

IMPLICACIONES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2011 PARA EL DERECHO Y EL SISTEMA PENAL EN MÉXICO

Luis GONZÁLEZ PLACENCIA*

SUMARIO: I. *Encuadre: un nuevo marco constitucional de derechos humanos.* II. *Premisa: el nuevo artículo primero constitucional.* III. *Contexto: discursos contradictorios.* IV. *Implicaciones.* V. *Conclusiones.*

I. ENCUADRE: UN NUEVO MARCO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo de la última década, México ha vivido un proceso de transformación jurídico-política sin precedente. Por una parte, desde 2000, hemos asistido a una paulatina modificación de nuestra Constitución que comenzó con la reforma y adición del artículo cuarto en relación con los derechos humanos de niñas y niños; luego, en 2001, con el ahora último párrafo del artículo primero, que incorporó lo que se ha llamado la “cláusula de inclusión”; ese mismo año se modificó también el artículo segundo para avanzar hacia un nuevo régimen de derechos para las y los integrantes de pueblos y comunidades indígenas. Después, en 2005, se reformó el artículo 18 para instaurar un nuevo modelo de justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal; en 2008 se aprobó la reforma penal constitucional y, finalmente, en 2011, el Constituyente permanente aprobó, unos meses antes que la reforma constitucional de amparo, la que a juicio de muchos —entre quienes me incluyo— ha sido la más importante modificación constitucional desde 1917, la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Como lo he expresado en otros espacios, este proceso constituye un importante punto de partida, por lo que implica, en términos futuros, de-

* Profesor investigador en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

sarrollos legislativos, jurisdiccionales y de política pública; pero también es un punto de llegada, que señala procesos que en México y en el mundo se han fraguado al menos desde los años cincuenta del siglo pasado.¹ Junto a las grandes reformas referidas, es necesario plantear la paulatina incorporación del país a lo que poco a poco ha venido constituyéndose en un proceso de internacionalización del derecho constitucional de derechos humanos,² que hoy constituye un complejo sistema de normas, órganos intérpretes y aplicadores de las mismas, jurisprudencia, opiniones consultivas, observaciones, protocolos, relatores y grupos de trabajo, organizados en sistemas nacionales, regionales, comunitarios (para el caso de Europa) e internacionales, que hoy por hoy conforman un derecho internacional de los derechos humanos cuya pretensión es la de regir, desde el municipio, hasta el mismísimo orden mundial.

Sin duda, con la reforma del verano de 2011, como se ha llamado a la constitucional de derechos humanos, se ha dado un paso de la mayor importancia para articular el sistema jurídico del país, con ese complejo sistema de interacciones y reenvíos internacionales que hoy plantea la protección universal de los derechos humanos. Sin embargo, difícilmente podría decirse que a nivel de nuestro propio sistema jurídico, incluidas sus instituciones, organizaciones, operadores y consecuencias, se ha alcanzado un desarrollo que resulte convergente con las nuevas exigencias de lo que hoy claramente podemos llamar, el nuevo marco constitucional de derechos humanos. Si se me permite una metáfora, podría decirse que hemos construido una autopista de varios carriles que circunda el país y que conecta en varios puntos con las autopistas que nos llevan al ámbito internacional, pero justo al cruzar hacia dentro del territorio nacional, nuestro sistema de carreteras sigue siendo de ida y vuelta, lleno de baches y peligros, obsoleto y, encima de todo, requiere pagar peaje.

En ese contexto, la reforma constitucional de junio de 2011 es un referente obligado de la de 2008, relativa a la justicia penal, porque la impacta

¹ Cfr. Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velazco, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Otro antecedente relevante es la primera reforma del artículo cuarto constitucional en materia de derechos de las mujeres de 1974, y creo conveniente remitir también como antecedentes relevantes, a las resoluciones a los amparos en revisión 2069/91, 1475/98 y 120/2002 sobre la discusión en torno a la jerarquía de los tratados internacionales frente a la Constitución.

² Así lo ha denominado Eduardo Ferrer McGregor en su ensayo “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *op. cit.*, p. 346.

de modo definitivo. No tengo duda en decir que a la luz del nuevo texto del artículo primero, lo dispuesto en el resto de las normas que dan marco constitucional a la justicia penal mexicana debe ser reinterpretado en clave de derechos humanos. En consecuencia, puede decirse, sin duda, que la reforma de 2011 ha obligado a la de 2008 a enderezar su vocación hacia una actitud denodadamente garantista.³ Por esta razón es necesario echar una mirada inicial a lo que hoy implica el nuevo artículo primero constitucional, porque ello sin duda constituye una premisa para plantear lo que a la luz de su nuevo texto debería apuntar hacia un nuevo sistema de justicia penal.

II. PREMISA: EL NUEVO ARTÍCULO PRIMERO CONSTITUCIONAL

Veamos, a partir del 10 de junio de 2011 en la República mexicana:

1) *Todas las personas gozamos de derechos humanos y de las garantías para su protección*, lo que significa que estos derechos no se limitan solo a las y los mexicanos, sino que aplican a todas y todos, habitantes y transeúntes, sean estos inmigrados, transmigrantes y emigrantes *sin distinción de nacionalidad* (primer párrafo en relación con el párrafo quinto). En mi opinión, esta consideración reviste importancia porque refuerza el carácter subjetivo de los derechos humanos y les asigna portabilidad, al menos en los límites del territorio nacional.⁴ También afirma el carácter positivo de estos derechos, pues su validez no está referida a atributos esencialistas, sino al ámbito de su aplicación territorial: los Estados Unidos Mexicanos.

³ De hecho, los documentos preparatorios de la reforma de 2008 —dictámenes, minutas, etcétera— en repetidas ocasiones refieren al “respeto a los derechos humanos”, a los “derechos fundamentales” y también citan reiteradamente instrumentos internacionales. En este sentido, vale la pena considerar que, de acuerdo con el dictamen de primera lectura del Senado, del 13 de diciembre de 2007, al Proyecto de Decreto de la que sería la reforma constitucional de 2008, *(el Senado de la República compartió la idea de que para hacer prevalecer el estado democrático de derecho en nuestro país deben por una lado adecuarse las estructuras constitucionales y legales existentes, a fin de dar respuesta con mayor efectividad al grave fenómeno delictivo que nuestro país padece, sin conculcar los derechos fundamentales de las personas tuteladas por nuestra carta magna y en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado Mexicano* (2012: 3). En México. *Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública (proceso legislativo, 18 de junio de 2008)*. Cuaderno de apoyo, Secretaría de Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información, Congreso de la Unión, en *www.diputados.gob.mx/ceria/biblio/archivo/sad-07.08.pdf*.

⁴ Avanza la reforma de modo sustancial en el sentido de un constitucionalismo mundial, en el sentido planteado por L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 116 y ss.

2) *Estos derechos son tantos como normas protectoras de los mismos puedan hallarse en el texto de la propia Constitución mexicana, y en el de todos los tratados, de derechos humanos o no, de los que México sea parte, incluidos aquellos que puedan incorporarse en el futuro, de modo tal que estos derechos siempre serán, más y nunca menos de los que hemos tenido desde junio de 2011* (párrafo primero en relación con el párrafo tercero: bloque de constitucionalidad y principio de progresividad).⁵ La importancia de esta cuestión radica en tres elementos fundamentales: primero, se afirma de nuevo el carácter positivo de los derechos humanos porque queda claro dónde están *puestos* estos derechos, lo que elimina esa suerte de metafísica jurídica en la que les colocó el constitucionalismo tradicional mexicano, al invisibilizarlos frente a las llamadas *garantías individuales*. El segundo elemento tiene que ver con que los derechos humanos, si bien no se agotan en los contenidos en la Constitución, tampoco son infinitos, etéreos o elusivos; los que no estén en el texto constitucional, están en el texto de los tratados ratificados por México, lo que significa que es necesario buscarlos y establecer las normas para su reconocimiento y aplicación. El tercer elemento refiere a que el mecanismo para incorporar derechos admite también hacerlo por la vía de los tratados que México firme y ratifique, sean de la materia que se trate, lo que potencialmente significa que en el futuro tendremos más derechos —que a su vez generarán más obligaciones para el Estado Mexicano—, pero dado que el correlato de la progresividad es la no regresividad, en línea de principio, al menos, no debería darse el caso de que en el futuro se restringieran o eliminaran derechos a quienes viven y transitan por el territorio nacional.⁶

⁵ Como afirma José Luis Caballero: “El artículo 1o., párrafos primero y segundo señalan claramente el reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución y los tratados internacionales que integran una unidad como referentes interpretativos en el orden jurídico mexicano; un solo bloque normativo, como ha sido reconocido ya claramente por la doctrina”. *Cfr.* Caballero, J. L., *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-IMDPC, 2014, p. 185.

⁶ Desafortunadamente, muy poco tiempo pasó antes de que la Suprema Corte de Justicia pusiera en entredicho la prohibición de regresión, con la resolución en torno al amparo directo en revisión 4267/23, en la que afirma “...que los derechos humanos previstos en los tratados internacionales se encuentran al mismo nivel de los derechos reconocidos en la Constitución Federal, conformando un mismo catálogo o cuerpo de derechos humanos, sin hacer referencia a una cuestión jerárquica; pero que cuando se está en presencia de un restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional, prevalece o tiene aplicación directa el texto de la norma fundamental, frente a cualquier norma de carácter internacional”, Tesis aislada 2a. XXIII/2014 (Décima). Esta tesis pretende la supremacía constitucional de las restricciones, prohibiciones, limitaciones o excepciones constitucionales, para argumentar la imposibilidad de invocar incompatibilidad de normas que de otro modo re-

3) *Ninguna autoridad puede asumir una posición pasiva frente a los derechos humanos*, lo que significa: (1) que está obligada a conocerlos y hacerlos conocer, y por tanto, (2) que no puede excusarse en su desconocimiento, ni (3) tampoco puede argumentar ningún tipo de excusa para no darlos a conocer a sus destinatarios (obligación de promover). También supone que (4) no debe violar derechos, ni (5) argumentar que lo hizo por órdenes o instrucciones de alguien más, así se trate de un superior jerárquico (obligación de respetar) y, en consecuencia, (6) que ninguna autoridad debe permitir, tolerar o argumentar desconocimiento en torno a violaciones a derechos humanos cometidas por otros servidores públicos del nivel del que se trate (obligación de proteger). Además, implica (7) la obligación de eliminar obstáculos para el acceso a los derechos y, en caso de hallarlos, (8) a subsanarlos o, de no estar esta posibilidad en su competencia, (9) a denunciarlos con la finalidad de que sean subsanados en lo inmediato (obligación de garantizar). Obliga también (10) a anticipar las razones, estructurales, institucionales —legales y organizacionales— e individuales que pueden facilitar o propiciar violaciones a derechos humanos, y a (11) diseñar e (12) implementar lo necesario —modificaciones estructurales, reformas legislativas y de política pública— para que estas no ocurran (deber de prevenir).

En caso de que se tenga noticia de una violación a derechos humanos, las autoridades de todos los niveles en el Estado mexicano tienen el deber (13) de actuar en el ámbito de su competencia con la debida diligencia, la certeza y celeridad procesal que corresponda para saber si en efecto se violaron derechos, qué derechos se violaron, quién o quiénes son los responsables, y qué factores determinaron la violación (deber de investigar) y, en lo que exceda su competencia, (13.5) denunciar la presunta violación ante la autoridad correspondiente, así como facilitar lo necesario para que la investigación se realice (obligación de proteger en relación con el deber de investigar); (14) establecer y aplicar las sanciones que correspondan a quienes resulten responsables de las violaciones (deber de sancionar), o bien, (14.5) hacer lo necesario para que quien resulte responsable de una violación a derechos

sultarían contrarias a tratados internacionales que las prohíben y que por lo tanto, podrían ser inaplicadas y posiblemente expulsadas del derecho positivo nacional. En realidad, este es un ejemplo de interpretación inválida, en sentido estricto, porque al tener como premisa que los tratados internacionales se encuentran al mismo nivel de la Constitución, formando con el resto de las normas constitucionales un *bloque de constitucionalidad*, carece de sentido un argumento que la contradice, al imponerle excepciones. En este caso, la Corte *se permitió* —inválidamente— una interpretación *contra persona* —y por ende *contra derechos*— del artículo primero constitucional y con ello permitió a su vez la posibilidad de interpretaciones *contra persona* de esas llamadas restricciones, limitaciones, prohibiciones, excepciones.

humanos sea sancionado (obligación de proteger en relación con el deber de sancionar), y finalmente, (15) hacer lo necesario para regresar la situación al estado que guardaba antes de que ocurriera la violación y de no ser esto posible, garantizar que los daños económicos y morales ocasionados por la violación sean resarcidos con base en los estándares más altos posibles (deber de reparar) o, en su caso, (15.5) pugnar por que así lo determine la autoridad que corresponda (obligación de proteger en relación con el deber de reparar).

4) *Todas las autoridades están obligadas a interpretar las normas relativas a derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados de derechos humanos* (segundo párrafo: cláusula de interpretación conforme), *pero siempre y solamente en una dirección específica, es decir:* favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia (segundo párrafo: principio pro persona). Lo anterior se traduce en la necesidad de establecer estrategias para el reconocimiento de derechos (controles de constitucionalidad y de convencionalidad) con independencia de donde se encuentren —siempre que estén dentro del bloque de constitucionalidad—, así como procedimientos de aplicación a los casos específicos y con el objetivo de crear precedentes (en relación con las obligaciones de proteger y de garantizar). O bien, de reconocer normas protectoras de derechos humanos externas al bloque de constitucionalidad —normas del llamado *soft law*—, denunciar y argumentar su necesidad y, en consecuencia, hacer lo necesario para integrarlas al bloque. Cabe señalar que la redacción que incorpora el principio pro persona no dice proteger lo más ampliamente a la persona, sino *favorecer a ella la protección más amplia*, lo que remite a un marco externo de protección que solo puede ser el mismo marco de derechos humanos al que se refiere el propio artículo primero constitucional; por lo que es claro que esa protección más amplia será, no la de la persona en sí, sino la de sus derechos. En consecuencia, el pro persona, en relación con las obligaciones de proteger y de garantizar, así como con el deber de prevenir, debe entenderse como el fundamento de la búsqueda de nuevas normas protectoras de derechos humanos y de las actividades y procedimientos necesarios para su integración al bloque de constitucionalidad. De lo anterior también se sigue que las autoridades no pueden recurrir a cualquier método de interpretación y, por lo tanto, tampoco pueden argumentar o aplicar una norma de derechos humanos sin antes verificar que ello es *pro derechos humanos*, bajo la previsión que ordena ampliar los efectos protectores de la norma y reducir los que produzcan restricciones u obstáculos, lo que en términos llanos significa encaminar la consecuencia de sus decisiones hacia la inclusión y a la evitación de la exclusión. En mi opinión, esto tiene una gran relevancia, pues extiende el criterio de validez

de la norma a su interpretación, argumentación y aplicación, planteando la posibilidad de que, entonces, sobre normas válidas haya interpretaciones, argumentos y aplicaciones contra derechos —o *contra persona*—, lo que calificaría estos actos, y no a las normas, como inválidas. Cabe recordar que también esta cuestión se refleja en la posibilidad de interpretar, argumentar y, en este caso, inaplicar válidamente —es decir, *pro derechos*— una norma que es considerada inválida, precisamente por presumirse —en el caso del control difuso de convencionalidad o constitucionalidad— o declararse —en el caso del control constitucional o convencional concentrado— como incompatible con los derechos humanos. En esto radica, en mi opinión, uno de los avances más importantes conseguidos por la SCJN en la resolución que recayó al expediente Varios 912/2010, con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla*.⁷

5) *Se atenta contra la dignidad humana cuando se discrimina*. Cabe señalar que en este caso, la prohibición de discriminación es general y no está dirigida solo a la autoridad. Por esta razón, en otros espacios me he referido a la cláusula de inclusión —como se conoce al último párrafo del artículo primero y que por cierto data, en el 99% de su redacción, de 2001— como el proyecto cultural de la reforma constitucional de derechos humanos, al menos por las siguientes razones: la primera, porque permite construir jurídicamente un referente para la dignidad humana, concepto filosófico que, como ocurre con otros conceptos como el de *naturaleza humana* e incluso el de *ser humano*, poseen inevitablemente un remanente iusnaturalista que, en muchos y muy lamentables casos, ha justificado atrocidades como el genocidio.⁸ En este caso, al decir la Constitución que se atenta contra la dignidad humana cuando se discrimina, y luego establecer una serie de atributos que son los que se constituyen como objeto de discriminación, y partiendo del texto constitucional que dice que en los Estado Unidos Mexicanos

⁷ Cfr. al respecto Cossío, J. R., “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre de 2012.

⁸ Tómese como ejemplo el fragmento que cita Richard Rorty de un informe aparecido en *The New Yorker* del 23 de noviembre de 1992, en el que David Rieff afirmaba que “para los serbios los musulmanes ya no son humanos. Un guardia Serbio que conducía una furgoneta, arrolló varias filas de prisioneros musulmanes que yacían en el suelo a la espera de ser interrogados”. Rorty extrae como moraleja la siguiente: ...los asesinos y violadores serbios no consideran que violen los derechos humanos. Porque ellos no hacen estas cosas a otros seres humanos, sino a musulmanes. Ver Rorty, R., “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”, en Shute, S. y Hurley, S., *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1998. Sobre los genocidios y sus “razones”, puede el lector revisar el muy documentado libro coordinado por Guevara, J. y Dayán, J., *Genocidio*, México, CDHDF, Museo Memoria y Tolerancia-Inacipe-UIA, 2013.

...(queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil, o cualquiera otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Se sigue que (1) está prohibido discriminar porque ello atenta contra la dignidad, (2) que si está prohibido discriminar con motivo del origen étnico de una persona, ello es porque hacerlo atenta contra su dignidad, por lo tanto (3) el origen étnico es, al menos, parte integrante de la dignidad. Y así, sucesivamente, con el resto de los atributos que plantea la cláusula de inclusión. En consecuencia, la dignidad humana se operacionaliza en el último párrafo del artículo primero constitucional, en el origen étnico de las personas, su nacionalidad, su género, en si es o no una persona con discapacidad, en si es pobre o no, si vive una determinada condición de salud, en su religión, etcétera.⁹ Una sencilla operación de subsunción nos permite extraer comunales y diferencias, y categorizar estos atributos en tres grandes conjuntos: el conjunto de los atributos que *constituyen* tanto a las personas como a los colectivos: el género, la edad, la orientación psicosexual, el origen étnico, la discapacidad. Se trata de atributos que no se eligen y que están ligados a la integridad personal y que por lo tanto identifican a la persona y al mismo tiempo la diferencian de las y los demás. Llamaremos por ello al conjunto de estos atributos *identidad*. Un segundo conjunto se refiere a atributos externos no constitutivos de la integridad personal, pero que las contextúan, por así decirlo, son atributos que, aunque pueden abandonarse por diversas razones, suelen conservarse o cultivarse por estar ligados culturalmente a la identidad: la religión, las opiniones y el estado civil, para citar las que están explícitas en la Constitución, aunque por analogía podríamos pensar también en las tradiciones, la lengua, la cosmovisión, la costumbre y, en general, todas aquellas que dan cuenta de una forma de vivir la identidad, por lo que podemos denominar a este conjunto *estilo de vida*. Un tercer conjunto que corresponde al referente material en el que identidad y estilo de vida se despliegan, son externas y contingentes, no se eligen, aunque no son absolutamente determinadas y es posible, y en diversos casos necesario, modificarlas, por ejemplo la condición social o la condición de salud, nuevamente según la Constitución, pero también por analogía pueden incluir-

⁹ Sigo aquí una reflexión que estoy construyendo bajo la idea de una *construcción social de la dignidad*. En todo caso, y particularmente en lo que se refiere al concepto de estilo de vida, soy tributario del trabajo de Bourdieu, P., *Distinction: A Social Critique of the Judgment of Taste*, London, New York, Routledge, 2010.

se en este conjunto el estatus migratorio y la privación de libertad. Estos atributos dan cuenta de un estado material que, sin duda, no es igualitario, por el contrario, acusa importantes desigualdades, económicas, educativas, sanitarias, sociales, legales; por esta razón podemos identificar este conjunto como *situación material*. De este modo es que me parece pertinente afirmar que la dignidad humana está constituida, al menos, por una serie de atributos objetivables que definen quiénes somos (identidad), cómo queremos desarrollar nuestro ser (estilo de vida) y cuál es nuestra contingencia (situación material). La interacción de estas variables define un lugar para cada quien, como individuo dentro de un colectivo y como colectivo dentro de una sociedad.

La segunda razón por la que sostengo que en este último párrafo del artículo primero constitucional hay un proyecto cultural tiene que ver con su relación con las obligaciones constitucionales y también con una interpretación *a contrario sensu* de la prohibición. Por una parte, si planteamos las obligaciones a las que se refiere el párrafo tercero del propio artículo primero, en referencia a la identidad, respetarla significa no solo no meterse con ella —lo que implicaría más bien tolerarla—, sino considerarla como equivalente, con el mismo valor, que cualquiera otra identidad; protegerla implica evitar que otros la minusvaloren, discriminen, excluyan o aniquilen; promoverla significa asumir una actitud proactiva, que informe sobre las identidades con un enfoque que les otorgue el mismo valor a pesar de las diferencias entre ellas —como el enfoque que las entiende como parte de la diversidad humana— y que desaliente enfoques que las jerarquizan y califican desde modelos mayoritarios y hegemónicos, como minorías, personalidades desviadas, anormales, enfermas, etcétera —como lo ha hecho el asistencialismo con los denominados *sujetos vulnerables*, el patriarcalismo con las mujeres, el adultocentrismo con las niñas, niños y adolescentes, etcétera—. Garantizar, en este caso, implica crear las condiciones que derriben los obstáculos, reales y simbólicos, y que en su lugar construyan rampas y accesos, reales o simbólicos, para el acceso equitativo de todas las identidades posibles a todos los derechos.

En cuanto al estilo de vida, respetarlo significa considerar todos los estilos de vida igualmente válidos entre sí; protegerlo implica evitar que otros los invaliden, los discriminen, los excluyan o los aniquilen. Promoverlo supone darles visibilidad informando lo necesario para evitar prejuicios o actitudes negativas frente a ellos, y garantizarlo significa construir los mecanismos para que cualquier persona pueda desplegar ese estilo de vida con libertad y con seguridad.

La situación material, en cambio, plantea una posición diferente, pues mientras identidad y estilo de vida son intocables —ninguna autoridad debe interferir o tratar de modificar la identidad o el estilo de vida de una persona—, variables como la condición económica, la salud, el estatus migratorio o la privación de la libertad generan desigualdades materiales que hacen notablemente más difícil el despliegue de la identidad y del estilo de vida. Por ello, en este caso, aunque respetar significa no prejuzgar a nadie por su situación socioeconómica, sanitaria, migratoria o legal, proteger, promover y garantizar significan obligaciones positivas destinadas a producir igualdad material. En términos políticos podría decirse que respecto de la identidad y el estilo de vida, las autoridades están obligadas a incluir, mientras que respecto de la situación, están obligadas a empoderar.

Pero si estas obligaciones tienen que ver con las autoridades, la Constitución las reenvía también a las personas en el mensaje de prohibición absoluta de la discriminación, que *a contrario sensu* puede plantearse como sigue:

En los Estados Unidos Mexicanos...

[...].

Es obligatoria toda forma de inclusión motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil, o cualquiera otra que *afirme* la dignidad humana y tenga por objeto *respetar, proteger, promover y garantizar* los derechos y libertades de las personas.

Dirigida como está esta disposición a todas y todos los destinatarios de la Constitución, y en el entendido de que leída de este modo afirma el derecho a ser incluido por el hecho de poseer dignidad humana en el sentido planteado más arriba, el cumplimiento de las obligaciones del Estado mexicano frente a este derecho solo es posible si sus acciones se dirigen, por todos los medios posibles —que incluyen un vasto arsenal de medidas sociales, educativas, económicas, culturales, políticas, realizables a través de acciones legislativas, judiciales o de política pública—, a crear las condiciones necesarias para una transformación cultural de la sociedad que vive y transita por el territorio nacional, para que aprenda a asumir, también ella, compromisos a favor del respeto de la dignidad de los y las otras.

La premisa, por tanto, para acometer el análisis de las implicaciones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos para el derecho penal y el sistema de justicia penal la constituye el propio marco constitucional de derechos humanos que para el caso de la justicia penal afirmarí­a entonces que

...en los Estados Unidos Mexicanos las autoridades del sistema de justicia penal están obligadas a salvaguardar la dignidad humana de todas las personas habitantes y transeúntes del territorio nacional, respetando, protegiendo, promoviendo, garantizado los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados de los que México es parte —sean o no de derechos humanos— e interpretándolos y aplicándolos de conformidad con la propia Constitución y los Tratados de Derechos Humanos, siempre en el sentido de ampliar los alcances de tales derechos y de evitar al máximo posible su restricción.

III. CONTEXTO: DISCURSOS CONTRADICTORIOS

Los alcances de esta premisa son tan amplios como relevantes, especialmente a la luz del perfil que hoy en día presenta la justicia penal del país. Como es sabido, el sistema penal mexicano fue objeto de una reforma constitucional en junio de 2008 que ha sido calificada, con acierto desde mi punto de vista, como una reforma esquizoide. En efecto, se trata más bien de dos reformas con orientaciones que no solo son distintas entre sí, sino que resultan contrapuestas. Metafóricamente hablando, podría decirse que esa reforma equivale a poner un vehículo a avanzar en primera velocidad y al mismo tiempo hacerlo marchar en reversa.

Me resulta claro que el contexto en el que ocurre esa reforma es igualmente contradictorio. Por una parte, para 2008, México reporta un notable retraso respecto de Latinoamérica toda, que lleva al menos una década modificando sus sistemas penales desde los modelos inquisitoriales hacia los adversariales, lo que sin duda ha puesto una severa presión al país al menos desde 2005 y hasta la fecha, manifestada en una tensión interna entre quienes representan una fuerte inercia a favor del proceso penal mexicano tradicional de corte inquisitorial, y quienes han venido pugnando por un proceso acusatorio; no obstante que la reforma puede afirmarse como un logro de esta más reciente tendencia, lo cierto es que poco se puede decir todavía acerca del éxito de su implementación —para la cual, vale recordar, se previeron ocho años, de los cuales han transcurrido seis a la fecha—.

Por otra parte, 2008 también constituye el principio del segundo tercio del gobierno del expresidente Felipe Calderón, marcado por una cruenta guerra contra el crimen organizado y caracterizado también por apostarle, más que al sistema penal, al uso de la policía y las fuerzas armadas en su cruzada anti crimen.

En todo caso, los años alrededor de la reforma han sido un campo de batalla ideológica que deja ver en el texto constitucional reformado la cica-

triz de un desacuerdo que todavía no se ha resuelto y que sigue operando como escenario de la discusión penal nacional. Y es que hay en la reforma penal dos líneas opuestas que es necesario distinguir, una de rasgo garantista, sin duda una línea de trazo más firme en el texto constitucional, pero a la que se opone otra, de trazo más tenue pero no por ello más débil, sino en todo caso más sutil, que le opone excepciones, tratándose de delitos graves y de los relacionados con la delincuencia organizada.

Frente a ello, es muy interesante observar que la reforma de 2011, salvo la modificación del artículo 18 constitucional para introducir el concepto *derechos humanos*, no tocó ninguno de los artículos que fueron reformados en 2008 —como tampoco lo hizo con la reforma constitucional en materia de justicia para adolescentes de 2005—. Seguro ello puede explicarse también por la tensión que se ha descrito entre la vocación garantista de quienes han impulsado la renovación de las normas penales por un lado, y el temor, fundado igualmente en la inseguridad ciudadana como en la preocupación por la pérdida del control que un sistema autoritario aparenta tener frente al delito, por el otro.¹⁰

Pero atendiendo al principio del legislador racional, la reforma de 2011 no puede simplemente no tener efectos en la de 2008, y que no los haya tenido hasta ahora no significa que no los deba tener en el futuro y, de hecho, seguramente los irá teniendo como parte de los desarrollos ulteriores, tanto de la legislación secundaria como de la labor de política pública y jurisdiccional. Tales implicaciones trascienden, en mi opinión, la sola relación entre normas de derechos humanos y de derecho penal, y alcanzan, sin duda, el ámbito más amplio de las relaciones entre la justicia penal y la política criminal, las concepciones de delito y delincuente y, desde ahí, impactan el derecho penal sustantivo, el proceso penal y el ámbito de ejecución de las penas. Difícilmente considero posible abarcar en este texto la totalidad de implicaciones que una premisa como la que se desprende del nuevo artículo primero constitucional tendrá para la justicia penal en el futuro —y de hecho esperaría que la creatividad legislativa y jurisdiccional den para mucho más—. Sin embargo, considero útil plantear al menos los efectos que vislumbro en estas relaciones.

¹⁰ Remito al lector interesado en el tema a mi ensayo de 1998, “Cultura y desviación en el fin de milenio: el *pathos* melancólico finisecular”, en González Placencia, L., *Política criminal y sociología del control penal*, México, Inacipe, 2006.

IV. IMPLICACIONES

1. *Implicaciones en la relación entre justicia penal y política criminal*

Una primera y fundamental implicación de la reforma en materia de derechos humanos remite a la necesidad de revisar la relación entre justicia penal y política criminal. Existe suficiente evidencia de que esta relación ha jugado a favor de la política criminal que es la que ha definido, en buena medida, tanto los alcances como los límites de la justicia penal. Para decirlo de modo resumido, la política criminal ha hecho de la justicia penal el instrumento para conseguir sus fines. En otros espacios he esbozado esta circunstancia identificando dos modelos de relación entre política criminal y justicia penal que describo someramente para los efectos de mi argumentación en este texto: un modelo de seguridad y uno de derechos.¹¹

El modelo de seguridad asume, como telón de fondo, una noción de la seguridad identificada con el orden público y, por esa razón, asume como fin último la consecución de ese orden. Este modelo prescinde del sistema penal y de los derechos humanos o bien les reduce a un rol instrumental de juridificación y validación política, respectivamente, de decisiones con consecuencias punitivas tomadas fuera de una sede judicial. Se trata, en ambos casos, de una especie de *check list* que se revisa y palomea para evidenciar que se cumplió con las *formalidades esenciales* requeridas desde ambas perspectivas, procesal y de derechos humanos. En este modelo, las acciones de todos quienes intervienen en él están dirigidas a validar funciones de prevención especial negativa y general positiva, enderezadas al fin de restaurar el orden afectado por el delito: por una parte, neutralizar y, en algunos casos incluso, aniquilar al delincuente, quien es considerado un enemigo; por la otra, enviar mensajes que reafirman la seguridad y el orden público. Este modelo parte de prejuicios que adoptan expresiones de facto que tratan de justificarse en aras de dichas funciones y que apelan a las más primarias reacciones humanas frente al miedo y la inseguridad, y de ellas, por la vía de la política, adquieren legitimidad. Por eso, el modelo de la seguridad se centra

¹¹ Desarrollos más detallados sobre estas ideas puede hallarlos el lector en González Placencia, L. “La concepción sistémica de la seguridad pública en México (o la secreta adscripción del discurso preventivo a la razón de Estado”, *Nueva Sociedad*, núm. 167, mayo-junio de 2000; “Seguridad ciudadana y gobernabilidad democrática”, en González Placencia, L., *Política criminal...*, *cit.*, y González Placencia, L. y Rodríguez Luna, R., “La seguridad pública en la perspectiva local: participación ciudadana y prevención del delito en el Distrito Federal”, en Cienfuegos Salgado, David y Macías Vázquez, María Carmen (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Estudios de derecho público y política*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 197 y ss.

en la persona delincuente, la construye como un peligro —abstracto o concreto— que a la postre termina por justificar una división artificial en la sociedad entre criminales y víctimas —en ambos casos, reales o potenciales—, haciendo abstracción del contexto en el que se produce significativamente el delito. Hay, en consecuencia, una percepción en torno a la supremacía de los derechos de los delincuentes sobre los de las víctimas y, por lo tanto, un impulso hacia revertir esta situación a favor de estas últimas. En consecuencia, este modelo, que constituye lo que podría denominarse una *gubernamentalidad* autoritaria, tiene efectos en la manera en la que los miembros de las fuerzas armadas, la policía, los ministerios públicos e incluso los jueces, conciben sus deberes, y es que desde esta perspectiva, un operativo exitoso es el que termina con la detención —sin importar si es arbitraria—¹², en la condena —no importa si en ausencia del debido proceso—¹³, o en la ejecución —sin importar si es extrajudicial—¹⁴ de quien es considerado delincuente; de lo contrario, se produce en el imaginario colectivo la percepción de que un criminal ha quedado libre e impune.

El modelo de derechos, por el contrario, coloca los derechos humanos como telón de fondo de la justicia penal. La seguridad y el orden público son una consecuencia de la observación de estos derechos, especialmente del debido proceso como derecho humano —y no solo como una formalidad procesal— y como presupuesto de la dignidad humana de víctimas, inculpados y de la sociedad en general. Desde esta perspectiva, es precisamente la justicia penal la que modela la política criminal, la que le impone límites y la que señala sus alcances. Por ello, una sentencia absolutoria es una parte de la restauración de los derechos violados a una persona inocente que, sin embargo, fue sujeta a un procedimiento penal —probable-

¹² Ejemplos de detenciones arbitrarias y de la manera en la que se justifican hay desafortunadamente muchos. Como ejemplo, remito al lector a las detenciones que con motivo de las protestas del 1o. de diciembre de 2012 se llevaron a cabo en el Distrito Federal (Cfr. CDHDF, Recomendación 07/2013, disponible en www.cdhd.org.mx).

¹³ Por ejemplo el caso documentado por Layda Negrete y Roberto Hernández en la cinta *Presunto culpable*, y desde luego también el famoso caso de Florence Cassez, del cual puede hallarse un excelente análisis en Barreda, L. de la, *Culpable. Florence Cassez, el juicio del siglo*, México, Grijalbo, 2013.

¹⁴ Recuérdese el caso de Arturo Beltrán Leyva, quien fue asesinado en un enfrentamiento con miembros de la Secretaría de Marina durante un operativo que esa institución llevó a cabo en la ciudad de Cuernavaca, Morelos, el 16 de diciembre de 2009. Si bien es cierto que su muerte ocurrió como resultado del intercambio de fuego, la participación de la Marina, la forma en la que se llevó a cabo el operativo y el armamento utilizado dejan ver que la posibilidad de detener y enjuiciar a Beltrán Leyva era subsidiaria de su ejecución extrajudicial. Cfr. el reportaje especial, “La muerte de Beltrán Leyva, un golpe lleno de dudas”, *Proceso*, 1729, 20 de diciembre de 2009.

mente privada de la libertad sin justificación—, tanto como una sentencia condenatoria es también parte de la restauración de los derechos violados a la víctima con motivo del delito cuando se prueba que este ocurrió. El modelo de derechos es un modelo de equilibrios que al descansar en el debido proceso no opone los derechos de los inculcados a los de las víctimas. Metafóricamente hablando, el debido proceso actúa como un prisma que a la vez que refleja los derechos humanos hacia cada una de las partes, apunta la responsabilidad siempre hacia la autoridad. En este modelo no cabe la intervención de las fuerzas armadas; por el contrario, se trata de una perspectiva convergente con la idea de que su ámbito de acción nunca debe trascender a las funciones de las instituciones civiles de prevención y reacción respecto del delito y, en consecuencia, de que los delitos cometidos fuera de su jurisdicción deben ser juzgados por autoridades civiles. Este modelo no construye enemigos, se centra en conflictos entre personas y es especialmente sensible a los contextos en los que esos conflictos surgen, con la claridad que implica que la función de la justicia penal es la de resolver esos conflictos, no sus contextos, mientras que la de la política criminal es la de intervenir esos contextos y no la de resolver los conflictos que se suscitan en ellos. Así, dado el carácter esencialmente aflictivo del sistema penal, la justicia penal es concebida para reducir la violencia institucional, del mismo modo que, dado que el contexto social es excluyente y desigual, la política criminal debe destinarse a reducir la violencia estructural y, en consecuencia, la violencia social e individual.

No tengo que escribir mucho más para evidenciar que, en México, mientras la justicia penal ha tenido aproximaciones al modelo de derechos,¹⁵ la política criminal ha adoptado el modelo de seguridad.¹⁶ Pero igual de claro

¹⁵ Así puede entenderse la orientación que desde la perspectiva de los llamados juicios orales busca adoptar el país desde 2005, al menos incorporando normas que equilibran los derechos de víctimas e inculcados, una metodología de audiencias públicas, intentando limitar el arraigo, creando salidas alternas al proceso penal y, en general, otorgando al sistema penal criterios de validez garantistas y fines restaurativos.

¹⁶ Este modelo se fortaleció y creció en los últimos veinte años, en especial para la criminalidad organizada, pero con consecuencias para la justicia penal común: una estrategia de guerra, cuyo primer objetivo era aniquilar y para la que se pensó incluso un marco de protección para que las fuerzas armadas pudieran cumplir con esta función sin la amenaza de un juicio por violaciones a derechos humanos; un sistema penal que incluyó estrategias *de iure* y *de facto* destinadas a afirmar actos que en cualquier Estado democrático no solo tendrían justificación, sino que incluso implicarían responsabilidades para quienes los llevan a cabo: *de iure*, pongo por ejemplo el arraigo, que incluso alcanzó rango constitucional y que fue nuevamente protegido por una resolución de la Suprema Corte de Justicia de carácter indudablemente regresivo a la que ya he aludido *supra* (*cf.* nota al pie 5); *de facto*, el ejemplo lo constituyen las prácticas de recrear detenciones o de presentar probables responsables

es que, dadas las excepciones antigarantistas que han sido incorporadas a la justicia penal con argumentos de política criminal, es esta última la que ha moldeado a la primera. En los hechos, esto se revela como formas de exclusión para determinadas personas, en razón de su probable participación en determinados delitos, y por tanto, en la existencia y posibilidad de aplicación de un régimen de excepción que choca de frente contra lo dispuesto en el artículo primero constitucional y con el nuevo marco convencional de derechos humanos en México.

Por ello es que afirmo que una primera y fundamental consecuencia de la relectura de la justicia penal a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011 debe ser la inversión de la relación entre política criminal y justicia penal, de modo que la primera quede subordinada a la segunda. Ello tendría que implicar la paulatina deconstrucción del modelo de seguridad, y la correlativa asunción del modelo de derechos de modo que se generen los equilibrios necesarios para eliminar el régimen de excepción para la criminalidad organizada y la delincuencia de alto impacto.

Cabe señalar, en este punto, que ello no debe confundirse con un reblandecimiento de la política criminal; por el contrario, implica, en todo caso, una revisión que la circunscriba a los márgenes de la legalidad, que paulatinamente transfiera las capacidades que han sido atribuidas a las fuerzas armadas —coordinación, inteligencia, estrategia operativa, disciplina, impermeabilidad a la corrupción— a las autoridades civiles, con los controles necesarios para dar certeza a cada una de las acciones de la policía, la fiscalía y la jurisdicción. En suma, fortalecer el sistema de justicia penal —no debilitarlo— de modo tal que el problema de la delincuencia vuelva al cauce jurídico y abandone el de la fuerza armada y de la policía.

2. Implicaciones en la concepción del delito y del delincuente

Una segunda implicación directa de la reforma constitucional en materia de derechos humanos es que, justo a partir del último párrafo del nuevo artículo primero, en México consideraciones deterministas o peligrosistas de quienes cometen un delito constituyen una forma de discriminación. En ese marco, la polémica que ocupó una buena parte del siglo XX sobre la existencia o no de elementos constitutivos de una personalidad delincuente,

ante medios de comunicación, incluso antes de ser puestos a disposición de un fiscal, ya no se diga de un juez. También hemos visto a los gobiernos responder al legítimo reclamo de las víctimas, no solo generando en ellas expectativas que se vienen abajo debido a investigaciones inválidas, sino respecto de la posibilidad de aprobar iniciativas de corte notoriamente autoritario.

o de proclividad al delito, o de peligrosidad de las personas para cometer delitos, y por tanto, la discusión sobre si ello debería o no tener consecuencias en el tipo de proceso que se les debe seguir o en la individualización de las penas, queda hoy claramente decantada, constitucionalmente decantada, hacia un derecho penal de acto, que hace una diferencia de la mayor relevancia al sentar que el derecho penal sanciona a las personas por lo que hicieron, y no por lo que son. Desde esta perspectiva, el delincuente no puede ser considerado un enemigo, una amenaza, un peligro, ni de ninguna otra manera que refiera su condición a una *mala in sé* y, por tanto, de esa condición no es posible seguir un trato menos garantista que el que recibe quien es considerado un delincuente *común*. Lo mismo vale decir para cualquier otro calificativo que atribuya a una característica de identidad razones para un trato diferenciado, *hipogarantista*, por ejemplo el origen, la nacionalidad o la condición de migrante indocumentado.¹⁷ Quien comete un delito nunca pierde su dignidad humana y por lo tanto conserva intactos sus derechos, excepción hecha de aquellos que son legal y legítimamente conculcados con motivo del proceso penal y de la pena, y que son restringidos durante un tiempo legal y judicialmente determinado, que eventualmente puede ser menor, pero nunca mayor, del impuesto por un juez. Así vistas las cosas, la pena no es una venganza subjetiva, sino una respuesta objetiva que, si bien recae en una persona, se justifica por la naturaleza lesiva de la conducta cometida y no por la persona que la comete.

Por esta misma razón, el derecho penal no puede ser indiferente al contexto en el que una determinada conducta se torna significativa como delito, ni tampoco al entorno en el que es cometida. El delito no puede ser concebido, al menos en línea de principio, como el resultado de un determinismo constitutivo de la persona que delinque. Desde esta perspectiva, el delito constituye más bien una forma de vida, un estilo de vida en los términos planteados más arriba, que sin embargo se despliega, en este caso, a través de prácticas y/o con fines ilegales. Por ello el contexto es relevante, porque explica —aunque no justifica— la aparición de prácticas que han desafiado de distintas maneras el orden económico, político o social;¹⁸ por

¹⁷ Piénsese, por ejemplo, en el caso Cazzes, quien por ser considerada secuestradora, pero sin duda también, por no ser mexicana, fue objeto de propuestas serias para que no aplicara el Tratado de Estrasburgo sobre el traslado de personas condenadas para cumplir sus penas en su país de origen. *Cfr.* Barreda, *op. cit.*

¹⁸ Apunto en este sentido alguna observación que desafortunadamente no puedo desarrollar aquí, pero que invita a mirar qué delitos han sido relevantes en función de las distintas etapas de la modernidad: los que atentan contra la libertad y la propiedad en la primera modernidad, los que atentan contra el Estado en la segunda modernidad y los que atentan

eso el entorno es relevante también, porque ve en las personas seres relacionales, cuyas decisiones no están aisladas respecto del ámbito de posibilidades que se tienen para decidir, ni tampoco están exentas de las relaciones de dominación que esas mismas relaciones comportan.

Así las cosas, ni el delincuente puede ser visto como el origen del delito, ni tampoco el delito puede ser aislado como una manifestación pura de *rational choice*. Por una parte, y en atención al respeto a la dignidad humana, cualquier rasgo de personalidad de quien comete un delito debe quedar fuera de consideración cuando se juzgan sus actos —su aspecto, su *peligrosidad*, sus costumbres o su pertenencia a un colectivo—; en relación con el delito, resulta relevante tomar en cuenta que la decisión de delinquir puede no ser enteramente libre, sino estar determinada por el entorno y las circunstancias que rodean y determinan esa decisión. Esto me parece especialmente importante si se toman en cuenta entornos conflictivos como los que han dado lugar a homicidios cometidos por mujeres, el aborto, robos cometidos por personas migrantes, la participación de niñas, niños, adolescentes y personas adultas mayores en actividades de criminalidad organizada, e incluso a ciertas formas de justicia por propia mano, incluidas las autodefensas, por citar algunos ejemplos. Cabe señalar que me refiero a entornos —y no a circunstancias—, como contextos, espacios territoriales y simbólicos que aunque no justifican, sí explican por qué alguien puede reaccionar cometiendo delitos. Al ser las y los sujetos activos de estos delitos, personas que pertenecen a identidades histórica o circunstancialmente vulneradas, esos entornos conflictivos pueden incluso ser considerados como atenuantes del delito.

Del otro lado, si el sujeto activo del delito pertenece, histórica o circunstancialmente a identidades o colectivos dominantes, esos contextos podrían pesar como agravantes dada la relación de poder que media entre victimarios y víctimas, a favor de los primeros. Esta consideración me parece importante porque ayuda a explicar porqué el derecho penal debe ser más duro cuando se aplica a delitos en los que el sujeto activo del delito posee una ventaja, histórica o circunstancial, pues en estos casos, el delito se expresa claramente, también, como un abuso de poder y como una afirmación del dominio. Así, puede apreciarse, por ejemplo, en delitos como el feminicidio, los relacionados con la homofobia y, en general, todos aquellos

contra el mercado en esta más reciente fase de la modernidad. *Cfr.* González Placencia, L. y Gluyas, R., “Criminalidad y derechos: paradojas en el contexto de la interacción entre Estado, mercado e individuo”, en Rivera, I. *et al.*, *Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Barcelona, Anthropos, 2006.

que implican alguna forma de discriminación.¹⁹ A la base de esta consideración está, desde luego, la obligación constitucional de respetar y proteger la dignidad de las personas y es que, sin lugar a ninguna duda, estas conductas delictivas destruyen, desde las identidades histórica o circunstancialmente dominantes, a sus correlatos, las identidades histórica o circunstancialmente vulneradas.

De hecho, esta última consideración remite también a aquellos otros contextos donde hay una relación de dominio que se expresa, o debería expresarse, en sentido positivo, como un deber de cuidado o como una calidad de garante. Si con motivo de la desatención de esos deberes, o no obstante que se tenga esa calidad de garante, se comete un delito, ello también implica un contexto que debe ser considerado agravante. Especialmente relevante me parece cuestionar la indiferencia que el derecho penal actual plantea frente a los delitos de Estado, lo que significa delitos cometidos en nombre o bajo la protección que puede brindar el servicio público o el funcionariado. En línea de principio, y justo de cara a las nuevas obligaciones constitucionales para las autoridades de todo el país, esa calidad de garante incrementa la responsabilidad frente al respeto de la dignidad humana y debe suponer, por tanto, una exigencia mayor y, en su caso, una sanción mayor que la que cabría a cualquier otro sujeto del derecho penal que no posea esa calidad. También, en línea de principio, me parece que este incremento de responsabilidad debería considerarse para aquellas situaciones en las que el sujeto activo del delito es una *persona moral*, de modo especial cuando la conducta representa daños trascendentes, como, por ejemplo, en la identidad de colectivos, en la economía de las personas o en el ambiente.

Como he dicho, a la base de estas reflexiones está la obligación constitucional de respetar, proteger, promover y garantizar la dignidad humana, y como se puede apreciar, ello implica tener que tomar en consideración el lugar de las identidades y colectivos en la relación de poder que inevitablemente se da entre víctimas y victimarios. Con ello se diluiría una posición neutral para el derecho penal, aproximándole más bien, a un derecho verdaderamente interesado por las víctimas, sean estas víctimas de otras personas, víctimas del Estado o víctimas del poder económico. Con esto aproximariamos también los delitos hacia las violaciones a derechos humanos, haríamos complementaria la defensa no jurisdiccional y la jurisdiccional, lo

¹⁹ Destaco la siguiente afirmación de Lyotard “matar a un ser humano no es matar a un animal de la especie *homo sapiens* sino matar a la comunidad humana presente en el como capacidad y como promesa”. Cfr. Lyotard, J. F., “Los derechos de los otros”, en Shute, S. y Hurley, S., *op. cit.*

que seguramente reforzaría las posibilidades de reivindicación, de sanción y de reparación para las víctimas. Me hago cargo de lo que significa esta reflexión, que queda abierta a la discusión y, sin embargo, me parece importante decir que en el nuevo entorno constitucional ello no solo es posible, sino que se hace exigible.

3. *Implicaciones legislativas*

La reforma del verano de 2011 está teniendo implicaciones también en materia legislativa, reestableciendo los márgenes para el *derecho en acción*. Por una parte, porque en efecto, el bloque de constitucionalidad configura un nuevo marco de validez para la acción legislativa, que no debe ser excedido, ni tampoco contradicho. En ese sentido, se hace exigible al legislador realizar los controles de constitucionalidad y convencionalidad necesarios para el reconocimiento de los derechos contenidos en el bloque de constitucionalidad, así como para interpretarlos siempre en los términos de la cláusula de interpretación conforme y del principio pro persona. Esta implicación no es menor porque en los términos del *derecho en acción*, sujeta la política, la moral e incluso la ciencia, al derecho, invirtiendo la relación tradicional — sin duda todavía imperante — entre estos ámbitos. Si en general ello implica que las decisiones del legislativo no pueden obedecer primero a la ideología, al prejuicio, a la intuición, a las creencias morales, religiosas, al conocimiento científico o al interés político o electoral, en materia penal ello es aún más restringido debido al tipo de consecuencias que se siguen de la aplicación de normas penales. Por el contrario, la reforma otorga a la creatividad legislativa una dirección clara que se dirige, por una parte, a la incorporación de nuevos derechos al bloque de constitucionalidad y, por la otra, a la derogación o abrogación de normas que excedan o contradigan al bloque de constitucionalidad. En el mismo sentido, ese quehacer supone evitar la exclusión de las personas que, motivada por dogmas o prejuicios, ocurre respecto del ámbito de protección de las normas de derechos humanos, y más bien producir su inclusión. Figurativamente hablando, desde el verano de 2011, en el Poder Legislativo debería iniciar la depuración de todo el marco jurídico nacional, de modo que, como si se tratara de construir una *espiral inclusiva* que centrifuga y expulsa las normas contrarias a los mismos y atrae hacia el centro e incorpora nuevas normas de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad, se promueva una legislación incluyente y se reduzca al máximo posible la existencia o producción de legislación excluyente. Esta idea supone para el quehacer legislativo en materia penal un proceso de

identificación de aquellas normas y leyes que contravienen los derechos y la dignidad humana para ser derogadas y abrogadas, y de revisión, por tanto, de las normas que excluyen a las personas del ámbito protector del bloque de constitucionalidad, para su paulatina sustitución por otras que produzcan inclusión.

Pensemos, por ejemplo, en casos como el aborto, que hace al menos dos décadas ha sido denunciado por los movimientos feministas como una imputación que comporta una carga patriarcal en detrimento del derecho a la libertad de decisión sobre el propio cuerpo de las mujeres. Sin duda, visto desde la filosofía, desde la religión, desde la sociología y la cultura, existen buenas razones tanto para estar a favor o en contra del aborto, y ello depende del modo en el que cada quien se posiciona frente a temas como la preponderancia del derecho a la vida, a la dignidad o la libertad. Sin embargo, es claro que si el legislador parte de la idea de que estos argumentos son mutuamente excluyentes y afirma, en consecuencia, la necesidad de adoptar cualquiera de ellos para posicionarse frente al tema, por razones de convergencia ideológica, religiosa, política electoral e incluso científica, terminará tomando posición y obstaculizando, al menos, o desconociendo, y en el peor de los casos denostando, las posiciones que no convergen con la suya. Como se ha dicho, existen muy buenos argumentos a favor y en contra, pero las consecuencias que se siguen de unos y otros son distintas y no necesariamente opuestas si se las mira con detenimiento. Una primera cuestión a plantear es que el conflicto de posiciones debe encontrar un punto de convergencia. Ese punto no puede constituirlo el valor de la vida, porque es evidente que cada una de las posiciones lo coloca en un plano distinto —en un caso en el llamado concebido no nato, y en el otro caso en la mujer embarazada—; ahí no hay forma de transigir, esas posiciones son mutuamente excluyentes porque necesariamente llevarían a hacer un juicio sobre qué vida vale más. El tema de la dignidad es equiparable a la discusión sobre la vida y es que, aunque haya planteado aquí —más arriba— una discusión socio-jurídica sobre la dignidad desde el último párrafo del artículo primero constitucional, me queda claro que ello no agota ni tampoco excluye otras consideraciones sobre la dignidad que apoyarían argumentos prohibicionistas.²⁰ La cuestión de la libertad, sin embargo, plantea una perspectiva distinta, sobre todo si se atiende desde la libertad para decidir. Hay ahí, en la libertad de decisión, un punto de convergencia entre argumentos a favor y argumentos en contra, pues, en el fondo, la prohibición del aborto no evita

²⁰ Una interesante discusión sobre la dignidad puede hallarse en Lefranc, F., *Sobre la dignidad humana. Los tribunales, la filosofía y la experiencia atroz*, México, Ubijus, 2011.

en realidad que este se cometa; en todo caso, *de facto*, expropia la decisión de abortar, pues se trata más bien de prohibir que las mujeres decidan si quieren hacerlo y, en consecuencia, que lo hagan. Veamos entonces de qué estamos hablando.

Los argumentos en contra son de corte prohibicionista y por tanto obligan a no realizar la conducta específica de abortar; los argumentos a favor son de tipo permisioista, es decir, permiten pero no obligan la realización de la conducta de abortar. De ello se sigue que la prohibición del aborto obliga, tanto a quienes están a favor como a quienes están en contra, a no abortar. Si los argumentos permisioistas fuesen opuestos al prohibicionismo, la consecuencia sería la obligación de abortar, tanto para quienes están a favor como para quienes están en contra. Aunque esta última posición raya en el absurdo, encontraría un referente, por ejemplo, en las políticas de esterilización no consentida o podrían presentarse en casos de pueblos o gobiernos autoritarios que prohibieran, por razones eugenésicas, alimentarias o incluso patriarcales, el nacimiento de determinadas personas —mujeres, personas con discapacidad, miembros de una etnia— obligando a abortar a quienes, no obstante, se embarazan. Pero los argumentos a favor, no solo no obligan a nadie a abortar, sino que dejan a salvo la decisión de no hacerlo. De este modo, despenalizar el aborto resulta una forma de protección de la decisión de las propias mujeres sobre abortar o no, pues al mismo tiempo que protege la decisión de abortar, protege también la de no hacerlo. Salvada esta cuestión, podría volverse a la discusión sobre la vida o la dignidad, pues quizá habría nuevos puntos de convergencia si los derechos que protegen estos valores no se consideran en términos absolutos. Es posible fijar criterios de política criminal que establezcan estos derechos en momentos específicos en los que habría acuerdo sobre la legitimidad de la expropiación de la decisión sobre, ahora sí, eliminar una vida —en este caso una convergencia de acuerdos que pueden ser científicos, morales, jurídicos y hasta religiosos— sobre la necesidad de proteger esa vida y/o la dignidad humana que porta con ella. Un buen ejemplo podría ser el de la reforma realizada al Código Penal del Distrito Federal que fija en las doce semanas de gestación un criterio de política criminal para expropiar la decisión de practicarse un aborto a la madre, so pena de sanción penal. No importa la razón, nadie se opone a esa posición y, en consecuencia, la decisión de expropiar es, en ese momento, totalmente incluyente.

Así, la decisión del Estado implica en los hechos fijar un periodo en el que el aborto constituye un hecho punible de modo tal que, por una parte, no solo se devuelve la decisión a las mujeres, sino que se protege, sin duda, su derecho a decidir, en el momento en el que el tema de la decisión es fun-

damental para generar una norma incluyente y evitar una que excluya, y por la otra, se protege la vida y la dignidad en otro momento en el que hay convergencia en que es una obligación del Estado hacerlo, más allá de la voluntad de la madre.

La metáfora de la espiral y la consecuente interpretación del principio pro persona y de la interpretación conforme se vuelven relevantes, porque señala una orientación que da al control de convencionalidad una condición dinámica —a favor de la espiral pro inclusión o pro derechos, y en contra de la exclusión o contra derechos— que permite incluso dejar sin efecto normas que pueden ser interpretadas de modo excluyente.²¹

Desde otro punto de vista, en atención a la *espiral incluyente* a la que me he referido antes, habría que revisar también aquellos casos en los que una omisión legislativa constituye un obstáculo para el acceso a los derechos humanos. Me parece que un buen ejemplo en este sentido lo constituye lo que ha pasado entre 2005 y hasta la fecha, en lo que se refiere a la justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal. Como se recordará, la reforma constitucional de 2005 sentó las bases para que la Suprema Corte de Justicia (SCJN) se pronunciara a favor de la naturaleza penal de ese sistema de justicia que, hasta antes de dicha reforma, tenía un carácter híbrido, entre el *tutelarismo* y el *garantismo*. Ello significó avances importantes que permitieron eliminar el dogma de la inimputabilidad de las y los adolescentes, lo que sin duda encontró respaldo en los años siguientes con la promoción, adhesión y ratificación por parte del Estado mexicano de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006 que terminó con la idea de que las personas pueden ser consideradas incapaces. La reforma de 2005, la interpretación que hizo la Corte de la misma²² y la Convención citada, se convirtieron en el acceso de las y los adolescentes que son acusados de la comisión de un delito al debido proceso y, en general, a todos los derechos humanos relacionados con el sistema de justicia penal. Este también es, por cierto, un buen ejemplo de acciones legislativas incluyentes que resolvieron la exclusión a la que la doctrina, la práctica y la

²¹ Así ocurrió por ejemplo con la invocación que la Comisión Nacional de Derechos Humanos hizo del artículo 24.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos para tratar de interpretarla a favor de la protección de la vida desde el momento de la concepción, en la Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 que presentó contra la reforma del artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal. En realidad, ese artículo del Pacto de San José es un buen ejemplo de una norma internacional que, al colocar una acotación mediante la frase “...en general...”, incluye la posibilidad de que algunos Estados no consideren el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

²² Véase Rangel Hernández, L., *Justicia para adolescentes e inconstitucionalidad por omisión legislativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

legislación tutelar condenaron a las y los adolescentes respecto del sistema penal. Sin embargo, lo que se siguió de aquella reforma constitucional distó mucho de representar efectivamente dicho acceso. A pesar de la *vacatio legis* considerada para que entrara en vigor la reforma, hubo estados que simplemente no reformaron sus leyes locales, otros que lo hicieron creando sistemas con apariencia garantista y esencia tutelar, e incluso la Federación, donde nueve años más tarde entrará en vigor una ley federal de justicia para adolescentes, de cualquier manera ha quedado a deber a la reforma de 2005. En mi opinión, ambos resultados constituyen formas de omisión legislativa que, sobre todo después del verano de 2011, implican formas activas de incumplimiento de la obligación constitucional de garantizar los derechos humanos. En sentido estricto, esta omisión se constituye en incumplimiento de la obligación de garantizar al no legislar, pues evidentemente no hacerlo implica dejar fuera a las y los adolescentes de la protección que les otorgan los derechos humanos relacionados con el sistema de justicia penal. En sentido lato, la omisión implicaría legislar con contenidos inválidos reformas que se hacen pasar como válidas. Aunque ello parezca absurdo, en realidad se trata de una práctica que encierra lo que podríamos denominar *gatopardismo* legislativo y que consiste en cumplir para evitar la omisión, pero hacerlo en un sentido que no ajusta la reforma al estándar de mayor protección de derechos humanos, o permite prácticas contrarias al bloque de constitucionalidad, no obstante aparecer como una reforma conforme con dicho bloque. Muchas de las reformas estatales en materia de justicia de adolescentes, así como otras relacionadas con la reforma penal de 2008, cabrían sin duda en este supuesto.

También creo que otra forma de omisión legislativa la constituye la negativa —o por lo menos la dilación con respecto a cumplir de forma incondicional con los pactos y tratados internacionales de los que México ya es parte—. En este caso destaco en particular los obstáculos que ha encontrado el Poder Legislativo para reformar el párrafo octavo del artículo 21 constitucional que condiciona el reconocimiento de la competencia de la Corte Penal Internacional a la posibilidad de hacerlo caso por caso. Es evidente que, tal como está redactado este párrafo, abre la puerta para la utilización discrecional de la Corte Penal de modo que el Estado mexicano podría, por ejemplo, no reconocer esta competencia cuando el objeto de intervención de esa instancia de justicia internacional no resulte políticamente aceptable para el partido que gobierne y, por el contrario, a hacerlo cuando el interés pueda ser el de perseguir a quienes formaron parte de un gobierno de oposición. También ello tiene que ver con la dilación en lo que se refiere a legislar para contar con una ley de cooperación con la misma Corte Penal

Internacional, así como las reformas necesarias para contar con tipos penales que resulten acordes con el Estatuto de Roma.

4. *Implicaciones jurisdiccionales*

El tema de la omisión legislativa es un buen introductor para abordar ahora las implicaciones jurisdiccionales de la reforma de 2011 y es que, precisamente, estas implicaciones tienen que ver con el nuevo rol protagónico del Poder Judicial y de la SCJN. Una cuestión que hasta ahora permanece irresuelta tiene que ver, justamente, con que aun cuando pueda denunciarse la omisión legislativa por la vía del amparo, hoy por hoy resulta complicado pensar en que una sentencia pueda ordenar al Poder Judicial legislar para resolver dicha omisión. El argumento más fuerte está relacionado con la invasión de la soberanía entre poderes que ello representaría, pero también plantea cuestiones de carácter práctico, como, por ejemplo, a quién obligaría esa sentencia, a cuál de las y los diputados, todas y todos los cuales tienen la misma obligación de legislar, actividad que por su propia naturaleza es colectiva. Sin embargo, me parece claro que en ninguno de los dos casos planteados en el apartado anterior debe ser posible que una omisión legislativa, sobre todo si ha sido denunciada, quede como una obligación incumplida e impune. Me parece, de modo intuitivo, que en realidad ello refleja un poco el problema general que representa el incumplimiento de las obligaciones constitucionales contenidas en el artículo primero constitucional y que tendrán que irse resolviendo caso por caso hasta hallar un procedimiento generalizable que produzca consecuencias jurídicas para el incumplimiento de tales obligaciones, pero en principio me parece posible trazar un argumento que al menos esboce esa posibilidad.

Sobre el destinatario de la sentencia, me parece posible afirmar que esta debe recaer, o bien sobre el titular de la Cámara que sea responsable de legislar —o de la Asamblea en el caso del Distrito Federal—, quien posee la legitimidad y el poder político para presionar a los legisladores para resolver la omisión, en principio, a los presidentes de las comisiones que deban atender el caso, en seguida a los líderes de las bancadas para que se produzcan los efectos correspondientes en el Pleno. Se trataría de una suerte de responsabilidad objetiva que no se refiere a la persona, sino a quien encarna la función, que debe cumplir y hacer cumplir a sus compañeras y compañeros legisladores sus obligaciones constitucionales. Esto implicaría revisar la naturaleza del acto legislativo, al menos en lo que corresponde a uno que resulta obligatorio con motivo de una sentencia, lo que le transfor-

maría en un acto de autoridad susceptible de sanción administrativa en caso de incumplirse.

Sobre la invasión de poderes, es posible atender al criterio de portabilidad de los derechos humanos que está implícito en el propio artículo primero constitucional y al que ya me he referido al principio de este texto. Esa es también una cuestión que puede derivarse de las aportaciones de Luigi Ferrajoli, en cuya posición podemos hallar la idea de que, en una democracia centrada en los derechos, la única manera de hablar de soberanía es remitiéndola justo a los derechos, no así a los poderes o a la nación.²³ La soberanía de los derechos, que están positivados en el bloque de constitucionalidad, otorga supremacía a la Constitución por sobre los poderes, y permite, por tanto, que en aras del superior cumplimiento de las obligaciones constitucionales de protección y garantía, los poderes deban vigilarse entre sí, en una suerte de interpenetración que conecte la espiral de depuración de la actividad legislativa al control mismo de los poderes. ¿Cómo controla el Legislativo al Poder Judicial? De diversas maneras, por ejemplo en los procesos de selección de personas que ocuparan puestos en tribunales, consejos de la judicatura y la Corte, cuidando en efecto que los perfiles idóneos para defender la Constitución sean los que prevalezcan; también a través de la regulación en leyes, de los procesos de carrera judicial, y de investigación, sanción y reparación de daños causados por errores judiciales o por faltas y delitos cometidos por juzgadores. La elevada responsabilidad del quehacer judicial justifica esta que, desde perspectivas más limitadas, podría considerarse una invasión del Legislativo en el Poder Judicial.

En sentido contrario es que hoy podemos afirmar que el activismo judicial que termina en dotar de contenido y orientar conforme a la Constitución y al principio pro persona aquellas normas que el legislador dejó abiertas o que contradicen el bloque de constitucionalidad, ya sea por las vías de la acción o las controversias constitucionales, es una forma de control sobre la función legislativa que converge con la *espiral inclusiva* a la que he aludido anteriormente. Sin duda, esta posibilidad se afirmó y, más aún, se perfeccionó una vez que, con motivo de la sentencia que la Corte Interame-

²³ Ferrajoli afirma: “Por eso, como he dicho en otras ocasiones, si queremos seguir hablando de ‘soberanía popular’ debemos entenderla, de un lado, como el conjunto de poderes y contrapoderes que son los derechos fundamentales, atribuidos a todos y cada uno de los sujetos esto es, al pueblo entero, como otros tantos fragmentos de soberanía; y de otro, y sobre todo, como una garantía negativa contra el despotismo, en el sentido de que la soberanía, como dice por ejemplo el artículo 1 de la Constitución italiana ‘pertenece al pueblo’, o sea, a nadie más que al pueblo, y por lo tanto nadie, ni siquiera sus representantes, puede legítimamente apropiarse de ella”. Ver Ferrajoli, L., *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 108.

ricana de Derechos Humanos dictara contra el Estado mexicano en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*, la Corte determinó en el expediente Varios 912/2010 que junto al control de la Constitución es necesario extender el control a la totalidad del bloque de constitucionalidad y que ello es, a partir del artículo primero constitucional, obligación de todas y todos los jueces del país, con lo que se abrió la puerta al control difuso que, siendo obligatorio tanto a nivel convencional como constitucional propiamente dicho,²⁴ es una forma de depuración jurisdiccional del derecho positivo mexicano.

De hecho, las consecuencias mismas de la sentencia en torno al caso *Radilla*, y de hecho las que han recaído a los casos de *Valentina Rosendo e Inés Fernández*, la de *Campo Algodonero* y las de los ecologistas *Rodolfo Montiel y Teodoro Cabrera*, todas las cuales contienen disposiciones dirigidas al Legislativo, tanto en materia de acotación de la jurisdicción militar como en materia de investigación policial y ministerial, están provocando y provocarán intervenciones de la SCJN que tienen un efecto directo o indirecto en la función legislativa.

También me parece necesario dar cuenta de cómo el último párrafo del artículo primero constitucional está teniendo efectos en la construcción de una justicia de perspectivas que ya se expresa en la aparición reciente de protocolos para juzgar con perspectiva de género, con perspectiva de infancia y con perspectiva indígena. Aplicados al ámbito penal, estos protocolos reflejan la necesidad de abordar como prejuicios positivos a la identidad, el estilo de vida y la condición material de las personas, ya sea para atenuar o para agravar las responsabilidades, un poco en el sentido en el que se ha argumentado más arriba. Casos recientes ocurridos en varios estados de la República y en el Distrito Federal han puesto de manifiesto esta necesidad, y poco a poco irán revelando la importancia que tiene ubicar situacionalmente a víctimas y perpetradores para efecto de hacer más justa la sanción penal.²⁵ No hacerlo así tiene implicaciones que podrían resultar irreversibles en la

²⁴ Convengo plenamente con J. L. Caballero acerca de la interacción complementaria entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, de acuerdo con la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. *Caso Gelman vs. Uruguay*. No es que primero haya que hacer un control de constitucionalidad y subsidiariamente el control de convencionalidad, sino más bien ambos controles son lo mismo, porque, como lo afirma la resolución citada, "...una vez que el estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, que el control de constitucionalidad implica, necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria", en Caballero, J. L., *op cit.*, XXIX.

²⁵ Considérense los casos recientes de procesos penales seguidos a las jóvenes Yakiri Rubí Rubio en el Distrito Federal y de María de la Luz (Lucero) Saucedo Palacios en Guanajuato, profusamente documentados en la prensa en ambas entidades.

institucionalización de situaciones injustas de las que, hoy más que nunca, el derecho penal no puede simplemente abstraerse. Al juez toca, desde esta perspectiva, hacer del derecho penal un mecanismo de equilibrio frente al poder que representa la comisión de un delito, equilibrando la balanza a favor de la absolución —o al menos de la reducción de los efectos negativos de la pena— cuando esas condiciones de identidad, estilo de vida o situación material operan como atenuantes del delito; o a favor de la condena —e incluso del agravamiento de la pena— cuando, por el contrario, afirman, aseguran o constituyen cualquier tipo de ventaja para el perpetrador. En suma, eso es lo que representaría construir una justicia con perspectiva de derechos humanos que obliga a las y los jueces a abandonar una posición formalista y estática para adoptar una más dinámica, convergente con la *espiral de inclusión*.

5. *Implicaciones para el Poder Ejecutivo*

Una de las implicaciones que, en general, se derivan de la reforma del verano de 2011 para el Poder Ejecutivo tiene que ver, sin duda, con lo que las nuevas obligaciones constitucionales suponen respecto del principio de legalidad. Antes de la reforma, ese principio debía interpretarse en el sentido de prohibir a la autoridad hacer cualquier cosa que no tuviera respaldo en la ley, acotando su función únicamente a aquello que le estaba expresamente permitido. Hoy, sin embargo, ese principio de legalidad puede considerar ampliada su interpretación, de modo tal que debería afirmar más bien que las autoridades están obligadas a hacer lo que les exige la Constitución, lo cual remite esa obligación al párrafo tercero del artículo primero constitucional.

Pensemos en las implicaciones que eso tiene para la autoridad ejecutiva o para sus agentes. Algunas de ellas pueden inferirse ya de lo tratado más arriba, pero vale la pena enfatizarlas desde este punto de vista en particular. Un buen ejemplo lo representan los casos de violaciones graves a derechos humanos: la desaparición forzada, la tortura o las ejecuciones sumarias. Al haber ahora claramente obligaciones de respeto y de protección para todas las autoridades, y aun en ausencia de normas que lo prohíban de manera expresa, la autoridad ejecutiva y sus agentes deben saber que cualquier forma de aquiescencia en torno a la comisión de estos actos eleva la responsabilidad también a quien los permite o consiente. Esta obligación se complementa con las de promover y garantizar que suponen una posición activa en contra de esos delitos y a favor de su erradicación que, por una parte, debería incluir desde luego cursos de capacitación y recordatorios en

reglamentos y circulares sobre la prohibición de cometerlos, pero, además, órdenes expresas, cotidianas, de superiores a subalternos, sobre no violar derechos humanos, la advertencia, igualmente cotidiana, de no permitir que siquiera se bromea con estos comportamientos, o en torno a casos y personas so pena de sanciones, y la advertencia concreta de que, en cumplimiento de las nuevas obligaciones constitucionales, no solo no se encubrirá a quien incurra en estos actos violatorios de derechos humanos, sino de que será debidamente denunciado. De otra parte, promover comportamientos que destaquen por la protección de estos derechos, identificar, visibilizar y reproducir buenas prácticas y, desde luego, premiar eficientemente a las y los servidores públicos que cumplen con ellas.

En este sentido, las acciones del Ejecutivo contribuyen a la espiral de inclusión al prevenir y sancionar comportamientos que contravienen el bloque de constitucionalidad, y al motivar y premiar actos que los refuerzan. En línea de principio esto debería aplicar para todas y todos los servidores públicos y el funcionariado del sistema penal: la policía, las y los fiscales, jueces y quienes trabajan en el sistema de ejecución de penas.

Por cierto, si hemos dicho que hay consecuencias de la reforma del verano de 2011 en el sistema y el derecho penal, debe haberlas también, en consonancia con ellas, en el ámbito penitenciario. Cabe recordar que el derecho penitenciario, así como el sistema de ejecución de penas, han estado fuertemente influidos por las concepciones de prevención especial —negativa o positiva— que ven en la persona del delincuente, o bien un enemigo al que hay que neutralizar, o bien un individuo peligroso al que hay que readaptar. En consonancia con esas concepciones ha centrado, por una parte, en la privación de libertad la principal respuesta frente al delito, y por la otra, funciones de neutralización o de readaptación a la prisión. Pero si he dicho que la reforma del verano de 2011 implica que cualquier forma de consideración que prejuzgue la condición de una persona como riesgosa o peligrosa es una forma de discriminación, es entonces necesario, primero, hacer de la prisión, realmente, el último recurso penal y de hecho tender a su desaparición y, en seguida, mientras ello sucede, otorgarle fines menos invasivos.

En mi opinión, en esta consideración radica la importancia del cambio del concepto de readaptación al de reinserción social, que fue incluido en la reforma constitucional penal de 2008 y que no es menor: readaptación refiere al sujeto delincuente, a la persona que delinque en quien se coloca la necesidad de intervenir para que cambie, para que se readapte. En este sentido, readaptar a alguien significa meterse con su identidad, mediatizarlo para la consecución de fines que le trascienden, como la defensa social,

la seguridad pública o el orden público. Reinsertar significa volver a meter, o dicho de otro modo, incluir y, para ser consecuentes con lo que plantea la reforma del artículo 18 en 2011, en congruencia con el nuevo artículo primero constitucional, tendría que significar *volver a meter* —o incluir— en el ámbito de protección de los derechos humanos. Así visto el concepto, no requiere tampoco de que la persona esté privada de la libertad, porque es claro que hay muchas personas que viven en libertad y, sin embargo, están excluidas del ámbito protector de los derechos humanos.²⁶ La reinsertión, por tanto, debe formar parte de un proyecto general de inclusión de las personas en el ámbito de protección de los derechos humanos, que cobra especialidad como una forma específica de la política pública que se realiza a través de la política criminal. En sentido amplio, es importante que la política criminal se dirija a la desconstrucción de las relaciones de dominio entre las personas, lo que significa buscar reducir la violencia. Si un objetivo general de la política criminal debería ser la eliminación o al menos la reducción de la violencia estructural y legal, a través de una suerte de *prevención general inclusiva* un objetivo específico, como *prevención especial inclusiva* tendría que ser el de contribuir a plantear los entornos específicos para que una experiencia en derechos para las personas que delinquen constituya un punto de partida para insertar —o reinsertar— a quien delinque, en formas de relación más horizontales con respecto a los demás.

Ese es el mensaje que encuentro en la reforma constitucional de 2005 en materia de justicia para adolescentes en conflicto con la ley penal, cuando se afirma que la privación de libertad debe ser en todo momento subsidiaria de otras formas de sanción que le resulten alternativas y más aún cuando categóricamente plantea que, en todo caso, la privación de libertad debe ocurrir solo por el menor tiempo posible. Es más que claro que ello lleva implícito el reconocimiento de que privar de la libertad no es ni puede ser deseable, sino en todo caso necesario y obligadamente superable lo más pronto que se pueda. Al mismo tiempo, plantea un desafío que supone imaginar y poner en práctica penas que puedan ser ejecutadas en libertad y en un entorno de derechos.

La espiral inclusiva apunta, en este caso, a la libertad como uno de los más relevantes derechos fundamentales y, girando en torno a esa dirección, el acceso a todos los derechos que su privación complica u obstaculiza —como es el caso de la salud, el trabajo, la educación, la vinculación social,

²⁶ Piense, por ejemplo, en quienes conforman las llamadas poblaciones callejeras. Sobre el tema puede verse el *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las poblaciones callejeras en el Distrito federal 2012-2013*, México, CDHDF, en www.cd hdf.org.mx.

los derechos sexuales y reproductivos, y en suma todos los que la pena no conculca de manera explícita— deben ser asimismo respetados, protegidos, promovidos y garantizados. De este modo, la política penitenciaria sería al mismo tiempo subsidiaria y complementaria respecto de la política criminal y esta a su vez lo sería de la política pública, vista como una política de derechos humanos.

V. CONCLUSIONES

Como he dicho, no pretendo que este texto sea exhaustivo, y de hecho tampoco pretendo que sea definitivo. Lanzo algunas de las implicaciones que, en mi opinión, hoy tendrían que resultar de una interpretación pro persona y conforme a derechos del derecho penal, el sistema penal y la política criminal. Dejo ver temas que espero poder desarrollar con más amplitud en otros espacios, y traigo al mismo tiempo cuestiones que he discutido en el pasado y que hallan, en el marco de la gran reforma del verano de 2011, un espacio de legitimación.

En conclusión, puede afirmarse que de imponerse la perspectiva de derechos —lo que significa que ello termine delineando un nuevo *know how* para jueces, fiscales, defensores, policías, académicos, expertos y, en general, para todas las personas involucradas con el derecho penal y los derechos humanos— no solo habremos dado un paso más en la construcción de nuestra anhelada democracia, sino que habremos desvanecido la cicatriz que hoy marca a nuestro país en esta temática y que, hay que decirlo, se abre e infecta en la medida en la que sigue habiendo personas desaparecidas, arbitrariamente detenidas, torturadas, falsamente incriminadas, presentadas sin juicio como culpables ante los medios, irrespetadas en el debido proceso al que tienen derecho, víctimas, en suma, de la actitud maximalista, autoritaria e intransigente de quienes se empeñan en afirmar que al derecho penal, la seguridad pública y la política criminal les estorban los derechos humanos.

