha sido andar lento; no obstante, la reforma a la Constitución Federal en materia de derechos humanos, sobre todo la del artículo 1o., es un gran paso hacia la transición democrática. El abandono de categorías obsoletas para el reconocimiento pleno de los derechos humanos y el reconocimiento a su vez de los contenidos en los tratados internacionales en el ámbito constitucional amplía las posibilidades de reconocimiento y protección de los derechos de las personas con parámetros nunca antes vividos.

La vida democrática de un Estado como el mexicano se refleja en la estructura y funcionamiento de las instituciones públicas que lo integran. Por consiguiente, el reconocimiento de los derechos humanos debe trascender la vida institucional de aquéllas y permear en la manera como se despliega la función pública en todos los ámbitos y niveles de gobierno. Sin duda, uno de los campos donde el nivel de desarrollo democrático de un Estado es más evidente es el ámbito de la justicia penal, el cual hace incuestionable la fuerza que el Estado emplea para la preservación de la paz y el orden público. Por esta razón, y por la violencia ilegítima que pretende reprimir y controlar, el Derecho Penal es uno de los terrenos en el que las violaciones de los derechos humanos suelen ser más recurrentes. Si además se considera la disparidad de fuerzas confrontadas en el despliegue procedimental de la

³⁰⁶ Lo que no es cosa menor si consideramos la cantidad de detenciones ilegales que se realizan en México.

función, donde la fuerza misma del Estado suele ser desproporcional a las posibilidades de defensa de quien se acusa y a la condición casi siempre marginal de la víctima, se puede entender el porqué del alarmante índice de violación a los derechos humanos del debido proceso legal. De ahí la relevancia de la reforma a la Constitución Federal en materia judicial de 2008, que pretende transitar hacia un modelo procesal más democrático y respetuoso de los derechos humanos de los involucrados en la justicia penal: víctimas, imputados, testigos, etcétera.

Son evidentes las dificultades que ha experimentado este proceso de transición democrática, muchas relacionadas incluso con variables de tipo económico y de una arraigada cultura inquisitiva manifiesta en algunas de las personas que operan el sistema de justicia penal; la mayoría de los sistemas penales en México todavía no transitan hacia este nuevo modelo, por lo que en ellos siguen vigentes las prácticas inquisitivas y, por ende, la violación de los derechos humanos.

Por esta razón, la reforma a la Constitución en materia de derechos humanos de junio de 2011 acelera ese proceso democratizador de la justicia penal, en tanto otorga elementos diáfanos de protección de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales, de gran utilidad sobre todo para los contextos jurisdiccionales en los que la reforma de 2008 aún no está vigente.

La reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, en cuanto al artículo 1o., es importante por el reconocimiento pleno y constitucional de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales y será de invaluable utilidad sobre todo para las materias o campos de los derechos humanos en los que poco se ha legislado a nivel local, tanto en la Constitución como en las leyes de distintos ámbitos de competencia. La legislación interna era muy pobre en materia del debido proceso legal —y aún lo es en los ámbitos en los que la reforma en materia judicial no ha entrado en vigor— hasta antes de junio de 2008.

De las reflexiones contenidas en este trabajo es evidente que en materia de derechos humanos en el campo del debido proceso penal, tras esta reforma a la Constitución Federal el Estado Mexicano se ha puesto al día en la protección de derechos humanos de esta materia respecto de los previstos en los tratados internacionales; en este sentido, quizá se trate de un robustecimiento de la protección de éstos, por lo que es posible afirmar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 es como la “cezeza en el pastel”. Sin embargo, la transición de hasta ocho años para que la

reforma entre al fin en total vigencia hace que la de 2011 signifique un marco de protección importante en los derechos de este ámbito. En ello radica en esencia el beneficio de la incorporación a nivel constitucional de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en cuanto al debido proceso legal se refiere.

La reforma de 2008, sin embargo, se mostró ambivalente, para algunos incluso contradictoria en sus previsiones, ya que estableció un régimen especial para la delincuencia organizada que aumenta el riesgo de represión de los derechos y libertades, y por ende de restricción de los derechos del debido proceso. Esto supuso críticas importantes como las que aquí se analizaron; pero al margen de ese debate, “teórico” o incluso “político”, puede decirse que las disposiciones de excepción en materia de delincuencia organizada, ahora de rango constitucional, contradicen las predicciones de los tratados internacionales en lo relativo al debido proceso legal, por lo que eventualmente el control de la constitucionalidad podría inclinar la balanza hacia la prevalencia de los tratados internacionales por sobre las disposiciones constitucionales.

De la mano de ambas reformas, la constitucional en materia de amparo, también de junio de 2011, amplía el marco de garantías para la protección de los derechos humanos —por supuesto, también en materia del debido proceso penal— al permitirse ahora —a partir de su entrada en vigor en octubre de 2011— la procedencia del amparo fundamentado en derechos humanos consagrados en tratados internacionales. En ese sentido, las tres reformas constitucionales aquí referidas se complementan para robustecer la consagración y protección de los derechos humanos también en materia del debido proceso penal, motivo de interés en este libro.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAHAMSEN, David, *La mente asesina*. México, FCE, 1976.
- ALONSO CLIMENT, Ignacio, y Natividad Fernández Sancho, *El ombudsman iberoamericano y los derechos de la infancia*. Madrid, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo de la Universidad de Alcalá, 1999.
- ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2006.
- ARIAS MARÍN, Alan, *Violencia, derechos culturales y democracia*. México, CNDH, 2003.
- ASATASHVILI, Aleksí, e Inés Borjón López-Coterilla, *Panorama actual de los derechos humanos de las personas con discapacidad*. México, CNDH, 2003.
- ASATASHVILI, Aleski, María Cristina Fix Fierro y María Eugenia Lozano, *Seminario Internacional sobre Indicadores y Diagnóstico en Materia de Derechos Humanos: el Caso de la Tortura en México*. México, CNDH, 2003.
- ASPE ARMELLA, Virginia, *Filosofía política y derechos humanos en el México contemporáneo*. México, CNDH, 2005.
- BAILÓN CORRES, Moisés Jaime, *Derechos humanos y derechos indígenas en el orden jurídico federal mexicano*. México, CNDH, 2003.
- BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. 4a. ed. Trad. de Álvaro Bunster. México, Siglo XXI Editores, 1993.

- BARREDA SOLÓRZANO, Luis, *Justicia penal y derechos humanos*. México, Porrúa, 1997.
- BARRITA LÓPEZ, Fernando, *Delitos sistemáticos y reformas penales*. México, Porrúa, 1995.
- BAZDRECH, Luis, *Garantías constitucionales. Curso introductorio actualizado*. México, Trillas, 1994.
- BECCARIA, César (o BONESANA, César), *De los delitos y de las penas*. México, FCE, 2000 [Fascimular de la edición príncipe en italiano de 1764, seguida de la trad. de Juan Antonio de las Casas, de 1774, de *Política y Derecho*].
- BECK, Ulrich, “Teoría de la sociedad del riesgo”, en Josetxo Beriain, comp., *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Trad. de Celso Sánchez Capdequí. Barcelona, Anthropos, 1996.
- BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires, EJEA, 1959, vol. I.
- BERGALLI, Roberto, *Contradicciones entre Derecho y control social*. Barcelona, Goethe Institut-Barcelona/J. M. Bosch Editor, 1998.
- , *La recaída en el delito. Modos de reaccionar contra ella*. Barcelona, Sertesa, 1980.
- BERGALLI, Roberto, coord., *Sistema penal e intervenciones sociales*. Barcelona, Hacer, 1993.
- BERGALLI, Roberto, et al., *Control social punitivo. Sistema penal e instancias de aplicación (policía, jurisdicción y cárcel)*. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1996.
- BERISTAIN, Antonio, *Nueva criminología desde el Derecho Penal y la victimología*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal*. Buenos Aires, Ad-hoc, 1993.
- BLANCARTE, Roberto, “Los derechos de las minorías religiosas”, en VVAA, *Los derechos de las minorías religiosas*. México, CNDH, 2003 (Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, 9).
- BOLAÑOS CACHO, Miguel, *Los derechos del hombre*. México, CNDH, 2002.
- BONESANA, César, marqués de Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*. 6a. ed. México, Porrúa, 1995.
- BOUZA-BREY, Luis, *Manual de Ciencia Política*. Madrid, Tecnos, 1996.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima, ARA Editores, 2001.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, *Obras completas. I. Derecho Penal. Parte general*. Lima, ARA, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, Roberto Bergalli, Teresa Miralles *et al.*, *El pensamiento criminológico. I. Un análisis crítico*. Bogotá, Temis, 1983.
- , *El pensamiento criminológico. II. Estado y control*. Bogotá, Temis, 1983.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, y Elena Larrauri Pijoan, *Victimología: presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas*. Barcelona, PPU, 1993.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan José, y Hernán Hormazábal Malarée, *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid, Trotta, 2004.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *Estudio para la elaboración de un manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*. México, CNDH, 2005.
- CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos*. 2a. ed. actualizada por Santiago Martínez. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- CANCHOLA GUTIÉRREZ, Ulises, “México y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en VVAA, *Protección universal de los derechos humanos*. México, CNDH, 2004 (Transición democrática y protección a los derechos humanos, 3).
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *La conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1998.
- CARABAÑA, Julio, y Emilio Lamo de Espinoza, “Resumen y valoración crítica del interaccionismo simbólico”, en José Jiménez Blanco y Carlos Moya, eds., *Teoría sociológica contemporánea*. Madrid, Tecnos, 1978.
- CARBONELL, Miguel, *El principio constitucional de igualdad*. México, CNDH, 2003.
- , “Estudio preliminar. La igualdad y los derechos humanos”, en Miguel Carbonell, coord., *El principio constitucional de igualdad*. México, CNDH, 2003.
- , *Los derechos fundamentales en México*. México, CNDH-UNAM, 2004.
- , *Neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2003.
- , *Teoría constitucional y derechos fundamentales*. México, CNDH, 2002.

- CARBONELL, Miguel, Óscar Cruz Barney y Karla Pérez Portilla, comps., *Constituciones históricas de México*. México, Porrúa/UNAM, 2002.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho Penal mexicano I*. 4a. ed. México, Porrúa, 1955.
- CARRANZA HURTADO, María Eugenia, *La mujer y la niñez desde una perspectiva de los derechos humanos*. México, CNDH, 2004.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, *Derecho e ideología*. México, IIJ-UNAM, 1989.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio, Samuel González Ruiz y Ernesto Mendieta Jiménez, *Hacia la profesionalización de la Policía Judicial Federal mexicana*. México, Inacipe, 1992.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*. México, Porrúa, 1989.
- CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, *La defensa jurídica de la Constitución en México*. México, Herrero, 1994.
- CHAPMAN, Denis, “El estereotipo del delincuente y sus consecuencias sociales”, en Rosa del Olmo, comp., *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo, Puente [original en inglés en *International Journal of Criminology and Penology*, vol. 1, núm.1, febrero de 1973].
- CHRISTIE, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*. México, Porrúa, 1989.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de inocencia”. <http://www.juridicas.inam.mx/infojus/fij.htm> (Biblioteca Jurídica Virtual).
- CORZO SOSA, Édgar, “Comentario al amparo en revisión 1475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. México, IIJ-UNAM. <http://juridicas.unam.mx/rev/cconst/cont/3/cj/cj7.htm> (Biblioteca Jurídica Virtual).
- COSSÍO, José Ramón, y Luis M. Pérez de Acha, *La defensa de la Constitución*. México, Fontamara, 2006.
- CROSSMAN, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*. 3a. ed. en español de la quinta en inglés. México, FCE, 1974.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal I*. 8a. ed. México, Porrúa, 1971.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español*. 2a. ed. Madrid, Civitas, 1996.
- DE GIORGI, Raffaele, *Ciencia del Derecho y legitimación*. México, Universidad Iberoamericana, 1998 (Teoría Social).

- DERBEZ BAUTISTA, Luis Ernesto, "Presentación", en *Retos actuales de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos. A diez años de la aprobación de los Principios de París*. México, CNDH, 2004.
- Diccionario de Derecho*. 27a. ed. México, Porrúa, 1991.
- Diccionario jurídico mexicano*. México, Porrúa/UNAM, 1987.
- Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 100, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de amparo, p. 29. http://www3.diputados.gob.mx/camara/002_informacion_parlamentaria.
- Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 10. http://www.senado.gob.mx/camara/002_informacion_parlamentaria.
- DONDÉ MATUTE, Javier, *Principio de legalidad penal. Perspectivas del Derecho nacional e internacional*. México y Barcelona, México Universitario/J. M. Bosch Editor, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* 3a. ed. Madrid, Trotta, 1998.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999.
- , *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid, Trotta, 2007, t. 1.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid, Trotta, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, CNDH, 1999.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Los sistemas jurídicos contemporáneos. Antecedentes y panorama actual*. Tomado de: [http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt\(cnt27.ddf\)](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt(cnt27.ddf)). México, UNAM, 1996.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Trad. de Aurelio Garzón del Camino, 2a. ed. rev. y corr. México, Siglo XXI Editores, 2009.

- GALEANA, Patricia, *La condición de la mujer indígena y sus derechos fundamentales*. México, UNAM/CNDH, 1997.
- GARCÍA-BORÉS, Joseph María, Joan Pujol et al., *Los “no delincuentes”. Cómo los ciudadanos entienden la criminalidad*. Barcelona, Fundación “La Caixa”, 1994.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. 3a. ed. México, Fontamara, 1999 (Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política).
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México, CNDH, 2004.
- , “El debido proceso legal: concepto y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, IIJ-UNAM. <http://www.juridicas.unam.mx/infojus/fij.htm>.
- , *El sistema penal mexicano*. México, FCE, 1993.
- , *Panorama del Derecho mexicano*. México, McGraw-Hill, 1998.
- GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Trad. de Berta Ruiz de la Concha. México, Siglo XXI Editores, 1999.
- GIL RENDÓN, Raymundo, *El Ombudsman en el Derecho Constitucional Comparado*. México, McGraw-Hill, 2001.
- GÓMEZ JARAMILLO, Alejandro, *Un mundo sin cárceles es posible*. México, Ediciones Coyoacán, 2008.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los derechos humanos*. México, CNDH, 2003.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo, aportes y expectativas*. México, CNDH, 1995.
- , *Manual de derechos humanos del interno en el sistema penitenciario mexicano*. México, CNDH, 1995.
- GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Memoria del Seminario Internacional sobre Tolerancia*. México, CNDH, 2001.
- GONZALEZ VIDAURRI, Alicia, Klaus-Dieter Gorenc y Augusto Sánchez Sandoval, *Control social en México, D. F. Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*. México, ENEP Acatlán-UNAM, 1998.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. de Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón. Madrid, Trotta, 2006.
- HENTIG, Hans von, *Estudios de psicología criminal. III. La estafa*. Madrid, Espasa-Calpe, 1960.

- HERNÁNDEZ VALDEZ, Gabriela, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*. México, Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato, 2004.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel, *Debido proceso penal en el sistema acusatorio*. México, Flores Editor y Distribuidor/Universidad Panamericana, 2011.
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego de la 4a. ed. alemana. Granada, Comares, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Victimología. Estudios de Derecho Penal y criminología*. Buenos Aires, Omeba, 1961.
- KAPLAN, Marcos, *El narcotráfico latinoamericano y los derechos humanos*. México, CNDH, 1993.
- KAUFFER MICHEL, Edith, “Los refugiados guatemaltecos y los derechos humanos”, en VVAA, *Los derechos de los migrantes*. México, CNDH, 2003 (Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, 5).
- KAYE, Dionisio J., “Derechos humanos y servicios de salud”, en VVAA, *Los derechos de los pacientes*. México, CNDH, 2003 (Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, 4).
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* 12a. reimp. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. México, Fontamara, 2007.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima y Bogotá, Palestra y Temis, 2007.
- LAMNEK, Siegfried, *Teorías de la criminalidad, nueva criminología*. 4a. ed. México, Siglo XXI Editores, 1998.
- LAMO DE ESPINOSA, Emilio, *Delitos sin víctima*. Madrid, Alianza, 1989.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas*. México, Porrúa, 1982.
- LARRAURI PIJOAN, Elena, *La herencia de la criminología crítica*. 2a. ed. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992.
- LIMA MALVIDO, María de la Luz, *Modelo de atención a víctimas en México*. México, Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas, 1995.
- , *Victimología y derechos sociales de la mujer*. México, Fundación Mexicana de Asistencia a Víctimas, 1993 (Serie Victimológica, 1).
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*. 2a. ed., 3a. reimp. Buenos Aires, Astrea, 2010.

- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Introducción al Derecho Penal*. 5a. ed. México, Porrúa, 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid, Instituto de Criminología-Universidad Complutense, 1979.
- MADRAZO CUÉLLAR, Jorge, *Sistemas de protección no jurisdiccional de los derechos humanos*. México, CNDH, 1994.
- MAIER, Julio B. J., “La víctima y el sistema penal”, *Jueces para la Democracia*. Madrid, núm. 12, 1991.
- MAIER, Julio B. J., comp., *De los delitos y de las víctimas*. Trad. de Julio B. J. Maier y Elena Carranza. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992.
- MALO CAMACHO, Gustavo. *Derecho Penal mexicano*. 3a. ed. México, Porrúa, 2000.
- MARCHIORI, Hilda, *Criminología. La víctima del delito*. México, Porrúa, 1998.
- MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael, *Derecho Penal. Parte general*. 3a. ed. México, Trillas, 1994.
- , *El tipo penal. Algunas consideraciones en torno al mismo*. México, UNAM, 1992.
- , *Sociología jurídica*. México, Trillas, 1992.
- MARSAL, F., *La crisis de la sociología norteamericana*. Barcelona, Península, 1977.
- MARTÍN, Claudia, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México, Fontamara, 2004.
- MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*. Buenos Aires, Ediar, 2003.
- MEAD, George H., *Espíritu, persona y sociedad*. Trad. de Florial Mazia. Barcelona, Paidós, 1973.
- MEINS OLIVARES, Eduardo, “El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en el nuevo Código de Procedimiento Penal”, *Ius et Praxis. Derecho en la Religión*. Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales-Universidad de Talca, año/vol. 5, núm. 1.
- MELOSSI, Dario, *El Estado del control social*. México, Siglo XXI Editores, 1992.
- MELLÓN, Joan Antón, *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*. Madrid, Tecnos, 1998.
- MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, “La privación ilegal de la libertad y los derechos humanos”, en VVAA, *Los derechos de las personas detenidas*.

- México, CNDH, 2003 (Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, 7).
- MIRÓN REYES, Jorge Antonio, “Mecanismos de defensa de los internos”, en VVAA, *Los derechos de las personas detenidas*. México, CNDH, 2003 (Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, 7).
- MOLINA PIÑEIRO, Luis, *Aportes para una teoría del gobierno mexicano*. México, IIJ-UNAM, 1983 (Serie E, 21).
- NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, *La defensa no jurisdiccional de los derechos fundamentales en México*. México, CNDH, octubre de 2005.
- NAVARRO ROBLES, José, *Derechos humanos y seguridad social en América. Memoria del Seminario*. México, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, 1992.
- NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992.
- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*. Barcelona, Ariel, 1989.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*. 5a. ed. México, Siglo XXI Editores, 1989.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*. México, Trillas, 1993.
- Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, solicitada por México sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso”. <http://www.derhumanos.com.ar/opiniones%20consultivas/opinion%20consultiva%2016.htm>.
- ORCÍ GÁNDARA, Luis, *Los derechos humanos, económicos, sociales y culturales*. México, CNDH, 2007.
- ORONOS SANTANA, Carlos M., *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2a. ed. México, Limusa-Noriega Editores, 1983.
- ORTIZ ORTIZ, Serafin, *Los fines de la pena*. México, Instituto de Capacitación-PGR, 1993.
- ORTIZ TREVIÑO, Rigoberto Gerardo, *La seguridad jurídica. Los derechos humanos en la jurisprudencia mexicana*. México, CNDH, 2004.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*. 3a. ed. México, Harla, 1996.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. 8a. ed. Trad. de Ignacio Muñagorri. Méxi-

- co, Siglo XXI Editores, 2003 [edición original en italiano: Florencia, 1980].
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Los delitos contra el orden económico. La responsabilidad penal de la persona jurídica*. 4a. ed. México, IJ-UNAM, 1995.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho Penal del enemigo*. Perú, Grijley, 2009.
- PORRÚA PÉREZ, Francisco, *Teoría general del Estado*. 24a. ed. México, Porrúa, 1991.
- PRATT FAIRCHILD, Henry, ed., *Diccionario de sociología*. 2a. ed. México, FCE, 1997.
- QUERALT, J. Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación”, en Jesús María Silva Sánchez, ed., *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 1999.
- RAMÍREZ GONZÁLEZ, Rodrigo, *La victimología. Estudio de la víctima del delito: su función en la prevención y control de la criminalidad*. Bogotá, Temis, 1983.
- RAMOS-KURI, Manuel, *Avances tecnológicos de los derechos humanos*. México, CNDH, 2004 (Fascículo 4).
- RECASENS BRUNET, Amadeu, “Violencia, policía y seguridad ciudadana”, en René Van Swaaningen, Amadeo Recassens Brunet *et al.*, *Imágenes del control penal. El sistema penal y sus agencias*. Santa Fe, Secretaría de Postgrado-Universidad Nacional del Litoral, 1994, pp. 51-82.
- RECASENS SICHES, Luis, *Sociología*. Reimp. de la 3a. ed. México, Porrúa, 1989.
- REYES CALDERÓN, José Adolfo, y Rosario León Dell, *Victimología*. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1998.
- RICO, José María, *Justicia penal y transición democrática en América Latina (Criminología y Derecho)*. México, Siglo XXI Editores, 1997.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cárcel en el sistema penal*. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1995.
- RODÉS MATEU, Adriá, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*. Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2009 (Derecho y Administración).
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología. Estudios de la víctima*. 3a. ed. México, Porrúa, 1996.

- ROXIN, Claus, *El Derecho Penal. Parte general. I. Fundamentos de la Teoría del Delito*. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña. 2a. ed. Madrid, Civitas, 1997.
- , “La reparación en el sistema de los fines de la pena”, en Julio B. J. Maier, comp., *De los delitos y de las víctimas*. Trad. de Julio B. J. Maier y Elena Carranza. Buenos Aires, Ad-hoc, 1992.
- RUIZ JIMÉNEZ, José Manuel, y Salvador Osorio Solís, “El sistema de justicia penal. Análisis descriptivo”, *Revista Mexicana de Justicia*. México, IIJ-UNAM, Nueva Época, vol. 1, núm. 1, 1997.
- SAN MIGUEL AGUIRRE, Eduardo, *Los derechos humanos en la tercera edad*. México, CNDH, 1999.
- SÁNCHEZ ANDRADE, Eduardo, *Introducción a la ciencia política*. México, Harla, 1983.
- SARRE IGUINIZ, Miguel, “En busca de un sistema acusatorio”, *Gaceta*. Guadalajara, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco, año IV, núm. 9, mayo-septiembre de 1997.
- SENIOR, Alberto F., *Sociología*. México, Porrúa, 2000.
- SEPÚLVEDA, César, *Estudios sobre Derecho Internacional y derechos humanos*. México, CNDH, 2000.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El siglo XX, entre el respeto y la violación a los derechos humanos* (fascículo 1 de 9 del ciclo de conferencias y mesas redondas “Los derechos humanos y la globalización”). México, CNDH, 2005.
- , “Presentación”, en VVAA, *Los derechos de los pueblos indígenas*. México, CNDH, 2003 (Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, 1).
- , *Sistema jurisdiccional mexicano*. México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica/IIJ-UNAM/Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, 1999.
- SOSA LÓPEZ, Margarita, y Beatriz E. Tamés Peña, *Vida internacional de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. México, CNDH, 2005.
- TAMÉS PEÑA, Beatriz E., *Principales instrumentos internacionales sobre discriminación y racismo*. México, CNDH, 2004.
- TERRAZAS, Carlos, *Los derechos humanos y las sanciones penales en México*. México, Inacipe, 1992.
- Tesis P. C/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27, “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”.

- Tesis P. LXXVII/99 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, noviembre de 1999, Novena Época, p. 46, “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.
- TREVES, Renato, *La sociología del Derecho*. Madrid, Ariel, 1988.
- VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia, *Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?* México, IIJ-UNAM, 1988.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Derechos humanos para el desarrollo social*. México, Procuraduría de los Derechos Humanos de Guanajuato, 2003.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, y Daniel Chowel Arenas, *Compendio de derechos humanos contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. México, Procuraduría de los Derechos Humanos de Guanajuato, 2005.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, y Margarita López Maciel, *Los derechos humanos y el medio ambiente*. México, Procuraduría de los Derechos Humanos de Guanajuato, 2004.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, y Mauricio Vázquez González, *Los derechos humanos y el patrimonio cultural*. México, Procuraduría de los Derechos Humanos de Guanajuato, 2004.
- VILLALOBOS, Ignacio, *Derecho Penal mexicano*. 2a. ed. México, Porrúa, 1960.
- VVAA, *Las garantías individuales. Parte general*. México, Poder Judicial de la Federación-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.
- WITKER, Jorge, *La investigación jurídica*. México, McGraw-Hill, 1994 (Serie Jurídica).
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal*. México, Ediciones Coyoacán, 2007.
- , *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. México, Porrúa, 2000.
- , *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis, 1990.
- , *Manual de Derecho Penal*. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986.
- , *Muertes anunciadas*. México, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos/Temis, 1993.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 3a. ed. Trad. de Marina Garcón. Valladolid, Trotta, 1999.

- ZAITCH, Damián, y Ramiro Sagarduy, “La criminología crítica y la construcción del delito”, *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*. Buenos Aires, Cátedra Delito y Sociedad: Sociología del Sistema Penal de la carrera de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales-Universidad de Buenos Aires, año 1, núm. 2, segundo semestre de 1992, pp. 31-52.
- ZAMORA GRANT, José, *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*. 2a. ed. México, Inacipe, 2009.
- ZAVALA, Silvio, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina; siglos XVI y XVII*. México, CNDH, 2001.
- ZEDNER, Lucía, “Cap. 15. Víctimas”, en Mike Maguire, Rod Morgan y Robert Reiner, coords., *Manual de criminología*, vol. 4. Trad. de Arturo Aparicio Vázquez. México, Oxford (Grandes Clásicos del Derecho).
- ZOLO, Danilo, “Marxismo y cuestión criminal”, en Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo, *Democracia autoritaria y capitalismo tardío*. Barcelona, El Viejo Topo, 1978.

Justicia penal y derechos fundamentales, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en diciembre de 2012 en los talleres de GVG GRUPO GRÁFICO, S. A. DE C. V., Leandro Valle núm. 14-C, col. Centro, C. P. 06010, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 1,000 ejemplares.

