

EL SISTEMA PENAL*

Hablar del sistema penal —su organización, su funcionamiento, sus posibilidades— es referirse al punto donde el poder y el hombre se encuentran, o mejor dicho, se enfrentan con la mayor intensidad y el máximo riesgo. En ese vértice de la vida social y política de la sociedad —pero también de su vida moral— quedan a la vista las más hondas convicciones del Estado y los más elementales valores del hombre, esto es, los esenciales, radicales, irreductibles.

Si el individuo comparece en la escena penal como un desvalido, enemigo social “diplomado” por la circunstancia del delito y el proceso, el poder político lo hace con el mayor aparato de su imperio. Aquí aparece un estado de guerra hacia adentro, no menos severo y apremiante que una contienda hacia fuera. El infractor constituye una suerte de hombre “desnudo”, protegido con el único aparejo de sus derechos constitucionales; y el poder público se muestra como “Estado real” —el verdadero, el auténtico Estado—, sin más discurso y atavío que el necesario para dictar sentencia y ejecutar la condena. La mejor caracterización de Leviatán es la del “Estado real punitivo”, que es, en fin de cuentas, el último Estado que mira, conoce y comprende el individuo antes de caer bajo su imperio.

En el epígrafe de los procesos penales se observa esa circunstancia abrumadora. Así ocurre cuando se dice que entran en formal conflicto el rey, la nación o la república y cierto individuo: el Estado *versus* Juan. Los desiguales combatientes se colocan en el estrado y comparecen ante el juez, clave del sistema penal, cruceo de los caminos. Pero éste, sin embargo, se halla más cerca del rey, de la nación y de la república que del infractor. Es uno de aquéllos, no uno de éstos. Tiene ante sí al acusador, un colega, y frente a sí —diríamos que enfrentado a sí— al inculpado, que de ninguna manera tiene esa condición confiable.

* Conferencia en el III Encuentro Internacional sobre Ciencias Penales-I Simposio Ibero-Luso-Americano de Criminología-IV Jornada Nacional Cubana de Criminología. La Habana, Cuba, 12 de noviembre de 1996. Esta intervención se publicó en *Criminalia*, año LXII, núm. 3, septiembre-diciembre de 1996, pp. 169-193.

Por lo tanto, juzgar a la justicia penal, invirtiendo los términos de la justicia cotidiana, implica apreciar cómo se resuelve y resolverá este acercamiento belicoso. Los datos de la contienda pondrán en juego todas las piezas del discurso político, desde la prevención hasta la ejecución; y aún después: la época del estigma que se quiere disimular, como ocultaban los antiguos suplicios la flor de lis marcada en su cuerpo.

Nos interesa revisar el sistema penal del presente, y más todavía el del porvenir. El futuro se precipita. Los hombres, que antes empujaban la pesada carreta del desarrollo, ahora son apremiados por éste. La justicia penal —la región menos transparente en el aire de la vida colectiva— es uno de los reductos característicos del pasado. Su justicia suele ser morosa y resistente. Con la mirada de esa justicia —a menudo interrumpida por la extraña venda que nos empeñábamos en poner sobre sus ojos— no es fácil advertir la nueva realidad.

De ahí proviene una preocupante dispersión: por una parte, los apremios de la vida; por la otra, distantes de aquélla, las respuestas del sistema penal. Parece que el sistema penal funcionara para sí, bajo unas reglas y con unos propósitos que no siempre corresponden a las reglas y a los propósitos del otro espacio de la vida: el espacio de la libertad. Es cierto que el discurso penal se disciplina. Y hasta hay ocasiones en que se anticipa; pero la práctica penal no. Ahora bien, el sistema penal es principalmente esto: una práctica, una tendencia, una costumbre inveterada.

Al igual que Jano, el sistema penal —o como otros dirían, la justicia penal— tiene un doble rostro. Es continente y contenido. Como lo primero, continente, recibe la política penal del Estado arraigada en una política social, pero con vínculos tan indispensables como inevitables con las restantes decisiones fundamentales. En tal virtud, no puede andar a la deriva, refugiado y resuelto en sí mismo. Carece de autonomía. Es una implicación. Si se levanta por su cuenta, introduce una inconsecuencia que tarde o temprano enfrentará anticuerpos. Por eso las revoluciones difícilmente podrían comenzar en el sistema penal, aunque suelen empezar contra él.

Como contenido, el sistema penal tiene que ver con las facetas de un poliedro que se manejan en armonía: prevención, tipificación, penalización, procesamiento, ejecución. La prevención se halla fuera, pero determina todo lo que se halla dentro. Prevenir es un asunto de previo y especial pronunciamiento. Sus exigencias son infinitas y sus recursos, numerosos. Al menos, esta es la hipótesis en la que regularmente nos movemos.

De ahí que inquiete la versión de la seguridad pública como un problema para la represión, cuando lo es, primero y sobre todo, para la educación, el trabajo, la salud. Se dice que el sistema penal no funciona cuando no impide los delitos, y que la corrección de esta deficiencia radica en hacer de aquél un sistema “más penal” todavía. La verdad pudiera hallarse en otra forma de la justicia: la justicia social. No parece posible que una sociedad injusta sea al mismo tiempo una sociedad segura. Son calificaciones que se excluyen mutuamente.

Bajo los conceptos que llevo enunciados se aprecian las funciones del sistema penal. En primer término, tiene una función social. Efectivamente, es el medio ideado por los hombres para la tutela de sus intereses y la preservación coactiva de la paz. Funciona como el sucedáneo de la violencia, precisamente donde ésta puede exacerbarse. Un sistema penal ineficiente permite o provoca la reaparición de la violencia —mala alternativa de la justicia— en alguna de sus dos vertientes características: la que ejercen las autoridades, desbordantes; o la que desempeñan los particulares: sean los vengadores solitarios, sea el gran vindicador emergente, el pueblo, en un repentino ejercicio directo de la soberanía. El pueblo, Fuenteovejuna, que reescribe el Código Penal.

El sistema penal del porvenir —y la justicia penal de ese tiempo— acogerá los cambios que le imponga la necesidad de tutelar con eficacia los intereses sociales y la paz pública. Esto es importante, porque aquí se resolverá un dilema relativamente novedoso que acosa a las leyes modernas. La antinomia se presenta, con un arcoiris de matices, entre la verdad y el orden público.

El sistema penal tiene una función moral. Por supuesto, no confundiré el derecho con la moral. Estas confusiones, curiosidades de otro tiempo, suelen poner en peligro el carácter austero del derecho penal moderno. Como agente de la moral, el derecho puede concluir en tiranía. Sin embargo, es cierto que constituye el mínimo ético exigible, no porque formalmente se unifiquen las normas moral y jurídica, sino porque ésta adopta el contenido de aquélla como respuesta a una generalizada convicción social. Sería impensable o inadmisibles un sistema jurídico que desalojara los mandamientos morales de la sociedad —el Decálogo, digamos— y estableciera una licitud completamente distinta.

Ahora bien, la justicia penal trabaja con la porción nuclear de ese mínimo ético. El núcleo de las creencias, que suele ser el núcleo de las necesidades: creencia en y necesidad de vida, salud, libertad, seguridad, inti-

midad, honor o prestigio. Es esta consideración lo que se halla en la idea de un “delito natural”, como la propusieron los positivistas. Hay mucho más que un Decálogo, pero no puede haber nada menos que ese decálogo, ni para la moral ni para el derecho. Así las cosas, el sistema penal del porvenir tendrá el contenido —o dejará de tenerlo— que le impongan las variaciones en la moral pública, otro espacio donde se camina con gran premura.

Prosigo. El sistema penal tiene una función política. Hablar de él es referirse a la frontera del derecho. Es ahí donde se localiza con viveza la fórmula clásica del Estado de derecho: el hombre puede hacer todo lo que no esté prohibido, y la autoridad sólo puede hacer lo que le esté atribuido. Esto se refleja en el primer principio del sistema penal moderno —*nullum crimen sine lege*—, que es el más imperioso de los dogmas penales, al que los demás rodean. El *nullum crimen* fija el marco de esa función política del Estado.

En el sistema penal la autoridad hace lo más que le está atribuido; es el “colmo” de la atribución, si se me permite decirlo así. Lo es, porque desde ella puede privar al ciudadano de los derechos que éste depositó en el contrato social, y hasta de los que nunca soñaron declinar los quiméricos contratantes originales: vida, libertad, patrimonio. La frontera está en el sistema penal, porque un paso más allá conduce al abismo: la tiranía.

Y bajo ese mismo sistema el individuo lleva sus facultades al punto “crítico”: los linderos de lo admisible; el “colmo” de la libertad. Los derechos humanos nunca pudieron —ni podrían— ser tan absolutos que se volvieran contra sí mismos; es decir, que suprimieran a los derechos humanos. Esta sería la fortaleza puesta en armas contra sí misma. La frontera —peligrosamente movediza— se halla en el extremo al que puede llegar la libertad, el límite penal del derecho humano, el punto en el que comienza la oscura transfiguración de la libertad en delito. Un paso más allá lleva a otro abismo: la anarquía.

El sistema penal muestra los cambios que ocurren en la relación entre el hombre y el Estado. Ahora se habla dondequiera de la reforma del Estado. En términos más llanos, se trata de una revisión de aquellas relaciones, que también tienen expresión en el sistema penal. La tipificación y la penalización —cualitativas y cuantitativas— servirán a esos cambios; lo harán en sus extremos posibles: ahí donde está el punto final —siempre histórico, hay que reconocerlo— de la atribución pública y el punto final de la prerrogativa privada. En el espacio del sistema penal se resuelve y

se resolverá de alguna manera la dialéctica de las atribuciones y los derechos.

La aparición de nuevos delitos o de nuevas formas de incurrir en viejos delitos, pone a prueba la misión política del sistema penal; en efecto, compromete los límites entre la atribución y la facultad. Eso ha sucedido siempre en el plano peculiar de los delitos políticos; luego, en el de los sociales. Y ahora la mancha se difunde hacia las conductas que aparecen en el curso de la evolución delictiva.

¿Cómo encarar la criminalidad organizada, probablemente la más temible y temida en los Estados modernos? Sobre esto se ha estado discutiendo y legislando. En cada debate y en cada acto legislativo, el sistema penal expande sus territorios. Las atribuciones crecen y los derechos ceden. Es verdad que la delincuencia organizada pone en peligro al Estado de derecho; más aún, pone en riesgo grave al Estado y al derecho. De ahí que se deba precisar la función defensiva que en esta materia compete al sistema punitivo, para que sea funcional, sin perjuicio de que también funcionen los espacios del derecho creados para proteger, en beneficio general, otros renglones de la libertad y la seguridad.

Conviene que nos preguntemos si en el sistema penal que ahora se construye estamos yendo, deliberadamente, hacia un régimen de garantías diversificadas: unas plenas, otras recortadas; unas más comprometidas con la libertad individual, otras más asociadas a la seguridad colectiva. Sería preocupante que el sistema penal no advirtiese la profunda convergencia —a menudo invisible— que existe entre esas dos exigencias tan arraigadas: libertad y seguridad. Ocurre que el desconocimiento penal de una no implica por fuerza la exaltación de la otra. Si alguna se deteriora, la restante sufrirá menoscabo; a la postre, decaerán las dos. El *boomerang* es un arma temible para quien la esgrime.

Me referí al impacto de la evolución social sobre el sistema penal. Se dice que vivimos el final de la historia, de las ideologías, de las utopías. En el fondo, esta premonición implica una condena intencionada y severa; excesiva también. No hay tal final. No se observa una sociedad congelada, con procesos necesariamente agotados o inevitablemente reiterativos. Los cambios persisten, sea que se trate de movimientos para el advenimiento de una nueva era, sea que se trate de movimientos para practicar ajustes dentro de ésta.

En el marco de esos cambios —lo único permanente es el cambio, es decir, el río, aunque no se repita el agua bajo el puente— figura un caso

elocuente: el delito. No menos intensa deberá ser la evolución del sistema penal. Este irá de la mano de la evolución social y del desarrollo que tenga el delito, más o menos consecuente con aquella evolución. Ocurre ya.

En el orden de la sociedad, el sistema penal debe contar con las realidades emergentes. Tenemos —somos— una sociedad de masas, inquieta, demandante y compleja. Empero, no se trata de una sociedad absolutamente homogénea. En su interior proliferan las sociedades menores. Esos parecen ser los rasgos distintivos de la sociedad moderna, y probablemente lo serán, acentuados, de la sociedad del porvenir. La animación de tales rasgos puede culminar en delito y ser materia prima del sistema penal.

Vale recordar que la sociedad universal está experimentando transformaciones que inciden sobre las sociedades domésticas, y en éstas, sobre las sociedades regionales. Estos son los planos descendentes del cambio, de mayor a menor; sus círculos concéntricos; la piedra arrojada al estanque comienza a producir los círculos concéntricos que el impacto permite esperar.

En la evolución social aparece el hecho de la globalización, entre temible y benéfico; deseado y rechazado. Globalización es una forma de referirse a la interdependencia, por una parte, y a la decadencia de las soluciones particulares, por la otra. Ahora no se trata tanto de una importación de modelos sociales, que por supuesto la hay, sino de algo más extenso y complejo: la inserción en una nueva sociedad universal.

Siempre hubo importación de soluciones particulares, por adquisición lógica o extralógica. Las instituciones penales fueron artículos de importación: el jurado, por ejemplo, que la Europa continental tomó de la Europa insular, o el sistema celular, que ambas tomaron de la flamante república estadounidense. Los países latinoamericanos, que huían de las tradiciones españolas, saben bien lo que ha sido la importación de instituciones; algunas, adaptadas, se aclimataron en nuestro medio; otras, sólo adoptadas, fueron siempre extrañas, establecidas en una dimensión singular y escurridiza, que daría pábulo a que se hablara de surrealismo jurídico.

Si alguno de mis colegas latinoamericanos piensa que éste no es el caso en su país, diré que ha sido el caso de México. La tendencia general ya no apunta a la mera asunción de modelos foráneos, sino implica algo más ambicioso: la asunción de modelos globales de justicia penal, contruidos a partir de experiencias particulares.

Aquí existe un proceso interesante, que ha precedido a la globalización y ahora la sirve y acompaña. Me refiero a la integración. Un primer

paso en este sentido es la internacionalización de la justicia penal, paralela del ingreso del hombre —ya no sólo el súbdito— en la escena del derecho de gentes.

Un derecho penal internacional, erigido desde varias fuentes, pero en todo caso relacionado con los procesos de Nüremberg y Tokio, tipifica las conductas que todos los Estados reprobarán. Empero, el sistema penal sustantivo no se reduce a los delitos contra la paz o contra la humanidad y a los crímenes de guerra. En convenciones multilaterales figura el núcleo de nuevos delitos. Hay compromisos explícitos para la tipificación nacional a partir de cierta tipificación internacional; así, la tortura y el narcotráfico.

Es verdad que la integración jurídica-penal, como cualquier proceso de integración jurídica, florece donde existe proximidad cultural, aunque ésta no desemboque en verdadera identidad. Tal es la enseñanza de la comunidad europea. Esta propicia un derecho comunitario a partir de un derecho común, o si se prefiere, de unos conceptos jurídicos ampliamente compartidos. Así asistimos a una emergencia que hace medio siglo —o mucho menos que eso— hubiera sido impensable: ficción jurídica. En cambio, en nuestra América ibérica no concluimos aún los pasos que iniciamos hace varias décadas para establecer un código penal tipo.

En el mismo plano de la integración del sistema penal se halla la persecución internacional. El antiguo instrumento de la Interpol parece superado, o en trance de serlo, por otros procedimientos policiales, más diligentes y expeditos. Estos son espada de doble filo, me parece, que puede serenar o ahuyentar el sueño. Los tratados bilaterales, por lo menos, proliferan y constituyen otras tantas piezas para la integración gradual de un sistema penal internacional.

En este orden de cosas, con un horizonte claroscuro, en el que a veces hay signos de tormenta, va surgiendo otro sector del sistema: el juzgamiento penal internacional. Sobre esto, hay que distinguir variedades. Una está constituida por la colaboración procesal, dato tradicional de esta materia. Otra se halla depositada en los tribunales internacionales para delitos de este orden o para violaciones de derechos humanos. Otra más es una práctica sombría, avalada por extrañas resoluciones jurisdiccionales: el secuestro oficial para procesar, a partir de una “bolsa negra” en el orden jurídico universal —digámoslo así—: el procesable está a la disposición de quien pueda capturarlo.

Por último, la integración del sistema penal reconoce la ejecución de condenas fuera del Estado jurisdiccional. Si en las tradiciones clásicas había un Estado requirente y uno requerido, en aquella figura ejecutiva, relativamente nueva, hay un Estado juzgador y otro ejecutor; funciones que cancelan o disminuyen las implicaciones ortodoxas de la soberanía sobre el sistema penal.

La globalización haría pensar en una dilusión de todas las fuerzas, como de todas las fronteras, en un espacio mayor y común, gobernado por ideas generales, aceptadas libremente —más o menos libremente—, en el que ya no habría preponderancias ni subordinaciones. Esta es la utopía. En rigor, ni la globalización ni mucho menos la integración suprimen la hegemonía. Más bien la suponen y construyen a partir de ella. Las hay de carácter regional y las hay de naturaleza mundial. Es obvio que esas hegemonías sucesivas pesarán en la construcción del nuevo sistema de justicia penal, en la inserción de los participantes nacionales en el gran proyecto general y en la marcha puntual del conjunto.

Otro asunto interesante a propósito del sistema penal es la influencia que la obsesión económica del momento, el economicismo contemporáneo, puede tener y está teniendo sobre aquél. Hubo siempre un gran peso del dato económico en la formulación del derecho. No diré si este peso fue determinante. Simplemente lo hubo. El marxismo lo puso al frente de la historia. Y hoy el nuevo liberalismo lo coloca en esa misma calidad de mascarón de proa para el nuevo viaje que sugiere a la humanidad.

Ahora la divisa prevaleciente es “libertad económica”. En consecuencia, se necesita que el sistema penal proteja ese bien anclado en el poder del mercado y la reducción del Estado. La justicia penal servirá, por ende, a los fines de la libertad económica —así, por ejemplo, en materia autoral, industrial y comercial— como antes lo hizo a los objetivos de la independencia nacional, la pureza y el predominio de una raza, la lucha de clases, etcétera.

Me he referido a la evolución social en general, como factor del sistema penal. Matriz para el desarrollo de éste y lente para observar sus evoluciones. Ese desarrollo social, en sentido lato, apareja un desenvolvimiento del delito, que a su turno es un dato del sistema penal. De hecho, es un personaje del sistema; un protagonista inexorable. El otro personaje es la reacción social. En el fondo, se trata de un debate y un combate: las ideas para aquél y las armas para éste resultan del tiempo y las circunstancias, los caracteres y los objetivos de ambos protagonistas.

Parto de una idea bien acreditada: la perennidad del delito. Ésta trae consigo la perennidad del sistema penal, sin agravio del éxito deseado a las utopías que prevén la desaparición del derecho en general y de la justicia penal en particular. Mientras llega la hora de esta moralización de la humanidad, que haga inútil la juridización de la vida, deberemos trabajar con los hechos de la experiencia.

Por supuesto, perennidad no quiere decir inmutabilidad. Todos los procesos sociales básicos persisten, y en este sentido son perennes, aunque hayan variado —y variarán todavía— sus manifestaciones históricas: así en la creación, la cultura, la educación, el trabajo. Lo mismo en el delito, como señalaron los criminólogos clásicos. El crimen es una forma de energía social. Al igual que la energía, el crimen no desaparece, sino se transforma. Hay ciertas leyes o patrones, siempre discutibles, sobre la evolución del delito. No tienen el carácter “duro” de las leyes en las ciencias exactas, sino el margen de flexibilidad característico de los procesos sociales y las ciencias correspondientes.

Esto conduce a examinar dos temas centrales del sistema penal, que tienen poder desencadenante para los trabajos de Hércules que el sistema debe acometer: los actuales y los futuros delitos, por una parte, y los actuales y los futuros delincuentes, por la otra. De la observación y las previsiones que hagamos en este ancho campo provendrán los actuales y futuros juzgamientos, y las actuales y futuras sanciones.

Veamos en seguida algunos de los capítulos de esta evolución, que impone estilos y prioridades al sistema penal. En la tipificación, que es el soporte de todo el régimen punitivo del Estado, hay espacios de persistencia y de innovación. Aquéllo, para los delitos naturales. Esto, para los circunstanciales. Han perdurado los tipos de homicidio, lesiones, violación, robo (aunque en este caso el bien jurídico se recomponga a la luz del régimen económico dominante). Y han caducado las formas arcaicas de criminalidad relacionadas con las creencias —idolatría, apostasía, herejía, brujería— o con las costumbres, en tanto que han aparecido otras formas, que llamamos modernas y que hoy demandan una buena parte de las energías del sistema penal: los delitos en materia de narcóticos, por ejemplo.

El sistema penal toma en cuenta las modificaciones de la violencia y la astucia criminales. No ha sido cierto, como alguna vez se auguró, que la violencia desapareciera en beneficio de la astucia: en otros términos, que el fraude sustituyese al homicidio. Esto no ha ocurrido ni siquiera en

las sociedades más desarrolladas. Hay, en cambio, una violencia antigua y otra contemporánea; aquélla con la tecnología de la piedra; ésta con la tecnología de la química o la electrónica. Y también existe una criminalidad engañosa tradicional y otra evolucionada: es lo que va del modesto timo de los paqueros, como decimos en mi país, al fraude en gran escala de los financieros, con aprovechamiento de los cuantiosos elementos que la ciencia pone en las manos del defraudador. Por ello el sistema penal debe contar con una antigua y una nueva violencia, como con una antigua y una nueva fraudulencia.

Si los conceptos que acabo de referir tienen que ver sobre todo con la naturaleza del delito y el *modus necandi* del autor, hay otros no menos relevantes que tienen que ver con la organización criminal. Del infractor solitario se ha pasado a los confabulados: ayer, los bandoleros; luego, los pandilleros; hoy, la sociedad criminal. Los delincuentes han observado por encima del hombro las formas de solidaridad legítima para emprender sus propias formas de solidaridad: la empresa es una de ellas, la más característica en ambos extremos.

En este punto se halla uno de los datos decisivos de la delincuencia moderna y del sistema penal que debe enfrentarla. El delito tiene un objetivo sistemático, que no agota las finalidades del infractor, sino lo provee de nuevos medios para acometer delitos y ampliar la organización criminal y su impacto social. El botón de muestra es el lavado de dinero, que tiene al mundo en pie de guerra; otro botón, cruzado con aquél, es la corrupción.

La lucha contra la delincuencia organizada está modificando los principios y las estrategias del derecho penal clásico. Una extremada y explorable preocupación agita las conciencias y provee consejos radicales. No niego la gravedad del problema; pero me inquieta que para resolverlo echemos mano de herramientas que pudieran arrojar resultados no menos graves. Si sólo se tratara de poner énfasis en algunos puntos específicos del sistema penal clásico, la preocupación sería menor; pero no es eso lo que se observa, sino la admisión de un “nuevo orden penal” al lado del “orden tradicional”.

En ese nuevo orden las reglas sustantivas, adjetivas y ejecutivas son diferentes. Es un régimen de negociaciones entre el Estado y el delincuente (esto es, el apogeo del principio procesal de oportunidad en detrimento del principio de legalidad), inversiones de la carga de la prueba (en las que padece la famosa presunción de inocencia), fomento de las dela-

ciones y recompensa pecuniaria por la entrega de los delincuentes, una práctica envejecida que ya Beccaria se encargó de censurar.

La lucha contra la delincuencia organizada plantea una encrucijada en la historia moderna del sistema penal. Una vía retiene los elementos de la evolución jurídica; otra propone la involución. Por este rumbo se arribaría de nuevo al temible apotegma: “el fin justifica los medios”, en lugar de la regla de oro del proceso penal evolucionado: “los medios justifican el fin”.

La reducción del mundo contribuye a alterar el sistema penal que conocimos. En sus edades tempranas, la humanidad se distribuyó en compartimientos remotos, que pusieron valladares a las personas, los bienes, las ideas. La incomunicación trajo consigo un sistema penal provinciano, suficiente y seguro de sí mismo. Hoy esas personas, bienes e ideas agregan otra dimensión a las que fueron naturales y características: la trascendencia; ir más allá y más rápidamente. Ya tienen la virtud de movilizarse con increíble diligencia; a la velocidad de la luz en muchos casos. La porosidad de las fronteras —todo género de fronteras— es también facilidad para una criminalidad trascendente que ha pasado de los hechos recogidos en un recinto sumario —el crimen doméstico— a los hechos delictuosos que se vuelcan y discurren por el mundo.

La trascendencia del delito sugiere y exige un sistema penal asimilado trascendente. De ahí los medios globales o integrales a los que me referí. De no haberlos, la delincuencia huiría entre las fronteras que detuvieron a los perseguidores pero no detienen a los perseguidos.

Otro aspecto de la delincuencia evolutiva, que repercute sobre el sistema penal, es la criminalidad de los menores. Se dijo que habría precocidad delictiva, pareja del temprano ingreso de los individuos en los quehaceres ordinarios. En rigor, hay que pormenorizar este asunto a la luz de los datos concretos de una demografía y de unas condiciones de vida específicas. Una cosa es la delincuencia juvenil en las sociedades envejecidas; otra, en las sociedades cuya población crece aceleradamente. Una es en donde la oportunidad de acceso a las actividades naturales —la educación, el trabajo— se hallan bien abiertas; otra, en donde este acceso se ha cerrado o existe escasamente. Ambos escenarios tienen sus propias repercusiones delictivas —o más ampliamente, antisociales— y ejercen sobre el sistema penal demandas diferentes.

En este punto hay luces rojas que se encienden. Tal es, a mi juicio, la sustitución de la “idea tutelar” por una “idea penal” en el sistema dirigi-

do a los menores infractores. Con demasiada ligereza se ha creído que el antiguo derecho tutelar, que hace un siglo proclamó con ufanía la extracción de los menores del derecho penal, entra en colisión con el nuevo derecho garantista, entendiendo bajo este duro neologismo a un orden poblado de “garantías” que previenen contra el atropello de los menores, oculto tras supuestos intereses terapéuticos. En realidad, las oposiciones son otras. Lo tutelar se opone a lo penal. Lo garantista se opone a lo no garantista. Es perfectamente posible que haya un régimen tutelar con garantías satisfactorias. El problema estriba en resolver desde la perspectiva de la política social del Estado —no desde la óptica de la imputabilidad— cuál es el mejor método para la atención de los menores que delinquen.

En relación con los menores hay otro punto que atañe al desarrollo y a las expresiones del sistema penal como remedio público para la delincuencia, o al menos para la paz colectiva. Me refiero a la edad de ingreso al ámbito subjetivo de las normas penales: la hora señalada en las manecillas del reloj punitivo. Primero movimos éstas para retardar el acceso de los individuos a la justicia penal; ahora, alarmados por los modestos resultados del diferimiento, nos empeñamos en un recurso ciego: adelantar la hora.

El ingreso potencial de millones de personas al ámbito subjetivo del derecho penal implica una expansión acelerada del sistema punitivo ordinario. Pero ¿acaso el fiscal, los juzgados penales y las cárceles comunes lograrán lo que aparentemente no han conseguido los órganos tutelares con su magistratura benevolente, si es que en realidad lo es?

Siempre hubo empleo del poder, en la medida que se quiera, para alcanzar beneficios reprochables o delictuosos; y siempre se acechó al poder para neutralizarlo, mediatizarlo o relevarlo. De aquí ha surgido una copiosa delincuencia en la que se localizan, pero no se confunden, las más diversas motivaciones: desde las nobles hasta las indignas. El abuso de autoridad, en sus numerosas variedades, es el típico delito de quien ejerce el poder. Por cierto, en este conjunto debemos incorporar tanto el abuso del poder formal como el ejercicio abusivo del poder informal; si lo hacemos, muchas defraudaciones y delitos económicos serían vistos igualmente como abuso de poder.

La autoridad abusiva se vale de los métodos criminales acostumbrados: de un lado, la violencia; del otro, la astucia. Cada uno sirve, en general, para objetivos diferentes. La violencia se concentra en el tormento, al que combaten sendos tratados y cada vez más normas nacionales, que en-

sanchan el universo de las conductas colocadas bajo el rubro de tortura. La reprobación de los tratos crueles, inhumanos y degradantes se halla en las declaraciones constitucionales y en los pactos internacionales. El ingenio, en cambio, se concentra en la obtención de lucro con todos los procedimientos que la discrecionalidad y la corrupción ponen en manos de los funcionarios prevaricadores. De aquí surgen novedades en el derecho interno e inclusive en el internacional: las normas contra la corrupción de los servidores públicos, cuya funcionalidad ha sido, regularmente, más bien escasa.

En este campo se mira un dilema —un peligroso y falso dilema— que repercute en las características y en la operación del sistema penal. Es la supuesta antinomia entre la eficacia persecutoria y la preservación de los derechos humanos. Testigos y actores en este problema son los tribunales tutelares de los derechos, a través de escudos jurisdiccionales, y los órganos protectores de otro carácter, entre ellos el *ombudsman*. Algunas arremetidas contra éste provienen de un discutible alegato sobre la seguridad pública.

En otro orden, el sistema penal también considera los casos de lucha extrema por o contra el poder; una lucha que va de la acción democrática a la delincuencia política. No tiene que ver el derecho penal —o no debe tener— con los procesos regulares de la democracia; empero, en países que emprenden lo que algunos analistas han llamado una “transición”, se ha querido erizar de garantías el régimen electoral mediante nutridos catálogos de tipos que ingresan o retornan a los códigos penales. Empero, en este campo el sistema penal sólo puede tener una eficacia marginal o residual.

El sistema penal queda bajo presión cuando el infractor entra en contacto con la autoridad. Esta contigüidad pone a prueba la competencia, la excelencia y la resistencia del sistema penal en su conjunto. Si no supera esta prueba, el sistema penal entra en crisis: ya no es útil para satisfacer sus fines, y aparece la urgencia de demoler y construir: reforma profunda o revolución penal.

Ese contacto que pone a prueba al sistema penal reviste diversas formas. La tradicional es la elusión, la fuga del criminal, amparado por las tinieblas —como se suele decir— o por los escollos y santuarios que erige la ley. La impunidad es el peor producto de esa elusión. Un segundo supuesto es el enfrentamiento, que obliga al legislador penal a incorporar nuevos tipos o diversas calificativas —que en rigor son tipos califica-

dos— para amenazar y sancionar la resistencia y la agresión contra funcionarios de la justicia. Otra hipótesis de contacto es la corrupción que neutraliza o mediatiza al sistema penal, y en esta forma lo frustra.

Por último sobreviene el más ambicioso encuentro del criminal con el poder. Lo que en él aparece es la pretensión de cautivar al poder, sea por influencia sobre quienes lo ejercen, sea por asunción directa de la autoridad, que no sólo puede ocurrir por asalto, sino también por sufragio. Así se habría llegado a la “ciudadela del diablo”, parafraseando a San Agustín; dicho de otro modo, la delincuencia habría usurpado la justicia, como los alienados del cuento de Poe se hicieron cargo del hospital.

En el corazón del sistema penal se halla el juzgamiento, a tal punto que en el concepto popular frecuentemente se confunde o identifica el sistema penal con el juicio de la misma naturaleza. Todo el derecho se construye sobre la idea de conflicto: potencial o actual. El contrato es un modo de evitar la contienda; el juicio lo es de resolverla. Para ser admisibles, las prevenciones y las soluciones deben generar o rescatar el equilibrio, otro dato fundamental de la construcción jurídica.

No tiene caso examinar aquí las diversas versiones del equilibrio, que determinan otras tantas especies de enjuiciamiento. Todas son un escenario en el que los hombres contienden, sujetos a una ley específica y bajo un juzgador idóneo. La escena penal es la más compleja y resbaladiza; y estos mismos caracteres se transmiten al sistema penal en el que se monta el escenario. En tal virtud, el funcionamiento del sistema —en la forma y en el fondo— debe ponderarse bajo una unidad de medida: el equilibrio que se alcance en ese proscenio y entre esos personajes. El desequilibrio es un indicador de injusticia y un anuncio de ruina.

Los protagonistas son el inculpado, la víctima y la sociedad, cada uno provisto de intereses que primero busca salvaguardar, y con los que luego quiere predominar. El sistema penal moderno debe tejer una compleja urdimbre de derechos crecientes para cada uno de esos protagonistas, a condición de que esas crecientes prerrogativas se vean aligeradas de cuando en cuando por concesiones inevitables. Este es el flujo y reflujo del progreso penal. En este trabajo —una misión árdua, como pocas— el equilibrio impone atenciones exigentes: defensa para el inculpado; asistencia y resarcimiento para el ofendido; seguridad y paz para la sociedad.

A este ámbito llega una de las más inquietantes cuestiones del proceso: las medidas cautelares, fuente de paradojas. La solución de fondo tiene un supuesto: la culpabilidad o la inocencia del inculpado. Fijado esto,

lo demás corre con razonable naturalidad. La discusión ya no será sobre la entidad, sino acerca de la cantidad. En el caso de las medidas cautelares el supuesto es otro: la incertidumbre, o bien, puesto en los términos del derecho liberal, la “presunción de inocencia”. En tal virtud, se trata de acordar restricciones —que van de leves a muy graves— en los derechos del inculpado, a pesar de que quien las sufre es un “presunto inocente”, o a despecho de la incertidumbre que prevalece con respecto a la responsabilidad penal del justiciable. Es aquí donde razones de seguridad y bien común, siempre discutibles, prevalecen sobre la justicia estricta. Este es el terreno de las paradojas que envuelven a la prisión preventiva.

El sistema penal ha organizado y perfeccionado las medidas precautorias. Con ellas garantiza la paz durante el proceso y la justicia al cabo de éste. Aquí el Estado penetra cada vez más en el espacio de las libertades individuales. Este es uno de los signos dominantes del sistema penal moderno. La urgencia de contener la criminalidad común, y sobre todo la delincuencia organizada, sugieren crecientes intervenciones: en la libertad, por medio de la prisión preventiva; en el patrimonio, mediante aseguramientos precautorios; en la intimidad, por cateos e intercepción de comunicaciones. Para esto se emplean los medios ultraelaborados que ofrece la tecnología: los desarrollos electrónicos están al servicio del aparato precautorio procesal.

Con las medidas de precaución, que son el estrecho cerco en torno al sospechoso, se asegura la presencia de éste en el juicio, se previenen “males mayores” sobre el proceso, la sociedad o la víctima, y se amplía la posibilidad de obtener pruebas suficientes y concluyentes. Esto explica la copiosa jurisprudencia relativa a las medidas cautelares, ampliamente asociada con el problema de la prueba.

Interesa sobremedida la integración de los órganos públicos y privados —donde los hay— que actúan en el sistema penal. En cierto modo son el “cuerpo del sistema”. Si éste falla, el “alma del sistema” se aleja. Ya recordé que las viejas estampas de la justicia propusieron a Themis como una mujer con los ojos vendados. Montesquieu dijo que el juez era la “boca que pronuncia las palabras de la ley”. No han faltado expresiones como ésta: para que haya justicia interesa más contar con un buen juez que disponer de una buena ley.

Ahora sabemos que esas creencias son mitos incapaces de tenerse en pie. Radbruch señaló, expresivamente, que Themis vendada no puede ponderar el movimiento de los platillos en la balanza ni dirigir la espada.

Kelsen, entre otros, aclaró que el juez no se limita a pronunciar, como un autómatas, las palabras de la ley: él también participa en la formación del derecho a través de las normas jurídicas individualizadas y de la jurisprudencia evolutiva. Ni el mejor juez puede asegurar justicia si para hacerla sólo dispone de una pésima ley.

El sistema penal está en entredicho, a menudo, porque lo está la administración de justicia; y ésta se halla en entredicho, también con frecuencia, porque lo están la eficiencia y la rectitud del Estado. Claro que al hablar así me valgo de una convención reductora: bajo el nombre de Estado se alude a los funcionarios investidos con la atribución de resolver y hacer en nombre del poder público, es decir, en nombre del pueblo y con los instrumentos que éste autoriza. En fin de cuentas, el Estado es lo que son los individuos que lo encarnan. Lo demás es teoría.

La justicia penal se ha involucrado, y probablemente se involucrará más, en trabajos complejos que van al corazón de la política. Al igual que la justicia constitucional, aunque en forma diversa, es un instrumento del control político (o ético-político) de los actos de autoridad. Así ha sucedido en algunos países, cuya magistratura penal ha sido la encargada de “purificar” a los otros poderes. Esto se puso de manifiesto en la “operación manos limpias”, en Italia, un caso notorio, pero no único en este género de quehaceres penales.

Ahora bien, aquí se camina sobre un suelo resbaladizo, en el que se arriesgan el prestigio y la imparcialidad del sistema penal. No sólo la imparcialidad considerada en sí misma, objetivamente, sino la percepción que la sociedad tenga acerca de ella. Como en el caso de la mujer del César, importa que sea impoluta y que así se le mire, para que se le crea; o como dice una locución anglosajona: “*justice must not only be done, it must also be seen to be done*”.

En la justicia penal no parece ganar terreno el jurado; más bien lo pierde, sea porque desaparece de plano en beneficio del juez profesional, como ha sucedido en México, sea porque ciertas alternativas procesales permiten prescindir del jurado y arribar a la sentencia en una forma menos costosa y más expedita; a esto ayuda el “*plea bargaining*”. Tampoco se mira avanzar a los tribunales de integración mixta, a la manera del escabinado: juristas y legos. La exigencia de rigor jurídico reclama el predominio de los juzgamientos estrictamente jurídicos, aunque bajo los ojos de los letrados desfilen razones y conflictos de todo género. Esto se observa en la justicia para menores, al calor de la corriente “garantista”.

Marcha en sentido similar la judicialización de la ejecución de penas. Las profesiones de “bata blanca” abandonan el sitio de los jueces y vuelven al de los peritos.

Fuera del sistema penal —o bien, integrando un régimen penal de retorno que pone en crisis a la justicia y al Estado mismo— sigue habiendo formas extralegales de juzgamiento. Tienen conexiones con la violencia atávica, que siempre pugna contra los frenos impuestos por la cultura; con la exasperación por los defectos y los errores de la justicia pública; con la disputa por el poder, más o menos encubierta; con la supervivencia de usos que legitiman, en concepto de quienes los heredan, la justicia de propia mano. Aquí figuran el linchamiento, bajo múltiples formas, y las ejecuciones sumarias de los escuadrones de la muerte.

Se ha ido de la autojusticia a la heterojusticia, o dicho de otra manera, de la autocomposición y autodefensa al proceso. La potestad de decir el derecho, la jurisdicción resolutoria de los litigios, se retiró a la sociedad y se entregó al Estado. Esta tendencia es consecuente con el crecimiento de los poderes estatales y de las expectativas privadas sobre la función del Estado. Mientras se estatizaba la solución de los conflictos, se mantenían como reductos de la justicia privada el arbitraje y la querrela.

Ahora existe una franca tendencia a la privatización de la justicia. De ahí el auge de los medios alternativos a la jurisdicción y al proceso. La corriente que favorece este profundo cambio de rumbo tiene conexiones con otros datos de la vida reciente. Uno de ellos, la intervención penal mínima, que no sólo se expresa en la formulación de tipos y penas, sino también en las formas de perseguir la conducta ilícita. Otro es la reducción de las funciones públicas, característica del Estado “mínimo”, que no sólo se reconoce en la abstención económica y social del Estado, sino igualmente en el retrainamiento de otras tareas: la justicia formal, una de ellas. Otro más es la saturación o el desbordamiento de los órganos de la justicia penal, sobrepasados por un alud de conflictos que no alcanzan a despachar adecuadamente, con grave compromiso de su eficacia y peligro para su prestigio.

De ahí que en el sistema penal contemporáneo se vea al proceso cada vez más como un medio extremo para la solución del conflicto; más una excepción que una regla. En consecuencia, aumenta el espacio de los delitos perseguibles a petición de parte y crece el supuesto de los procesos en que procede el sobreseimiento cuando lo solicita el ofendido; el perdón es una de las vías por las que se llega al sobreseimiento. También

prosperan los supuestos de conciliación entre el ofensor y el ofendido, tomados con mayor o menor fidelidad de sus equivalencias en el derecho privado.

Es indudable que estos expedientes —preventivos o curativos— moderan el alud de trabajo que pesa sobre los órganos formales de la justicia penal. Lo es que muchas veces permiten soluciones pertinentes y ahorran juicios innecesarios y contraproducentes. Pero el sistema penal que se abre a la privatización de las soluciones, no debe olvidar las razones que en su hora impulsaron la intervención persecutoria del Estado y la consecuente solución pública de los conflictos por medio del proceso. En los avenimientos, las conciliaciones y los convenios los particulares quedan frente a frente, con fuerzas disparejas; se corre el riesgo de que el débil padezca. Esto enlaza con otro problema: en las soluciones concertadas se quiere evitar a todo trance el proceso, aunque se altere u oculte la “verdad histórica”, que ha sido un tema central del régimen de persecución pública; un dogma ético-jurídico del proceso. La pregunta es: ¿puede el Estado ver con indiferencia, a título de testigo que no mira ni oye lo que observa y escucha, los arreglos entre particulares en que hay flagrante sacrificio de la verdad y la justicia? ¿Hasta qué punto esta indiferencia mellaba el papel moral del Estado?

Al lado de las “soluciones consentidas” entre el delincuente y la víctima, hay casos de “consentimiento”, previa negociación, entre el Estado y el delincuente. Esta es una forma de “justicia convenida” que se extiende constantemente. Aquí domina el pragmatismo penal: el *plea bargaining* y sus equivalentes en otros países son el medio más práctico, barato y útil de llegar a una sentencia, sin demasiado miramiento por la relación que existe entre lo que la ley sanciona, lo que en la realidad ocurre y lo que la acusación y la sentencia resuelven. La negociación entre el infractor y el poder público tiene diversas proyecciones. Se prohija como método para facilitar la justicia penal, aunque las soluciones se aparten de la justicia misma; y se propone como instrumento para luchar contra la delincuencia organizada, atrayendo inculpaciones, confesiones y testimonios a cambio de reducir cargos y condenas.

En esta práctica se exalta el principio de oportunidad y se retrae el de legalidad. Asimismo, se entroniza una figura característica del régimen civil dispositivo: el allanamiento. Cada uno de esos principios y figuras tiene partidarios y defensores, ventajas y desventajas. En todo caso, este régimen de justicia negociada altera profundamente los datos esenciales

del sistema penal tradicional. Pudiera ser admisible y deseable la alteración; pero antes de otorgarle carta de naturalización es necesario someter a juicio esta justicia. Se deben medir sus ventajas y desventajas de fondo y de forma. Por supuesto, nada tiene que ver con esto la simple abreviación del proceso mediante el empleo de la vía sumaria, cuando media confesión judicial del inculpado. Aquí no se trata de un allanamiento o una conversión del tema del proceso o de las consecuencias del delito. Sólo viene al caso la razonable celeridad del juzgamiento cuando se facilita la prueba de los hechos o de la participación delictuosa.

He hablado de prueba. Este es un tema sustantivo del juicio penal. En realidad, el proceso es un esfuerzo probatorio que conduce a cierto resultado; todo se endereza en dirección a la verdad que se busca; hallada ésta, se ilumina el camino de la justicia. El régimen de la prueba es uno de los asuntos más explorados y controvertidos del sistema penal. Sobre él se han acuñado diversos principios y sistemas. Van desde la restricción estricta hasta la apertura generosa de las probanzas admisibles; y desde la amplísima libertad de apreciación que se reconoce a los jurados hasta la supresión de aquélla mediante un estricto régimen de tación de pruebas.

La eficacia del sistema penal como un sistema de justicia penal precisamente, y no apenas como un aparato de castigos, demanda amplias oportunidades probatorias para los participantes, rigurosa legalidad en la disposición y recepción de pruebas, y clara expresión de las razones en que el tribunal apoya el valor que concede a éstas y, por ende, el sentido que imprime a sus resoluciones. De lo contrario entraríamos a un “proceso kafkiano” hundido en la penumbra, una simulación procesal autoritaria.

Tradicionalmente se estableció la inadmisibilidad de pruebas contrarias a la ley y a las buenas costumbres. Esta regla clásica se ha robustecido con la consagración de otra que estaba implícita en aquélla: sólo son admisibles las pruebas recabadas legítimamente. En este sentido digo que los medios justifican el fin; la verdad que se busca sólo se alcanza por medios legítimos. Pocas afirmaciones puede haber tan enfáticas como ésta sobre el carácter moral del proceso y del Estado que lo emprende y preside. La regla de exclusión es ahora uno de los postulados más ampliamente recibidos en el enjuiciamiento penal: la ley lo reconoce y la jurisprudencia lo sostiene; ésta, por cierto, ha tenido un papel primordial en la formación de la regla.

La administración de justicia suele ser el sector menos moderno del Estado. Los viejos ritos y las antiguas ideas imprimen aquí su sello peculiar. Entre las consecuencias de este rezago figura la lentitud de los procesos, más lesiva cuando el imputado se halla en prisión preventiva. Por ende, el sistema penal debiera avanzar en un triple derrotero: acelerar el procedimiento, hasta el punto en que la celeridad sea compatible con la justicia; moderar el empleo de la prisión preventiva; y reconocer la posibilidad de indemnización al preso absuelto.

Es conveniente abrir la posibilidad de procesos abreviados, que se funden en supuestos objetivos: por ejemplo, la relativa facilidad de obtener pruebas suficientes o la levedad de las sanciones previstas por la ley para el delito del que se trate. Nada de esto supone las penosas negociaciones de las que hablé: no se “negocia” la responsabilidad penal ni se modifica la sanción; no existe allanamiento. Sólo se acelera el proceso precisamente porque es objetivamente posible despacharlo con mayor rapidez.

La Declaración Francesa de 1789 entendió que se carecía de Constitución cuando no se hallaban garantizados los derechos y no existía división de poderes. Algo semejante se debe decir del sistema penal: si no existen garantías para los participantes, difícilmente se podrá hablar de un sistema penal en el sentido que ahora postulamos. Será un sistema de represión policial, más o menos eficaz desde el ángulo del orden público, pero no un verdadero sistema de justicia.

Las garantías son un envolvente del sistema; no forman parte de él, pero lo vigilan, lo contienen, lo purifican. Se ha dicho que la formulación misma de los derechos del inculpado, el ofendido y la sociedad ya constituye una garantía. Esto es cierto, en amplio sentido; pero también es cierto que no basta con ello. Se necesita de otros medios —y remedios— de los que puedan echar mano los participantes para que las buenas intenciones viajen de las palabras a los hechos.

Esta necesidad de garantías concretas y directas se atiende a partir de la división de poderes y la incorporación de nuevos medios de control jurídico y político. Entre los controles jurisdiccionales figuran las defensas contra los actos arbitrarios o excesivos de las autoridades, a la manera del juicio de constitucionalidad o el proceso de amparo. También, la vigilancia encomendada a los cuerpos legislativos por medio de comisiones indagadoras. Asimismo, el *ombudsman*, que a dos siglos de su fundación

en Suecia se ha extendido en el mundo entero, bajo múltiples versiones. Y finalmente, el control que en la democracia ejerce la opinión pública.

Sin perjuicio de que los controles —es decir, las garantías— funcionen conforme a su respectiva y variada naturaleza, es preciso precaverse frente a la justicia concebida como “espectáculo”: un acto más en la obra que protagonizan el Estado y sus servidores. Esta concepción espectacular de la justicia genera serios peligros para la imparcialidad y la objetividad de los juzgadores, sensibles a la presión de los opinantes; éstos se hallan fuera del proceso, pero lo circundan y lo estrechan. Son su circunstancia. Están en el mismo mundo que el juez habita.

Se podría decir que el proceso es él y su circunstancia. Nunca ha sido sencillo que el tribunal se sustraiga al influjo del contorno y proceda en una campana al vacío. Lo puede hacer el órgano jurisdiccional, un concepto, pero difícilmente lo puede hacer siempre el individuo al que se inviste con la misión jurisdiccional, un hombre de carne y hueso. En este punto hay que explorar cuidadosamente un terreno delicado: las relaciones entre derechos que siempre concurren y en ocasiones discrepan, a saber, los derechos a la información, a la opinión y a la justicia. Entre ellos hay fronteras imprecisas.

El sistema penal funciona en torno a tres conceptos fundamentales: delito, delincuente y sanción. Hoy día están sujetos a revisión profunda los fines y las expresiones de la pena. Su piedra de toque es la eficacia para satisfacer los objetivos que se ha propuesto históricamente: objetivos que se acumulan, no se relevan. Se diga lo que se quiera, para que la consecuencia jurídica del delito opere como restauración de la paz siguen interesando la retribución, la intimidación, la expiación, la readaptación (o reinserción), la contención y la reconciliación. Todo al mismo tiempo. Se trata, por lo visto, de una misión extremadamente difícil o acaso imposible.

Acerca de esas ideas y aplicaciones, nos hacemos diversas preguntas: ¿qué es lo que se halla en crisis?, ¿qué propósitos —y por ende qué experiencias— debemos fortalecer? En la realidad se afianzan los objetivos de la pena cuyo principal ingrediente es el castigo. De ello da muestra el sentido retributivo de la pena, que constituye un inexorable fin jurídico político de ésta. Por ahí se camina con prisa y a veces se exceden sus fronteras, como antes de Beccaria: penas excesivas, que no guardan proporción con la gravedad de los delitos cometidos.

También se afirman los objetivos cuyo dato esencial es la defensa social. Así, el ejemplo o la intimidación, clave de la prevención general, un fin político discutible que sanciona a una persona para escarmiento de otras; se resume en un giro: “la pena es un mensaje dirigido a quienes no la padecen”. La contención es otro objetivo destacado actualmente. En ella predomina el más completo pragmatismo; la sociedad está satisfecha y segura en la medida en que se hallen a buen recaudo los lesivos y los peligrosos. Se dice, resumiendo todo en una frase breve: “Que los delinquentes se hallen en la cárcel, no en la calle”.

Esto implica una “sobrerreacción” sistemática, un empleo masivo de la cárcel. Y también acarrea problemas inmediatos: presos en espera de condena, sobrepoblación penitenciaria, imposibilidad de tratamiento. La prisión deviene una “bomba de tiempo” por la acumulación al infinito de problemas y huéspedes problemáticos. Empero, la cárcel de contención se desarrolla ampliamente; los penales de seguridad máxima se multiplican; tienen —o debieran tener— un doble límite o una doble referencia: la seguridad, y no más; la readaptación, y no menos.

Mientras esos fines se acentúan en la actual etapa de la cárcel; que algunos suponen terminal, pero que no termina, otros han entrado en crisis. La crisis de éstos trae consigo otra más amplia: la de las ideas humanistas en el sistema penal, que declinan. El fin moral de la expiación se halla en receso. La readaptación social —un fin social y moral asociado a la prisión, sobre todo aunque no exclusivamente— no ha tenido éxitos bastantes y persuasivos. Los sustitutivos de la prisión tampoco han acreditado suficientemente sus virtudes.

En el presente y en el porvenir de las sanciones acecha invariablemente la pena de muerte, una pena que no muere; tema inevitable del sistema penal de todos los tiempos. También existe un horizonte para nuevas y/o viejas sanciones: la reparación del daño, que constituye una “despenalización del Derecho penal”, porque se concentra en el resarcimiento, que es la típica reacción civil frente a la conducta ilícita; y la reconciliación entre el ofendido y el ofensor, que implica la “moralización del Derecho penal”, en cuanto hace que el delito —un hecho moral y jurídico— culmine en una solución predominantemente moral, a la que se reconoce valor jurídico: la contrición, la restauración, el perdón.

Empero, sigue presente y dominante la prisión. Ha persistido como sanción fundamental por más de dos siglos. Tiene un origen claroscuro: fue sucedáneo de la muerte e instrumento del absolutismo; en el primer sentido

constituyó una versión piadosa del castigo; en el segundo significó una versión abrumadora. La misma generación que destruyó La Bastilla, prisión de Estado, admiró los silenciosos reclusorios de Estados Unidos.

La prisión, una de las instituciones penales en profunda crisis, ha oscilado. El sistema penal moderno exige rectificaciones racionales: primero, que se aplique conforme a su discurso readaptador, que a la hora de los hechos entra en sordina; segundo, que se evite por el perdón judicial o se sustituya con sanciones en libertad relativa; tercero, que la prisión impuesta se corrija en cantidad y calidad a través de una liberación gradual y anticipada.

Actualmente se hallan bajo observación los flancos de la privación de libertad. De su éxito o fracaso dependerá en buena medida el futuro de la prisión, ya comprometido. En un extremo se localizan las instituciones de seguridad mínima, con evidentes ventajas de costo y eficiencia, hasta llegar a la paradoja de la prisión abierta, que en realidad es la “no prisión”. En el otro extremo se hallan esas instituciones de máxima seguridad destinadas al peligroso y al irrecuperable. Son las antiguas prisiones-fortaleza repuestas en el medio contemporáneo. Lo que allá hicieron las piedras y las rejas, aquí lo hacen ellas mismas, más la electrónica moderna.

Concluamos este panorama del sistema penal. De lo dicho se desprende que no tiene un destino autónomo y ni siquiera un arribo cierto. Su función es secundaria y actúa como resonador de otros fenómenos y procesos. Por eso responde y responderá —con mayor o menor fidelidad, pero responderá— a los hechos de la realidad en que aparece y a la forma en que esos hechos movilizan las ideas, las exigencias y las expectativas. Hay un péndulo, más o menos regular, entre la benevolencia y el autoritarismo penales. El talón de Aquiles del sistema, que decide los movimientos del péndulo, es la eficacia, única prueba fidedigna del discurso penal.

Todavía se pone demasiado acento en las supuestas virtudes del sistema penal, que por supuesto tiene algunas. Si se considera que ese sistema es la solución —sería una solución mágica— frente a la criminalidad creciente, compleja y peligrosa, se acentuará su presencia y se agravarán sus métodos de investigación, procesamiento y sanción. Esta es la secuela natural del persistente mito sobre las posibilidades del sistema penal.

Otra cosa ocurrirá si se admite que los factores de la criminalidad se hallan generalmente fuera de la justicia penal, inaccesibles para ella, y que ésta no puede hacer lo que debe hacer la justicia social. Sin embargo, ni siquiera con esta perspectiva se dejará de pedir al sistema penal que

cumpla su papel de contención y disuasión urgente. Por supuesto, la forma de enfrentar este asunto varía según el desarrollo material de cada sociedad y la posibilidad de acceso a los satisfactores. En determinadas circunstancias, el sistema penal implica una amenaza como puente mientras sobreviene el desarrollo.

Fuera de la revolución, es en el sistema penal donde se zanján las contiendas extremas entre el poder formal y el individuo, bajo determinado orden político, económico y social. Por lo tanto, el sistema penal es y será el escenario crítico del Estado de derecho y de los derechos de la sociedad y el individuo.