

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

# Estudios jurídicos



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

# ESTUDIOS JURÍDICOS

# INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 30

---

Cuidado de la edición: Lydia G. Molinero Mondragón  
Formación en computadora: Dante Javier Mendoza Villegas

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

# ESTUDIOS JURÍDICOS



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 2000

Primera edición: 2000

DR © 2000. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n,  
Ciudad de la Investigación en Humanidades,  
Ciudad Universitaria, México, D. F., C. P. 04510

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-8126-3

## CONTENIDO

Presentación . . . . .	9
------------------------	---

### DERECHO PÚBLICO Y SOCIAL

Raíz y horizonte de los derechos “sociales” en la Constitución mexicana . . . . .	15
Sobre el Estado de derecho . . . . .	55
La jurisdicción y los valores de la democracia . . . . .	83
La reforma judicial . . . . .	91
Estado social y empresa pública. El régimen de Petróleos Mexicanos . . . . .	99
Anteproyecto de ley que establece las bases para la organización y operación de Petróleos Mexicanos . . . . .	155
Derechos de particulares sobre tierras cedidas en el Tratado de Guadalupe . . . . .	167
Los derechos de los indígenas . . . . .	191
El indígena y la justicia. La vertiente penal . . . . .	201
Los indígenas ante el derecho nacional . . . . .	225
Derechos humanos, salud y práctica médica . . . . .	257
Consideraciones sobre el servicio público . . . . .	269

## DERECHO INTERNACIONAL

La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas . . . . .	279
Algunos criterios recientes de la jurisdicción interamericana de derechos humanos . . . . .	315
Dos temas de la jurisprudencia interamericana: “Proyecto de vida” y amnistía . . . . .	351
Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso de México . . . . .	373
Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . . . .	389
Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos . . . . .	407

## JUSTICIA PENAL

César Beccaria y la Declaración de Derechos de 1789 . . . . .	447
El sistema penal . . . . .	477
Panorama de la justicia penal . . . . .	501
La justicia penal del porvenir . . . . .	547
Punición e impunidad, un tema moral . . . . .	569
Los principios rectores del proceso penal . . . . .	575
El Ministerio Público . . . . .	621
Reflexiones sobre el Ministerio Público: presente y futuro . . . . .	635
La legislación orgánica de la Procuraduría General de la República . . . . .	673
Itinerario de la pena . . . . .	689
Desarrollo de los sustitutivos de la prisión . . . . .	711
Función de la pena y la readaptación social . . . . .	777

El sistema penitenciario. Siglos XIX y XX . . . . .	787
Pena y prisión. Los tiempos de Lecumberri . . . . .	825
Temas penales en la planeación nacional . . . . .	847
La nueva regulación jurídica sobre delincuencia organizada . . . .	869
Una reforma constitucional inquietante (la iniciativa del 9 de diciembre de 1997) . . . . .	895
La reforma procesal penal en la Constitución: ¿derecho democrático o derecho autoritario? . . . . .	937
Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores . . . . .	949
La justicia penal para menores infractores en México . . . . .	965
Consideración general sobre la violencia . . . . .	989



## PRESENTACIÓN

Una buena parte de mis trabajos jurídicos se halla depositada en artículos de revista, memorias de congresos, capítulos de obras colectivas, presentaciones de libros y reseñas legislativas y bibliográficas. Otra, en libros de investigación, docencia o difusión. En ocasiones he recogido aquéllos en éstos, como sucede en el presente caso.

En este libro, publicado bajo el laborioso signo editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se reúnen treinta y nueve artículos sobre diversas disciplinas jurídicas, bajo el comprensivo título de “Estudios jurídicos”. Reconozco esta decisión generosa del Instituto, y especialmente de su director, doctor Diego Valadés Ríos, apreciado y admirado colega y amigo.

Aquí figuran trabajos desarrollados en los últimos diez años —y sobre todo durante el lustro que concluye en la víspera del 2000—, en mi desempeño como investigador de ese Instituto, al que ingresé en el ya lejano 1965, cuando aún se denominaba Instituto de Derecho Comparado. No puedo menos que evocar ahora, con afectuosa memoria, a don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, procesalista ilustre, que animó muchas de las tareas iniciales de nuestro Instituto y me alentó a integrarme como investigador de carrera en ese organismo bienhechor, al que tanto debe el desarrollo de la ciencia jurídica mexicana.

Se informa al lector, mediante nota de pie de página, sobre la publicación en la que aparecieron originalmente los artículos aquí reunidos. Muchos de éstos —la gran mayoría— fueron elaborados recientemente y no requirieron adiciones o aclaraciones para los efectos de esta publicación, o bien, conservan vigencia en virtud de los temas que abordan y de la forma de hacerlo, a pesar del tiempo transcurrido y de las reformas legales realizadas en estos últimos años. Hay otros casos en que resultó preciso revisar cuidadosamente el texto para ajustarlo a su nuevo marco jurídico. Doy cuenta de esta circunstancia en nota de pie de página o en advertencia al inicio del artículo. Obviamente, los estudios incorporados en este volumen no forman parte de otras obras antológicas mías.

El primer bloque aparece bajo el rótulo “Derecho público y social”. Se trata, en efecto, de estudios clasificables bajo alguno de aquellos conceptos. Entre ellos se cuenta el único de fecha anterior al periodo de diez años que antes mencioné: “Derechos particulares sobre tierras cedidas en el Tratado de Guadalupe”.

En este subconjunto, varios estudios analizan el derecho social constitucional, en general, y algunas de sus vertientes más significativas: tal es el caso del examen acerca del Estado social y la empresa pública, que examina específicamente el régimen de Petróleos Mexicanos. Un tema específico atraído a este conjunto es el relativo al régimen jurídico aplicable a los indígenas, asunto que ha tenido especial visibilidad —pero todavía no suficientes soluciones satisfactorias— en el curso de los últimos años. He subrayado la orientación social —un dato de la historia, la moral y la política— como rasgo característico del constitucionalismo mexicano y del Estado que se erige sobre este cimiento, hoy sometido a erosión.

Un segundo bloque se integra con artículos sobre la jurisdicción interamericana relativa a derechos humanos. Estos trabajos son el resultado de mi reflexión y experiencia de dos años —hasta hoy—, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Doy cuenta de algunos temas de largo alcance para esta jurisdicción y de numerosas cuestiones específicas abordadas por ese tribunal.

Creo interesante examinar esta materia, no sólo por la relevancia que por sí misma reviste, sino también por la que habrá de tener en México, tras de que nuestro país aceptó, en diciembre de 1998, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. No es posible perder de vista que los derechos humanos constituyen un conjunto inescindible. Es vano, desde la doble perspectiva de la ética y del derecho, el intento de exaltar unos, los políticos y civiles, a cambio de ignorar o postergar otros, los sociales, económicos y culturales. Tampoco es posible ignorar que la observancia de los derechos humanos está en la entraña misma del Estado de derecho, a tal punto que sería superficial e infecunda una reforma del Estado que no se tradujera en un sustancial progreso en la aplicación —la vigencia real, en la inhóspita realidad— de los derechos humanos, tesis que sustento en trabajos incorporados en el primero y el segundo bloques del presente libro.

El tercer bloque está constituido por estudios correspondientes a la materia a la que he dedicado la mayor parte de mi vida académica y profe-

sional: la justicia penal. En este concepto asocio diversas proyecciones de un mismo interés, centrado en el delito, el delincuente, las consecuencias jurídicas de la conducta ilícita, el régimen de las prisiones, los órganos de la procuración y la administración de justicia penal, la regulación aplicable a los menores infractores, y otros extremos pertinentes.

El conjunto de trabajos sobre justicia penal deja constancia panorámica de la naturaleza de esta materia, tan inquietante y delicada, y de su desenvolvimiento a lo largo de varias décadas, en general y particularmente en México. Al lado de los trabajos de carácter predominantemente histórico —como los concernientes a César Beccaria y al sistema penitenciario mexicano—, de los que implican una visión prospectiva —así, el artículo relativo a la justicia penal del porvenir— y de los que examinan grandes conceptos y figuras del régimen punitivo —los principios rectores del proceso penal, el “itinerario de la pena” y el pasado, presente y futuro del Ministerio Público, por ejemplo— aparecen las consideraciones analíticas y críticas en torno a graves desaciertos y retrocesos de la ley penal —que he señalado invariablemente—, como son los consumados en las provisiones sobre delincuencia organizada, en la reforma constitucional promovida en 1997 y en la legislación reciente acerca de menores infractores.

En 1983 se hizo la más importante y fértil reforma penal en el periodo corrido desde 1931, año de expedición del Código Penal para la Federación y el Distrito Federal. Después hubo nuevas reformas, que adquirirían un ritmo, una frecuencia y unas tendencias cuya justificación conviene ponderar. El balance no es uniforme: hay bueno y malo. Los textos que invocan la legislación penal —hoy dividida en federal y distrital, con técnica deplorable— fueron revisados para ponerlos al día. En tal virtud, los ensayos penales abarcan la legislación expedida hasta el final de septiembre de 1999, no así la que hubiese emitido o iniciado su vigencia después de esa fecha, salvo en el caso del trabajo correspondiente a sustitutivos penales, que recoge las modificaciones normativas sobre esta materia por las reformas vigentes a partir del 1 de octubre.

Agradezco el esmerado y eficaz apoyo que recibí de la licenciada Leticia Vargas Casillas, quien fuera mi asistente de investigación en el Sistema Nacional de Investigadores, y que ha continuado brindándome una colaboración valiosa y constante. Participó en la reunión, revisión y preparación del material concentrado en esta obra. Difícilmente hubiera po-

dido concluir la sin ese auxilio, que mucho aprecio. También reconozco la paciente y cuidadosa participación de mi secretaria en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, Azucena León. Ellas —y otros compañeros de trabajo— hicieron su propia parte para que esta obra viera la luz.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ  
Diciembre de 1999

## RAÍZ Y HORIZONTE DE LOS DERECHOS “SOCIALES” EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Consideración introductoria*. II. *Derecho social*. III. *Constitución y derecho social*. IV. *Algunas implicaciones de los derechos sociales*. V. *Antecedentes en México*. VI. *Nota sobre los factores de la Revolución*. VII. *La obra del Congreso Constituyente*. VIII. *Factores de poder y decisiones fundamentales*. IX. *El constitucionalismo social*. X. *Reformas constitucionales*. XI. *Identidad de la Constitución mexicana*.

### I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA

De esta materia me he ocupado en antiguas reflexiones personales, que datan de treinta años.<sup>1</sup> Las recupero ahora y añado otros elementos para construir el panorama sucinto de la raíz y el horizonte “sociales” de la Constitución mexicana, y por ende, de una buena parte de los derechos que esa carta reconoce al individuo, más allá —o en indispensable unidad, mejor dicho— de las prerrogativas clásicas, heredadas del texto de 1857.<sup>2</sup>

1 En *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 77-110.

Dedico este trabajo a la obra colectiva en homenaje a mi eminente colega y amigo Héctor Fix-Zamudio. Difícilmente habría otro jurista mexicano que mereciera, con iguales méritos, los reconocimientos de que ha sido objeto Fix-Zamudio a lo largo de estos años. Su contribución al desarrollo del derecho nacional ha sido verdaderamente singular, y a ella se suma el prestigio que ha dado a México más allá de nuestras fronteras. Por todo ello —pero además por una antigua y constante amistad— me sumo al homenaje que ha preparado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de esta obra colectiva.

1 Así, “El Derecho social”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XV, núm. 59, 1965, pp. 633 y ss.; “Lo social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año I, núm. 1, 1968, pp. 119 y ss.; “Tres textos precursores en el constitucionalismo social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año I, núms. 2-3, 1968, pp. 469 y ss.; y “El Derecho social, una nueva orientación”, *Pensamiento Político*, México, vol. II, núm. 6, 1969, pp. 171 y ss.

2 La sección I del título I de la carta de 1857 tuvo el rubro “De los derechos del hombre”. La de 1917 fue expedida como reforma de aquélla, pero en realidad fue una Constitución nueva. “Caso singular era éste en nuestros fastos constitucionales. Ni se trataba de un acta de reformas, como la de

Esas prerrogativas luminosas fueron directa o indirectamente tomadas de los grandes ordenamientos primordiales en que se cimentó nuestra Constitución liberal:<sup>3</sup> ante todo, las declaraciones de las colonias inglesas que surgían a la independencia en el último tercio del siglo XVIII,<sup>4</sup> la Constitución estadounidense y, por supuesto, la declaración francesa de 1789,<sup>5</sup> que fertilizaron la historia con el formal reconocimiento del ser humano como eje de las instituciones jurídicas,<sup>6</sup> principio que hoy día es

47, que abrogaba, modificaba o adicionaba la Constitución de 24 en las partes en que diferían ambos instrumentos; ni tampoco reemplazaba a la Constitución anterior que desaparecía, según lo hizo la de 57 con la de 24. La de 17 es sin duda una Constitución, por su contenido y por su nombre; pero por respeto a la de 57, se impuso el único cometido de reformarla. Es una Constitución que reforma a otra Constitución; la realidad mexicana no paró mientras en esta sutileza y le reconoció a la Carta de 1917 un destino autónomo”. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1973)*, 5a. ed., México, Porrúa, 1973, p. 816. El capítulo I del título primero de la Constitución de 1917 se denomina “De las garantías individuales”. La diferencia en los rubros pone de manifiesto la idea que prevaleció en 1957: los derechos del hombre son anteriores a la ley fundamental, que los reconoce; y en 1917: la Constitución establece esos derechos. Empero, el primer artículo de ambos ordenamientos se refiere a “las garantías que otorga” la Constitución.

3 En el origen del constitucionalismo mexicano hay por lo menos dos influencias dominantes, ambas enfrentadas a la tradición hispánica: estadounidense, una, francesa, la otra. Esto se advierte desde la primera Constitución mexicana que tuvo una vigencia accidentada, la carta de 1824, que no contuvo declaración de derechos, salvo en puntos relativos a la administración de justicia. Sobre esta doble fuente constitucional en aquel texto primordial, *cfr.* Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político del Constituyente de 1824*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986. Otros autores abordan un triple influjo: Francia, Estados Unidos y España; incluso, se pondera otra huella: la influencia de Colombia (“el temprano estímulo colombiano”). Ferrer Muñoz, Manuel y Luna Carrasco, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

4 Son las primeras tablas de derechos en el sentido moderno —señala Manuel García Pelayo— “Aunque evidentemente influidos por el sistema del *Common Law* británico, y representando en muchos aspectos una decantación del mismo, las declaraciones americanas significan, con todo, algo nuevo en la Historia, pues no se apela al Derecho histórico ni a la tradición, sino a los derechos de la naturaleza humana y de la razón; no aparecen como emanación de un orden concreto, sino como supuesto de todo orden”. *Derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1964, p. 151.

5 No obstante que las declaraciones estadounidenses son anteriores a la francesa, se suele reconocer que fue en ésta “donde el mundo aprendió los derechos del hombre”. Mirkine-Guetzévitch, Boris, *Les constitutions européennes*, París, Presses Universitaires de France, 1951, t. I, p. 128. Biscaretti di Ruffia examina la “fuerza explosiva” de la declaración francesa, “que elevaba la dignidad de los individuos hasta entonces considerados como simples súbditos”; esa fuerza “resulta claramente perceptible si se le compara especialmente con las cautas y desdibujadas enunciaciiones de los mismos derechos, típicas del ordenamiento británico, que no pretendían expresar aspiraciones de carácter universal...”. *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1996, p. 118.

6 Es elocuente el artículo 2o. de la *Déclaration* de 1789: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...”. En su hora, el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana (Constitución de Apatzingán), de 1814, señalaría: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad,

el cimiento de las diversas formas de tutela del individuo, internas y externas, declarativas, preceptivas y jurisdiccionales.<sup>7</sup>

Con este asunto enlaza otra cuestión de suma importancia, que no examinaré ahora: la posición de los tratados internacionales —centralmente, los relativos a derechos humanos— con respecto a la legislación nacional, constitucional y secundaria.<sup>8</sup> La existencia de comisiones y tribunales con integración y alcance internacionales, que en su desempeño aplican normas de este mismo carácter, confiere notable vitalidad al régimen de los derechos humanos y concurre a establecer la irreductibilidad de éstos en la múltiple perspectiva territorial —más allá de las fronteras nacionales—, temporal —por encima de los plazos regulares de vigencia de las leyes nacionales— y material —por la consolidación de bienes jurídicos merced al evidente consenso de los individuos y los Estados: derechos a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la justicia, etcétera—. Debo recordar

seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas"; y la Constitución mexicana de 1857 sostendría a la cabeza de sus preceptos: "El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales..." (artículo 1o.).

7 Por ahora, la más enérgica protección internacional de los derechos humanos deriva de la existencia de jurisdicciones internacionales cuyos fallos sobre esta materia son vinculantes para los estados, previo reconocimiento por éstos de la competencia de órganos correspondientes. Tales son los casos de la Corte Europea de Derechos Humanos (Estrasburgo) derivada de la Convención de Roma, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica), derivada de la Convención Americana o Pacto de San José. En su jurisprudencia, este tribunal ha sostenido que "el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado"; que la tutela del derecho internacional convencional "parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente"; y que la obligación estatal de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos contenidos en el pacto americano "implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Corte Interamericana de Derechos Humanos, La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A, núm. 6, párr. 21, y Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrs. 165 y 166.

8 El tema, ampliamente examinado por la doctrina, se suscita en México a propósito del artículo 133 de la Constitución, inspirado en la legislación constitucional estadounidense: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión". Sobre el particular, véase la colección incluida en Tapia Hernández, Silverio (comp.), *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, reimp., Toluca, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 1995.

aquí la función que a este respecto han desarrollado, en el plano americano, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.<sup>9</sup>

Hablo de raíz y en esta forma aludo a un origen característico, que hizo germinar al texto fundamental precisamente en esta tierra y le confirió un sello propio; y me refiero al horizonte, porque el “genio” de la Constitución mexicana propone un destino particular, sin negación ni sustracción, por supuesto, del destino general de la humanidad, que ya se advierte en las Constituciones democráticas posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

## II. DERECHO SOCIAL

Hace tiempo se acreditó la expresión derecho “social”, cuestionada desde su origen, sin embargo, porque no habría ningún derecho que no tuviese carácter social.<sup>10</sup> Es verdad: el derecho se construye en la sociedad y para organizar la conducta de los seres humanos que la integran. Pero también es cierto que aquella expresión no es unívoca; posee otros significados que le confiere el uso general. Así, en lo que ahora nos interesa, se puede hablar por lo menos de una doble posibilidad de que determinado derecho, es decir, cierta organización impositiva de la conducta humana sea “social”, y en tal sentido —o en tales sentidos— se distinga de otro derecho carente de este carácter convencional.<sup>11</sup>

9 Ya es copiosa la bibliohemerografía acerca de estos organismos. Citaré, sólo por vía de ejemplo, los trabajos de dos jueces de la Corte: Gros Espiell, Héctor, varios artículos en *Derechos humanos y vida internacional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, esp. pp. 53 y ss., 217 y ss. y 233 y ss.; y Fix-Zamudio, Héctor, “El Derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 445 y ss. Asimismo, los artículos integrantes de la obra colectiva: Nieto Navia, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, OEA-Unión Europea, 1994.

10 Al referirse a la calificación de social que se da al derecho del trabajo, escribió Rafael de Pina: “lo cierto es que no existe rama alguna del derecho que no sea social, en el verdadero y propio sentido que tiene esta palabra”. *Curso de derecho procesal del trabajo*, México, Ed. Botas, 1952, p. 10.

11 Hace años, Héctor Fix-Zamudio señaló: “la denominación del Derecho social, no obstante su gran aceptación, carece de una pureza conceptual estricta, siendo difícil encontrar otro vocablo que pueda aplicarse de manera unívoca, pero en cambio posee la indudable ventaja de constituir un término sugestivo que nos proporciona una idea aproximada del contenido y la naturaleza de la materia a que se refiere”. “Introducción al estudio del Derecho procesal social”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, México, núm. 3, 1965, p. 23.



Por una parte, se dice social el derecho que expiden los grupos sociales, no el Estado mismo a través de sus órganos formales.<sup>12</sup> Empero, es necesario tomar en cuenta, para poner las cosas en su justa dimensión, que en todo caso ha de ser el Estado quien faculte a los organismos de la sociedad para disponer un orden normativo que discipline la conducta de sus integrantes. En otros términos, el Estado, por medio de sus estatutos, faculta la “función legislativa” de los entes sociales, asume como propias las normas que de ella resultan y se hace cargo de su cumplimiento, cuando para eso no bastan las instancias societarias.

En este sentido, se habló del gradual abandono de la unidad del derecho, tomando en cuenta que cada profesión o corporación solicitan —y a menudo obtienen— la potestad de autorregularse, tomando porciones del poder reglamentario del Estado.<sup>13</sup> Igualmente, se advirtió que el derecho social tendría como función la “integración objetiva de una totalidad para alcanzar la comunión de los miembros”; como fundamento de su fuerza obligatoria, el hecho de ser “engendrado, de modo directo, por la misma totalidad que él integra”; como objeto, la “reglamentación de la vida interior de la totalidad”; y como sujeto al que se dirige, la “persona colectiva compleja”.<sup>14</sup>

Pero hay otro concepto fecundo del derecho social, que ha llegado a los planos constitucional e internacional. Además de sus antecedentes filosóficos y morales, cuenta con formulaciones en ciertos textos declarativos de derechos humanos. Se funda en una nueva “idea” sobre el ser humano —nueva, quiero decir, en la segunda mitad del siglo XIX—, arraiga en el concepto de solidaridad y abre el camino para la construcción del Estado de bienestar, el *welfare state* que está en el núcleo del Estado social moderno,<sup>15</sup> y que ha

12 En una de sus primeras floraciones, el derecho social de creación autónoma se expresó en la figura del contrato-ley de trabajo, que, como dijo Ripert, se halla a media vía entre la convención y la ley: es una “reglamentación que no toma gran cosa de la fuerza contractual”. *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. de José M. Cajica, Puebla, Cajica, 1951, pp. 333-337.

13 *Ibidem*, pp. 314 y 315.

14 Gurvitch, Georges, *L’Idée du droit social*, París, Lib. du Recueil Sirey, 1932. Desde hace tiempo se ha rechazado este concepto de derecho social, sosteniendo que culmina en un “pluralismo anárquico”; así, Dabin, Jean, *Doctrina general del Estado*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Jus, 1946, p. 414.

15 Algunas Constituciones modernas proclaman el carácter social de los Estados correspondientes. Así, el apartado 1 del artículo 20 de la Constitución alemana de 1949 señala: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”. La Constitución francesa de 1958 advierte: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social...” (artículo 2o.). Esta última referencia proviene de la Constitución de 1946. Los constituyentes de ese momento trataban de superar la democracia puramente política y realizar la económica y social. *Cfr.* Debbasch, Charles *et*

corrido un largo camino en el presente siglo: del entusiasmo al escepticismo, del apogeo a la declinación.<sup>16</sup>

Este otro derecho social se reconoce por un signo: el equilibrio deliberado de las fuerzas individuales y sociales, que ciertamente no se ajustan a la quimera de la “igualdad formal”. Se reconoce, pues, el dato inexorable de la desigualdad y se aportan medios para corregirla.<sup>17</sup> Desde otra perspectiva, el derecho social “tutelar” asume la compleja realidad de los individuos, que no se acomodan al arquetipo de la persona física, sin más, propuesto por el derecho liberal.

Es así como:

al., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, Economica, 1983, p. 451. La Constitución española de 1978 manifiesta: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...” (artículo 1.1). La Constitución de Polonia, de 1997 —posterior, pues, a la caída de la democracia popular socialista—, cuyo preámbulo destaca el “principio de subsidiariedad que refuerza los derechos de los ciudadanos y de sus comunidades” y el “deber de solidaridad” entre los hombres, dice que Polonia es “un Estado democrático de derecho que realiza los principios de la justicia social” (artículo 2o.). En una línea semejante, bajo otros conceptos, se inscribe la Constitución italiana de 1947, cuyo artículo 2o. indica que la República “reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, como individuo y en las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad”, y reclama el cumplimiento de los “deberes inderogables de solidaridad política, social y económica”.

16 Durante un cuarto de siglo, el *welfare state* tuvo éxito, “en un período de crecimiento económico sin precedentes, asegurando el nivel de vida, el empleo, los servicios sociales básicos —salud, educación, jubilación—, incentivando el mercado y la producción, fomentando la paz, la estabilidad social y siendo un ferviente defensor del consenso entre las distintas fuerzas sociales”. Todo ello fue replanteado: “El final del crecimiento económico, la inflación, la crisis fiscal y por tanto de los recursos para el gasto público, y sobre todo el fin del pleno empleo y el comienzo del desempleo masivo, han demostrado no sólo las limitaciones de esta fórmula social sino sus contradicciones internas. El intervencionismo estatal, más que una ayuda para resolver los problemas de la sociedad actual, parece haberse convertido en un impedimento, y una pérdida de confianza cada vez mayor se acrecienta a su alrededor”. Picó, Josep, *Teorías sobre el Estado de bienestar*, México, Siglo XXI Editores, 1987, pp. 2 y 3. La crisis “incide de modo negativo sobre el principio de legitimidad que da uno de los nombres del Estado social: bienestar”. García Cotarelo, Ramón, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 112.

17 En la literatura jurídica mexicana, Mendieta y Núñez expone los términos de la caracterización clásica: derecho social es “el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores en favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo”. *El derecho social*, México, Porrúa, 1953, pp. 66 y 67. Alberto Trueba Urbina considera que el derecho social “es el conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen, tutelan y reivindican a los que viven de su trabajo y a los económicamente débiles”. *Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1978, p. 309. Rubén Delgado Moya señala que derecho social es “el conjunto de normas que protegen y reivindican a todos los económicamente débiles”. *El derecho social del presente*, México, Porrúa, 1977, p. 116. Asimismo, sostiene que “el Derecho Social del Presente es el conjunto de principios e instituciones que reivindican plenamente a todos los económicamente débiles”. *Ibidem*, p. 188.

fue naciendo, poco a poco, un nuevo tipo de hombre, como punto de partida para el legislador; la imagen del hombre sujeto a vínculos sociales, del hombre colectivo como base del Derecho social. El concepto individualista de la persona se desdobra, a partir de ahora, en diferentes tipos. Tras la abstracción niveladora de este concepto de la persona va dibujándose ahora la peculiaridad individual. El Derecho social no conoce simplemente personas; conoce patrones y trabajadores, obreros y empleados....<sup>18</sup>

En esta orientación también son frecuentes los reconocimientos a derechos de ciertos agregados humanos, con características que los distinguen, en sustancia, de las tradicionales personas colectivas. Es así que se pone énfasis en los agrupamientos obreros —sindicatos y federaciones de sindicatos—, agrarios —comunidades y ejidos, en el sistema mexicano— la familia, las asociaciones de consumidores e inquilinos, etcétera.

Ciertamente, un derecho tutelar de los débiles pudiera convertirse en un orden clasista o sectorial, siempre en riesgo de sacrificar a unos ciudadanos en aras de proteger a otros.<sup>19</sup> Acabaría por imperar la fuerza del número, armada por el brazo del legislador. De ahí que la orientación democrática, o humanista, mejor dicho, del derecho social, advierta que éste tiene una frontera: los derechos humanos, “cuya esencia se cifra precisamente en garantizar la libertad exterior del hombre, haciendo posible con ella la libertad interior de su conducta moral”.<sup>20</sup>

### III. CONSTITUCIÓN Y DERECHO SOCIAL

Esta vertiente social del derecho llegaría, como dije, a las declaraciones constitucionales de derechos del ser humano,<sup>21</sup> e informaría el curso

18 Radbruch, Gustavo, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 1955, p. 161.

19 De tal suerte pudiera entronizarse lo que Loewenstein llama Constitución “semántica”. Ésta, lejos de ser un medio para limitar la concentración del poder y abrir el juego de las fuerzas sociales, hará que “la dinámica social (tenga) restringida su libertad de acción y (sea) encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder. La transformación del poder está congelada en beneficio de los detentadores fácticos del poder, independientemente de que éstos sean una persona individual (dictador), una junta, un comité, una asamblea o un partido”. *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarre, Barcelona, Ariel, reimp. 1979, pp. 218 y 219.

20 Radbruch, *op. cit.*, p. 164.

21 Los primeros pasos se dieron en plena Revolución francesa: artículos 21 y 22 de la Declaración de 1793, inspirada en el proyecto presentado por Robespierre a la Sociedad de los Jacobinos. Ésta se refirió a: limitaciones sociales de la propiedad, obligación que tiene la comunidad de proveer a la subsistencia de sus miembros, socorros para los indigentes a título de obligación del rico frente al

del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>22</sup> Éste se ha construido ampliamente —y su desenvolvimiento prosigue— a través de declaraciones, convenciones, pactos, tratados, que abordan con mayor o menor detalle los derechos sociales, económicos y culturales del individuo. Últimamente se ha ratificado el primado mundial de los derechos humanos, en el marco de las normas del derecho de gentes.<sup>23</sup> Así se ha constituido, a escala mundial, una frondosa y creciente carta magna del ser humano.<sup>24</sup>

pobre, exención fiscal de los menesterosos e instrucción universal. Avanzó en la misma línea, años después, el preámbulo de la Constitución francesa de 1848. Esta proclama “derechos nuevos, principalmente de carácter económico y social, y reafirma solemnemente los más antiguos... Al aludir a la fraternidad, integra la fórmula republicana”. Debbasch *et al.*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit., p. 381. Asimismo, *cfr.* García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, cit., pp. 466, 467 y 481. Tres cuartos de siglo más tarde, la tendencia social constituiría el aspecto más interesante del constitucionalismo social de la primera posguerra mundial. *Cfr.* García Oviedo, Carlos, *El constitucionalismo de la postguerra*, Sevilla, 1931, p. 205. Se afirmó el carácter social del Estado, frente a los principios de la libertad individualista, señaló Schmitt. *Cfr. Teoría de la Constitución*, México, Ed. Nacional, 1952, p. 203. De ahí que, como advirtió Adolfo Posada, se valorizaran en alto grado los derechos sociales, económicos y culturales. *Cfr. Tratado de derecho político*, Madrid, 1935, t. II, p. 141.

22 Con razón apuntó César Sepúlveda: “El Derecho internacional moderno ya no se ocupa exclusivamente de las relaciones políticas entre las naciones, sino que también tiende a procurar la justicia social a todos los hombres”. “Desarrollo y movimiento del Derecho internacional desde 1942”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XIV, núm. 54, 1964, p. 359. Carlos García Bauer manifiesta que bajo el derecho internacional nuevo los derechos humanos “pasan a ocupar lugar de preferencia en las relaciones internacionales y en el Derecho internacional, obligando a la revisión de conceptos básicos del Derecho internacional, como el de la soberanía y el de quiénes son los sujetos en Derecho internacional...”. *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, pp. 41 y 46. Los individuos han devenido sujetos del derecho internacional: Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, trad. de Agustín Bárcena, México, Trillas, 1967, esp. pp. 58 y ss., 89 y ss., y 280 y ss. Kelsen previno que “en la misma medida en que el Derecho internacional penetra en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos”. *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, 3a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 203.

23 En la Declaración y programa de acción de Viena, producto de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (junio de 1993), ésta “reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas... Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos” (I, 1). *Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y programa...*, Nueva York, Naciones Unidas, 1995, pp. 30 y 31.

24 El cambio que apareja la presencia de los derechos sociales se advierte en numerosos instrumentos internacionales. En esta corriente cabe mencionar, además de lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948), reformada por el protocolo de Buenos Aires (1967), una serie de declaraciones y tratados que abordan esta materia, conjuntamente con otras o en forma específica: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Carta Social Europea

El núcleo de ésta es lo que pudiera denominarse el “núcleo irreductible” de los derechos humanos;<sup>25</sup> es decir, el conjunto de libertades y privilegios acumulados desde las primeras declaraciones, que han conseguido el consenso en la legislación nacional y en el plano internacional. De ahí se sigue un genuino derecho universal de los derechos humanos.

A esta tendencia es preciso agregar un fenómeno muy interesante y significativo del mundo moderno, a saber, la armonización del derecho social de diversos países, en procuración de ciertas condiciones protectoras comunes para los nacionales de cada uno en el territorio de los otros. Esto se suscita en virtud de la integración económica y de la migración de trabajadores en el interior de la región correspondiente. De ahí proviene el llamado derecho social europeo.<sup>26</sup>

En suma, el tema social sería, en lo sucesivo, un personaje natural de la Constitución, en lo interno, y de la convención, en el plano internacional. Se concentraría en los derechos humanos de “segunda generación”, es decir, los que tienen como contrapartida la acción, la prestación, la diligencia del poder formal —pero también de otros actores de la vida social—, y no apenas el retraimiento o la abstención del Estado.<sup>27</sup>

Obviamente, la admisión de nuevos derechos, e inclusive de programas y expresiones sobre los fines del Estado, más las exigencias que propone el “modo de ser” de cada nación, fuente de las Constituciones y de los constitucionalismos particulares, llevaron a la expedición de leyes

(1961), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990), etcétera.

25 Cfr. Albanese, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. La Roca, 1992, p. 30.

26 Este derecho emana de la Comunidad/Unión Europea, conforme al artículo 51 del Tratado Constitutivo de la Comunidad (llamada Económica, hasta el Tratado de Maastricht, 1992) Europea. La formación y aplicación recae —entre otras instancias— en el Tribunal de Justicia (artículos 164 y ss.). Se ha expresado preocupación por el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal pudiera imponer “cargas nuevas e injustificadas” a las entidades alemanas en materia de prestaciones sociales. Cfr. Eichenhofer, Eberhard, “Il ruolo della Corte di Giustizia nello sviluppo del diritto sociale europeo”, trad. de E. Ferrari y D. U. Galetta, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Italia, año V, núm. 1, 1995, pp. 1 y ss.

27 Difundidos por la Constitución de Weimar, estos derechos son calificados por Schmitt como “esencialmente socialistas”; lo son “a prestaciones positivas del Estado”; al referirse al derecho al trabajo, Schmitt hace ver que “según su estructura lógica y jurídica, tal derecho se encuentra en contraposición con los auténticos derechos fundamentales y de libertad, siendo por ello erróneo el hablar indistintamente de derechos fundamentales”. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 196.

fundamentales mucho más extensas que las precedentes. Un ejemplo de esto es el caso de México, con los extensos artículos 27 y 123, entre otros. En fin, no parece posible sujetarse a una pretensión reductora que sólo anida en la abstracción: “A la pregunta: ¿Qué debe contener una Constitución? podría responderse... brevemente: Lo mínimo, y este mínimo traducirse en normas legales. Característica esencial de la Constitución ideal sería su máxima brevedad”.<sup>28</sup> Sin embargo, no es posible establecer un metro universal que resuelva qué es lo mínimo indispensable. Obviamente, varía de país a país.<sup>29</sup>

#### IV. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LOS DERECHOS SOCIALES

Ahora bien, es preciso observar también que los llamados derechos sociales suelen proyectarse hacia los particulares y las organizaciones sociales en forma mucho más intensa que la correspondiente a las facultades tradicionales. Los derechos de formular peticiones al poder público, celebrar reuniones y manifestaciones, difundir ideas, etcétera, tienen cierto impacto sobre otros particulares: por una parte, el derecho de éstos constituye un límite natural para el ejercicio de aquéllos, y por otra, todos se hallan obligados a respetar el ejercicio de las prerrogativas individuales que se practica dentro de los límites acordados por la Constitución. En cambio, los derechos sociales implican mucho más que esa tolerancia relativa a cargo de los otros ciudadanos: traen consigo notables afectaciones en el derecho de éstos o aparejan cargas u obligaciones importantes;<sup>30</sup> por ejemplo, las disposiciones en materia de salario y descanso se imponen rigurosamente al empleador; la protección a los menores de edad se exige directamente a los padres de familia, etcétera.

28 Wheare, K. C., *Las Constituciones modernas*, 2a. ed., Barcelona, Labor, 1975, p. 38.

29 El mismo Wheare reconoce que esa forma de ver las cosas soslaya los problemas que se afrontan cuando “se desea fraguar una Constitución que resulte aceptable para los que han de ponerla en acción o han de vivir con ella...”. Es preciso examinar esta cuestión “antes de que podamos decidir cuál es el mínimo irreductible que bastaría circunscribir en la Constitución”. *Ibidem*, p. 39.

30 En estas hipótesis aparece la injerencia del Estado por diversas vías: legislativa y administrativa, más el desempeño jurisdiccional ajustado a propósitos tutelares. Mediante dicha injerencia —escribe Ignacio Burgoa— “se eliminan los principios de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación, en el sentido de que las autoridades estatales, en ejercicio del poder imperativo, eviten que se formen vínculos de derecho que impliquen una reducción o un menoscabo de los derechos que para la clase trabajadora en general o para el trabajador en particular surgen de la garantía social consignada constitucional y legalmente”. *Las garantías individuales*, 5a. ed., México, Porrúa, 1968, p. 244.

Los derechos tradicionales y los sociales convergen en seres humanos de carne y hueso, individuos concretos, portadores de un valor infungible —ellos mismos— en procuración de su destino. Considero que ambas categorías se resumen en un solo derecho, que abarca en síntesis a todos: el desarrollo. No hablo ahora del difuso derecho general al desarrollo —frecuentemente reconocido como un derecho de tercera generación, al lado de los derechos a la paz, a la salud del ambiente, a la seguridad, y otros—. Me refiero aquí al desarrollo individual del hombre concreto. Todos los derechos de que se inviste a éste tienen un sentido unitario: favorecer su desarrollo personal, el desenvolvimiento de sus potencialidades, el alcance de su destino.<sup>31</sup>

Por otra parte, bajo este mismo concepto se localizan restricciones o modalidades a las libertades clásicas de los propios beneficiarios del derecho proteccionista, limitaciones que se establecen en aras de la tutela debida a dichos sujetos, que de otra suerte —por su objetivo desvalimiento, sus carencias, que hacen ilusorias la libertad y la igualdad formales— pronto resultarían arrollados por las fuerzas del mercado. Esa reducción en el estatuto de libertades se mira, por ejemplo, en las restricciones o prohibiciones que el sistema agrario mexicano anterior a la reforma de 1992 estableció en relación con ejidos y comunidades —asimismo, ejidatarios y comuneros— y el que establece el régimen laboral en cuanto a las condiciones y consecuencias de la relación del trabajo.

## V. ANTECEDENTES EN MÉXICO

Vuelvo al punto inicial de mis reflexiones: todo esto tiene una inflexión particular en México. Fueron múltiples las vicisitudes constituyentes de este país, que emergió trabajosamente.<sup>32</sup> En el curso del primer siglo de independencia, se dieron dos Constituciones federales, además de otros textos de diverso signo y variado imperio: las cartas de 1824 y 1857. Ambas tuvieron sostenedores y adversarios. Ninguna rigió plenamente. A la mitad del siglo, la Constitución de 1857 proponía una República admirable, dotada

31 Así lo sostengo en *Derechos humanos y derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 172 y 173.

32 Una esclarecedora descripción sobre el difícil inicio de la República es el célebre trabajo de Mariano Otero, a quien se considera coautor del juicio de amparo (con Manuel Crescencio Rejón), "Ensayo sobre el verdadero estado de la cuestión social y política que se agita en la República Mexicana", *Obras*, México, Porrúa, 1967, t. I, pp. 7 y ss.



de instituciones estupendas. Empero, esa carta —adoptada por una generación de hombres notables— no fue aplicada en sus términos: se oponía la realidad.<sup>33</sup>

Cuando se formuló la Constitución de 1857, los legisladores acogieron la mejor doctrina sobre los derechos humanos. De esta suerte presentaron un estupendo catálogo de libertades inobjectables. Empero, en el seno del Congreso hubo voces de alerta sobre la “realidad” a la que se dirigiría la flamante Constitución. Ésta no respondía, en lo absoluto, al ideal del Constituyente liberal. Carecía de respuesta para algunos de los problemas apremiantes que debieron aguardar.

En el México de 1857 subsistía la desigualdad más pronunciada, en contraste con la igualdad que dio simiente a la democracia americana; había, en grado extremo, pobreza e ignorancia; y por ende, cundía la explotación, regla de las relaciones laborales. La preocupación por la suerte de los desvalidos, una legión, hizo germinar lo que luego se denominaría el “liberalismo social” mexicano, una conciencia despierta en el siglo XIX; conciencia adelantada,<sup>34</sup> que previno el advenimiento del nuevo siglo y atisbó, en él, la nueva Constitución. Con razón, un diputado hizo ver al Congreso: “El proyecto de Constitución que hoy se encuentra sometido a las luces de vuestra soberanía revela en sus autores un estudio, no despreciable, de los sistemas políticos de nuestro siglo; pero al mismo tiempo, un olvido inconcebible de las necesidades políticas de nuestra patria”.<sup>35</sup>

En el futuro, y hasta hoy, se recordaría el extraordinario voto particular de un diputado ilustre, precursor de la que sería, andando más de medio siglo, nuestra reforma agraria:<sup>36</sup> “Se proclaman ideas y se olvidan las cosas... Nos divagamos en la discusión de derechos, y ponemos aparte los

33 Una magistral exposición sobre la contradicción entre la Constitución y la realidad hizo Emilio Rabasa, jurista, político y escritor mexicano que trabajó en la última parte del siglo XIX y la primera del XX, en *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1982.

34 La designación se asocia a estos conceptos: “el liberalismo mexicano, en su largo proceso de formación, se aparta del liberalismo doctrinario en materia económica y social. En el aspecto económico, la práctica liberal e importantísimos pronunciamientos doctrinales obligaron a no llegar al libre cambio, inclinándose nuestro proceso histórico real por la protección... En materia social casi como constante se mantienen, motivadas por nuestra peculiaridad, la discusión sobre la propiedad de la tierra y los movimientos populares que pugnan por una modificación en la propiedad territorial”. Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano*, 2a. ed., México, FCE, 1974, t. III (La integración de las ideas), p. 541.

35 Ramírez, Ignacio, en Trueba Urbina, *Derecho social mexicano*, cit., p. 57.

36 Miguel de la Madrid se refiere a Ponciano Arriaga como un “claro precursor de la Reforma Agraria”. *El pensamiento económico en la Constitución mexicana de 1857*, 2a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 116.



hechos positivos. La constitución debiera ser la ley de la tierra, pero no se constituye ni se examina el estado de la tierra”. Añadió:

Los miserables sirvientes del campo, especialmente los de la raza indígena, están vendidos y enajenados para toda su vida, porque el amo les regula el salario, les da el alimento y el vestido que quiere, y al precio que le acomoda, so pena de encarcelarlos, castigarlos, atormentarlos é infamarlos, siempre que no se sometan á los decretos y órdenes del dueño de la tierra.<sup>37</sup>

## VI. NOTA SOBRE LOS FACTORES DE LA REVOLUCIÓN

En el alba del siglo XX numerosos problemas agitaban la conciencia de los mexicanos, y algo más: la paciencia del pueblo.<sup>38</sup> Por lo menos cuatro factores precipitaron el alzamiento, y después concurrirían a explicar la producción legislativa derivada de la Revolución, cuyo signo característico fue la pretensión, expresa o implícita, de construir una nueva sociedad. Ésta se alzaría sobre el anhelo más antiguo y arraigado en el pueblo mexicano, que venía desde la Colonia y se mostró durante la insurgencia: justicia, en su versión de justicia “social”, más todavía —si fuera posible— que libertad.

Hubo un factor político, que dio a la Revolución sus banderas primordiales; aquél se concentraba en las reelecciones del dictador, la opresión generalizada y el deseo de renovación en el poder por medio de la “no reelección”, una de las “claves revolucionarias” de México. El “antirreeleccionismo” fue el torrente que recibió el factor político de la Revolución.

Hubo, además, un poderoso factor agrario, el formidable ariete contra el viejo régimen en un país predominantemente rural, cuya tierra se hallaba en manos de un puñado de hacendados.<sup>39</sup> Aquí emergió la antigua

37 “Derecho de propiedad. Voto del Sr. (Ponciano) Arriaga”, en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México (1808-1973)*, México, Porrúa, 1975, pp. 574 y 578. Otro notable constituyente, defensor de una Constitución con mayores preocupaciones sociales, que no se alcanzó en 1857, fue Ignacio Ramírez, “El Nigromante”. Al respecto, *cfr.* la reseña y comentarios de Trueba Urbina, *Derecho social mexicano, cit.*, pp. 57 y ss.

38 El notable ideólogo Luis Cabrera, bajo el pseudónimo de Blas Urrea, planteó las causas del conflicto revolucionario en el artículo “La solución del conflicto”: caciquismo, peonismo, fabriquismo, hacendismo, cientificismo y extranjerismo. Véase Urrea, Blas, *Obras políticas*, México, Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, pp. 176 y 177.

39 Jorge Vera Estañol, uno de los más conocidos y acérrimos impugnadores de la Constitución de 1917, no pudo menos que reconocer: “durante los nueve años comprendidos de 1881 a 1889

cuestión agraria entre los propietarios del campo y los pueblos despojados, que se agravó bajo el derecho liberal del siglo XIX, en México como en toda América. De aquí provino el “agrarismo”.

Se agregó un factor obrero, no obstante ser aún incipiente el proletariado en este país, donde apenas comenzaba la industrialización. Con todo, el rigor del viejo régimen, heredero de la tradición colonial, se había desplegado sobre los trabajadores de las minas y los operarios de la nueva industria, que hicieron las primeras huelgas, anuncio de la inminente Revolución. De esta suerte elevó banderas el “laborismo” u “obrerismo”.

Y también concurrió, aunque fuese en un ámbito menos amplio y popular, un factor ideológico o intelectual: la reacción contra la filosofía oficial del porfiriato, el positivismo, en círculos universitarios de los que provendrían algunos lúcidos pensadores de la Revolución.

## VII. LA OBRA DEL CONGRESO CONSTITUYENTE

### 1. *Posición del Constituyente*

Arribemos al Congreso Constituyente de 1916-1917. Éste llegó a sesionar en el Teatro Iturbide de la ciudad de Querétaro, con la mala experiencia de la dictadura, el ánimo inquieto de los diputados, algunos planes renovadores,<sup>40</sup> los precedentes alentadores de la legislación preconstitucional,<sup>41</sup> y poco después una severa decepción: el proyecto presentado por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista no satisfacía los anhelos

amortizaron... en las manos de 29 individuos o compañías, catorce por ciento de la superficie total de la República, y en los cinco años subsecuentes, otras cuantas empresas acapararon un seis por ciento más de dicha total superficie, o sea, en conjunto, una quinta parte de la propiedad territorial, monopolizada por no más de cincuenta propietarios”. *Al margen de la Constitución de 1917*, Los Ángeles, Wayside Press, s. f., p. 149.

40 Entre ellos, ya distante, el Programa del Partido Liberal Mexicano, del 1 de julio de 1906. También, por supuesto, el Plan de San Luis, que puso en movimiento la Revolución, del 5 de octubre de 1910, y el Plan de Ayala, del 28 de noviembre de 1911, con su propia y enérgica iniciativa de reforma agraria. Poco antes de la Constitución, las adiciones al Plan de Guadalupe, del 12 de diciembre de 1914, y en la víspera misma de la ley fundamental, el decreto que reformó el Plan de Guadalupe, del 14 de septiembre de 1916, que convocaba a elecciones de un Congreso Constituyente para reformar la carta de 1857.

41 Así, las leyes expedidas por Carranza en Veracruz, en el periodo comprendido entre las adiciones al Plan de Guadalupe (que ofreció la reforma) y la Constitución de 1917: leyes del Municipio libre y el divorcio vincular (25 de diciembre de 1914), Leyes Agraria y Obrera (6 de enero de 1915), reformas al Código Civil (29 de enero de 1915) y Ley de Abolición de las Tiendas de Raya (22 de junio de 1915).

de los revolucionarios, ni de sus representantes naturales, los diputados al Congreso. En ese ambiente se desarrolló el encuentro entre dos épocas de la historia, dos ideologías, dos versiones sobre el hombre y sobre México.<sup>42</sup>

Extrañamente, el texto planteado al Congreso se desentendió de la expectativa que naturalmente alimentaba una expresión del mensaje, en la que se pudo fundar un desarrollo diferente para la propuesta legislativa. Aludo a la reflexión del proyectista sobre las deficiencias de la carta de 1857: los legisladores de entonces

se conformaron con la proclamación de principios generales que no procuraron llevar a la práctica, acomodándolos a las necesidades del pueblo mexicano para darles pronta y cumplida satisfacción; de manera que nuestro código político tiene en general el aspecto de fórmulas abstractas en que se han condensado conclusiones científicas de gran valor especulativo, pero de las que no ha podido derivarse sino poca o ninguna utilidad positiva.<sup>43</sup>

Tómese en cuenta que a diferencia de las Constituciones de “profesores”, proyectadas por juristas eminentes,<sup>44</sup> la mexicana de 1917 fue sin duda una Constitución popular: muchos de sus redactores eran revolucionarios, gente del pueblo, campesinos, maestros, obreros, que trasladaron a la Constitución lo que ya se había resuelto en la realidad.<sup>45</sup> En ese contexto no podía aparecer otra Constitución liberal decimonónica; ni siquiera pudo subsistir la carta de 1857, modelo para su tiempo; pero 1917 era ya otro tiempo; en consecuencia, se necesitaba otro modelo.

Para comprender el texto de 1917 es preciso, pues, tomar en cuenta las posiciones y demandas de quienes lo suscribieron. Tenían un carácter popular, ajeno a la técnica legislativa tradicional y a las cartas de profesores.

42 Véase el curso y la dialéctica entre las ideas liberales y sociales, o bien, las diversas expresiones del liberalismo, en Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político y social del Constituyente de 1916-1917*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 67 y ss.

43 El texto del mensaje se puede consultar en Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México...*, cit., p. 746.

44 Se alude a las Constituciones de Alemania, de 1919, vinculada a Pruss, austriaca, de 1920, asociada a Kelsen, y española, de 1931, ligada a Posada. Cfr. Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit., p. 513.

45 “La declaración de derechos sociales nació en los campos de batalla —recuerda Mario de la Cueva—, sin ninguna doctrina que le precediera, como un clamor de los hombres que querían, ante todo, vivir como seres humanos. Es cierto que en la Asamblea de Querétaro, después de que los representantes del pueblo plantearon la urgencia de asegurar a los trabajadores un medio decoroso de vida, se habló de los nuevos derechos del trabajo, paralelos a los viejos derechos del hombre, pero fue una justificación a posteriori, cuando ya estaba decidido que se consagrarán”. *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, p. 57.

También poseían un aire reivindicador: se quería la devolución de bienes y derechos cancelados o usurpados, y con ella, la asunción del poder. De-seaban abarcar en la Constitución todo lo que se consideraba relevante, es decir, casi todo; menos que eso no bastaba; defraudaría a los obreros y campesinos que hicieron la Revolución. Además, se hallaban dominados por la urgencia: ahora que tenían la posibilidad de legislar, había que hacerlo: era preciso expedir sin demora una “nueva Constitución”, que alojara una “nueva constitucionalidad”.

Finalmente, los integrantes del cuerpo constituyente escucharon la voz y la experiencia de ciertos “adelantados”, sociales, ideólogos o militantes, que no figuraron entre los diputados ni participaron en las deliberaciones, pero cuyas ideas llegaron con pujanza al Congreso de Querétaro.<sup>46</sup>

## 2. *La cuestión agraria*

La atención de los diputados se concentró en dos materias, naturalmente. Por una parte, la cuestión agraria; por la otra, la cuestión obrera. Sobre la propuesta que el Primer Jefe hizo al Congreso en estos temas, un protagonista de aquellos días observó que sí fue decepcionante el proyecto en materia obrera,

el artículo 27 que se refería a la propiedad de las tierras y a los derechos del poseedor causó mayor desconsuelo entre los constituyentes porque sólo contenía innovaciones de interés secundario sobre el artículo vigente de la Constitución de 1857, sin atacar ninguna de las cuestiones vitales cuya resolución exigía una revolución que había sido provocada e impulsada por la necesidad de una renovación absoluta en el régimen de la propiedad rústica.<sup>47</sup>

46 Con razón se plantea Vicente Fuentes Díaz la pregunta: “¿Quién o quiénes, en lo individual, prevalecieron, pues, con sus ideas, y particularmente sus tesis sociales, en la asamblea de Querétaro?”, a lo que responde: “Parecería paradójico decirlo, pero los caudillos que más influyeron en ella, en ese aspecto, no fueron ni Carranza, ni Obregón ni otros que los rodeaban sino los caudillos ausentes; sí, los que no tuvieron contacto directo con el Congreso, como los hermanos Flores Magón cuando se mantuvieron en el marco ideológico de los precursores de la Revolución, concretamente en la cuestión de los obreros; Emiliano Zapata, en lo tocante a la tierra, y de alguna manera Francisco Villa, en cuanto tuvo una peculiar visión, intuitiva y hasta borrosa, como decía don Francisco Escudero, de los problemas sociales y políticos del país”. “Corrientes ideológicas en el Constituyente”, *La Constitución de hoy y su proyección hacia el siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Bibliográficas, Biblioteca y Hemeroteca Nacionales, 1997, p. 138.

47 Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2a. ed., México, Biblioteca del Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1959, p. 143.

De ahí que el proyecto fuese retirado.<sup>48</sup> Un grupo de diputados, “núcleo fundador” de la nueva Constitución mexicana,<sup>49</sup> sesionando en otro recinto, produjo el proyecto que conocería el Congreso. Los autores de éste no vacilaron en afirmar que “el artículo 27 (sede del sistema agrario) tendrá que ser el más importante de todos cuantos contenga la Constitución que el H. Congreso viene elaborando”.<sup>50</sup>

La comisión recibió con beneplácito el proyecto; su dictamen presentó un diagnóstico severo sobre el estado de cosas dominante en esta materia. Corregirlo “es, en nuestro concepto, resolver el problema agrario, y las medidas que al efecto deban emprenderse consisten en reducir el poder de los latifundios y en levantar el nivel económico, intelectual y moral de los jornaleros”.<sup>51</sup>

Debió existir en el Constituyente una honda conciencia sobre la trascendencia que tendría el régimen jurídico de la tierra. En aquella hora crucial, pudo advertir un diputado: ahora

se ha iniciado el debate más importante de este Congreso; tenemos a nuestra vista, tenemos que estudiar, durante estos debates, el problema capital de la revolución, que es la cuestión agraria. Digo que la cuestión agraria es el problema capital de la revolución y el que más debe interesarnos, porque ya en la conciencia de todos los revolucionarios está que si no se resuelve debidamente este asunto, continuará la guerra.<sup>52</sup>

48 Examinó el tratamiento del tema agrario en el Congreso Constituyente de 1916-1917, en mi libro *Elementos de derecho procesal agrario*, México, Porrúa, 1993, pp. 27 y ss.

49 El diputado Froilán Manjarrez propuso al Congreso la formación de una comisión que redactara el capítulo especial “Del Trabajo”. Pastor Rouaix se refirió al núcleo fundador de la comisión que asumiría la tarea de redactar los proyectos para los artículos 27 y 123. El grupo que originalmente integró ese núcleo fundador, se compuso con los diputados Pastor Rouaix, José N. Macías, José Inocente Lugo y Rafael L. de los Ríos. *Cfr. Génesis de los artículos 27 y 123...*, cit., pp. 103 y 104. Sobre la aportación de los principales diputados constituyentes a la obra común, *cfr.* Varios autores, *La Constitución mexicana de 1917. Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990. De los legisladores citados por Rouaix como integrantes originales del núcleo, este libro se refiere particularmente al propio Rouaix (artículo de Jorge Madrazo, pp. 365 y ss.) y a Macías (artículo de Marta Morineau, pp. 261 y ss.), no así a Lugo y De los Ríos. Sobre el núcleo fundador, *cfr.* el discurso de Madrazo que figura como primer trabajo de la obra colectiva mencionada, esp. pp. 12-14.

50 Asimismo, puntualizaron los proyectistas: “En este artículo tienen por fuerza que sentarse los fundamentos sobre los cuales deberá descansar todo el sistema de los derechos que pueden tenerse a la propiedad raíz comprendida dentro del territorio nacional”. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 3a. ed., México, LII Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1985, “Articulado”, t. IV, pp. 27-71 y ss.

51 *Ibidem*, pp. 27-79.

52 *Ibidem*, pp. 27-88.

Pronto habría impugnaciones: esta no es una “obra nacional: es engendro bolchevique”.<sup>53</sup>

### 3. La cuestión obrera

La cuestión obrera ganó también la razón y la voluntad de los diputados.<sup>54</sup> Antes de la Constitución aparecieron algunas leyes del trabajo.<sup>55</sup> Como antes dije, en el proyecto remitido al Constituyente por el Primer Jefe hubo alusiones alentadoras. Sin embargo, éstas sólo se referían a lo que podría hacer el Congreso ordinario —pero no a lo que haría la propia Constitución— con las atribuciones que ésta le confiriese para legislar en materia laboral.<sup>56</sup>

Pero el Congreso esperaba otra cosa, como se puso de manifiesto en el prolongado debate suscitado por el proyecto. En “tan larga discusión no se (emitió) una sola intervención contraria a las garantías del trabajador; sino... todos los diputados, radicales y moderados, trataron únicamente de consolidar, ampliar y hacer práctica en su ampliación, los principios que ambicionaban”.<sup>57</sup>

En el Congreso flotaba una idea, puesta por los juristas: la reglamentación de las relaciones laborales no concierne a la norma constitucional; es asunto de la ley secundaria; la Constitución debe atenerse a los principios generales de la materia, y no más. Pronto se impugnó el parecer de los

53 Dijo Vera Estañol sobre la Constitución; la frase aparece en el juicio que ese autor formula sobre el sistema constitucional agrario: “En el problema agrario, como en casi todos los demás, la Constitución de Querétaro, en vez de ser constructiva, justa y conveniente, es atentatoria, disolvente y destructiva”. *Al margen de la Constitución...*, cit., p. 175.

54 Sobre este tema, cfr. mis artículos “Consideraciones sobre el Derecho social del trabajo”, en Varios autores, *75 Aniversario (de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje). 1917-1992*, Toluca, Gobierno del Estado de México, Secretaría del Trabajo y de la Previsión Social, 1992, pp. 87 y ss.; y “Consideración sobre el artículo 123 constitucional”, en Varios autores, *75 Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 1992, pp. 171 y ss.

55 Así, Ley del Trabajo, de Cándido Aguilar, en Veracruz (1914), Ley de Asociaciones Profesionales, de Agustín Millán, también en Veracruz (1915), Ley del Consejo de Conciliación y del Tribunal de Arbitraje, y del Trabajo, de Salvador Alvarado, en Yucatán (1915), Proyecto de Ley sobre Contratos de Trabajo, del secretario de Gobernación, Zubarán Capmany (1915), y legislación laboral de Gustavo Espinosa Mireles, en Coahuila (1916).

56 Carranza indicó que merced a las facultades que el Congreso recibiría en la fracción XX del artículo 72 (así aparece la referencia en el mensaje de Carranza, pero en rigor se trataba de la fracción X del artículo 73 del proyecto), aquél expediría leyes laborales “en las que se implantaran todas las instituciones del progreso social en favor de la clase obrera y de todos los trabajadores”. En seguida enunciaba algunas de las medidas benefactoras; así “espera fundadamente el gobierno de mi cargo que las instituciones políticas del país responderán satisfactoriamente a las necesidades sociales...”.

57 Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123...*, cit., pp. 74 y 75.

juristas: éstos dicen que es imposible llevar la Constitución al detalle de los problemas laborales;

eso, según ellos, pertenece a la reglamentación de las leyes; pero, precisamente, señores, esa tendencia, esa teoría, ¿qué es lo que ha hecho? Que nuestra Constitución tan libérrima, tan amplia, tan buena, haya resultado, como la llamaban los señores científicos,<sup>58</sup> un traje de luces para el pueblo mexicano, porque faltó esa reglamentación, porque jamás se hizo. Se dejaron consignados los principios generales y ahí concluyó todo...<sup>59</sup>

A esta declaración se sumaron otras voces: “un representante obrero del Estado de Yucatán viene a pedir aquí que se legisle radicalmente en materia de trabajo”.<sup>60</sup> Otro diputado secundó: si dejamos estas cuestiones al legislador secundario, “¿quién nos garantiza que el nuevo Congreso habrá de estar integrado por revolucionarios?... ¿quién nos garantizará que habrá de operar de acuerdo con nuestras ideas?”. Por ello, no importa que se desatienda la recomendación de los jurisconsultos; sólo interesa que “atendamos debidamente el clamor de esos hombres que se levantaron en la lucha armada y que son los que más merecen que nosotros busquemos su bienestar”.<sup>61</sup>

58 Se alude al grupo de cultivadores o invocadores de las “ciencias sociales” (la sociología del positivismo) que cerraron filas en torno a Porfirio Díaz y constituyeron un bastión de la dictadura. Véase el artículo de Luis Cabrera “El partido científico. Qué ha sido. Qué es. Qué será. Para qué sirve la ‘ciencia’”, en Urrea, *Obras políticas, cit.*, pp. 15 y ss. Andrés Molina Enríquez, profundo conocedor de los problemas nacionales, sobre los que escribió con maestría, y que contribuyó a la formulación del artículo 27 constitucional, refiere que “los científicos, como irónicamente fueron titulados por los mestizos y por los indios, no procuraron mostrar su existencia y desarrollar sus fuerzas a plena luz, prefiriendo según como venían (sic.), a la sombra del Gral. Díaz, en calidad de consejeros privados de su administración, y ligados a él por la esperanza de sucederle en el poder, o por un afortunado golpe de mano, o a virtud de una transmisión hereditaria dirigida por él mismo. La única señal exterior que daban de su existencia era la insufrible petulancia, similar a la de los tecnócratas de nuestros días...”. *La revolución agraria en México*, México, Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, p. 366.

59 Cit. Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123...*, cit., p. 77.

60 La expresión corresponde al diputado Héctor Victoria. En su concepto, el nuevo mandamiento constitucional debía “trazar las bases fundamentales sobre las que ha de legislarse en materia de trabajo, entre otras, las siguientes: jornada máxima, salario mínimo, descanso semanal, higienización de talleres, fábricas, minas, convenios industriales, creación de tribunales de conciliación, de arbitraje, protección del trabajo nocturno a las mujeres y niños, accidentes, seguros e indemnizaciones, etc.”. No dejaré de transcribir la severa expresión de este legislador, que da cuenta con un sentimiento seguramente compartido por muchos constituyentes, que concurre a explicar el rumbo adoptado por la carta del 17: “los trabajadores estamos enteramente cansados de la labor pérfida que en detrimento de las libertades públicas han llevado a cabo los académicos, los ilustres, los sabios, en una palabra, los jurisconsultos...”. *Ibidem*, pp. 779 y 780.

61 Froilán C. Manjarrez, *ibidem*, p. 81. En una sesión posterior, este mismo diputado propuso

En consecuencia, los fundadores del constitucionalismo emergente debieron rehacer la propuesta sobre relaciones del trabajo. De aquí surgió un extenso precepto que los mexicanos han celebrado con la misma devoción con que festejan el artículo 27: me refiero al precepto 123, alojado en un título *ad hoc* de la ley fundamental, el sexto: “Del trabajo y de la previsión social”, que no sólo impone deberes al Estado, a la manera de los derechos humanos de segunda generación, sino fija obligaciones a unos particulares en favor de otros: aquéllos, los empleadores, éstos, los obreros. He aquí una concepción diferente sobre los derechos que consagra la Constitución.

Al culminar la novedad mexicana en el Congreso de Querétaro, el sentimiento sobre el nuevo constitucionalismo, inaugurado en la carta de 1917, se concentraba en la fórmula elocuente que un legislador señaló al Constituyente:

así como Francia después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus cartas magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución Mexicana tendría el orgullo de mostrar al mundo, que es la primera en consignar en una Constitución, los sagrados derechos de los obreros,<sup>62</sup>

Por supuesto, también llegó a este campo el reproche de los adversarios de la Constitución social.<sup>63</sup>

#### 4. La educación

Otros temas atrajeron la atención y la emoción del Congreso. Entre ellos figuró la educación, reducto del derecho social. Empero, el desarrollo del artículo 3o. provendría de reformas incorporadas por el Constituyente Permanente. En 1916-1917 se libró de nuevo, y se ganó, la antigua lucha del Estado nacional en pro del carácter laico de la enseñanza impar-

que la materia obrera se reuniese en un capítulo especial —que podría llevar como título: “Del Trabajo”—, y que se nombrase una comisión de cinco diputados para proponer dicho capítulo. *Ibidem*, pp. 100 y 101.

62 Cravioto, Alfonso, cit. en *ibidem*, p. 89.

63 Del referido Vera Estañol, destacaré un concepto a propósito del régimen laboral de la ley suprema: “Dos medios hay de igualar: uno es elevando a los de abajo; el otro, abatiendo a los de arriba. Aquél es amor, progreso, construcción; éste es rencor, aniquilamiento, bolchevismo. Los constituyentes de Querétaro eligieron el segundo medio; por eso su obra ha sido estéril”. *Al margen de la Constitución...., cit.*, p. 65.



tida en establecimientos oficiales, así como de la primaria, elemental y superior que se impartiese en establecimientos particulares. A este punto acudía la antigua pugna entre la Iglesia y el Estado. El tono social se observó en el último párrafo del artículo 3o. original: “En los establecimientos oficiales, se impartirá gratuitamente la enseñanza primaria”.

## VIII. FACTORES DE PODER Y DECISIONES FUNDAMENTALES

En el Constituyente revolucionario habían actuado los factores reales de poder de la sociedad mexicana en pie de guerra; no fue posible soslayar las propuestas campesina y obrera, porque obreros y campesinos habían adquirido conciencia de su fuerza, que “vigilaba” al Congreso. En tal virtud, la Constitución fue como debía ser.<sup>64</sup> Y también así quedaron escrituradas de nuevo las decisiones políticas fundamentales<sup>65</sup> de la nación mexicana.

Nuestra nación resolvió, entre otras cosas, constituirse como una república social;<sup>66</sup> erigir un Estado Social de Derecho; conducir las relaciones humanas bajo la regla de la equidad; reconocer a la nación el dominio

64 “Los factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad —enseñó Fernando Lassalle— son esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, más que tal y como son”. *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1946, p. 53.

65 El autor del concepto, Carl Schmitt, sostiene que “en el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente, es decir, del pueblo en la democracia y del monarca en la monarquía auténtica”. Schmitt analiza, en seguida, esas decisiones en la Constitución alemana de Weimar. Las decisiones políticas fundamentales, agrega, “son más que leyes y normaciones; son las decisiones políticas concretas que denuncian la forma política de ser del pueblo alemán y forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones, incluso para las leyes constitucionales”. *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 27-29. Cfr., asimismo, Leowenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 63 y ss.

66 En “La Constitución y la ordenación económica del Estado”, trabajo incluido en mi libro *Derecho social económico y la empresa pública en México* (México, Instituto Nacional de Administración Pública, 1982), sostengo que “México ha resuelto ser, y así lo ha dicho en su Constitución, una república de soberanía popular, democrática, directa, representativa —con límites absoluto y relativo para el desempeño temporal de la representación—, federal y social, independiente y laica, con división funcional y territorial del ejercicio del poder formal, y dentro de un orden que acepto la posibilidad del cambio y se supedita al control de los actos de autoridad”. *Op. cit.*, p. 51. Jorge Carpiño distingue entre decisiones materiales y formales; aquéllas son “la sustancia del orden jurídico”, derechos primarios; las segundas “son los principios que mantienen la vigencia y el cumplimiento de las decisiones materiales”. Estas son: soberanía, derechos humanos, sistema representativo y supremacía del poder civil sobre la Iglesia; las formales son: división de poderes, federalismo y juicio de amparo. *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1969, p. 161.

original de aguas y tierras; moderar el conflicto entre los actores sociales con la acción equilibradora de la ley y del Estado; compensar con la “mano visible” del poder lo que a muchos habían negado la “mano invisible” del azar o del mercado.

## IX. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Con esta raíz, México inició la época del constitucionalismo social:<sup>67</sup> otra idea constitucional y nuevos contenidos de la ley fundamental.<sup>68</sup>

En este orden, la prioridad le corresponde sin duda algún a la Constitución de 1917, como se ha reconocido ampliamente,<sup>69</sup> aunque a veces se atribuya la prioridad a la alemana de Weimar,<sup>70</sup> ordenamiento que posee,

67 Una obra fundamental sobre el tema, debida a Jorge Sayeg Helú, es *El constitucionalismo social mexicano, la integración constitucional de México (1808-1988)*, México, FCE, 1991.

68 Entre los tratadistas clásicos de la materia, Mirkine-Guetzévitch señala que bajo la nueva técnica constitucional emprendida en los primeros lustros del corriente siglo, se crea “un mínimo de condiciones jurídicas que permitan asegurar la independencia social del individuo. Esta evolución de la doctrina de las libertades individuales arroja una doble consecuencia: aparición de la defensa social de la persona; limitación, en nombre del interés social, de ciertos derechos fundamentales anteriormente proclamados y establecidos”. *Les constitutions européennes*, cit., t. I, pp. 131 y 132.

69 Los derechos fundamentales socioeconómicos, que hoy son el “equipaje estándar del constitucionalismo... fueron proclamados por primera vez, en la Constitución mexicana de 1917 —indica Karl Loewenstein, quien en seguida agrega con cierta ironía:—, que con un alto salto se ahorró todo el camino para realizarlos: todas las riquezas naturales fueron nacionalizadas y el Estado asumió completamente, por lo menos en el papel, la responsabilidad social para garantizar una existencia digna a cada uno de sus ciudadanos”. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 401. Antonio Colomer Vidal puntualiza: “Uno de los legítimos motivos de orgullo del constitucionalismo iberoamericano, a través del mexicano —cuya paternidad es indiscutible— es el de ser el primero en incorporar normas de contenido laboral y social. —Los derechos sociales serán a partir de la Constitución mexicana de Querétaro, de 1917, uno de los fundamentos del moderno Estado Social de Derecho—. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Ediciones de Cultura Hispánica, 1990, p. 104. En el mismo sentido, desde luego, la doctrina mexicana. *Cfr.*, sólo como ejemplos, De la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1974, p. 44; Trueba Urbina, *Derecho social mexicano*, cit., pp. 143 y ss.; Sayeg Helú, *El constitucionalismo social mexicano*, cit., pp. 614 y ss.; De la Madrid, *Elementos de derecho constitucional*, México, ICAP, 1982, pp. 206-208; Carpizo, *La Constitución mexicana...*, cit. pp. 147 y 148.

70 *Cfr.* Mirkine-Guetzévitch, *Les constitutions européennes*, cit., t. I, p. 132. Al examinar los derechos a prestaciones del Estado contenidos en la Constitución francesa de 1848, García Pelayo señala que “hasta la Constitución alemana de Weimar, es decir, hasta que las organizaciones obreras no adquirieron influencia constituyente, no se encuentran derechos parecidos en ningún texto constitucional”. *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 481. Paolo Biscaretti di Ruffia recuerda que los derechos sociales —derecho al trabajo o a la instrucción— que fueron enunciados por primera vez en la inaplicada constitución jacobina de 1793 “tuvieron que esperar más de un siglo para ser nuevamente consagrados, aun cuando con mayor amplitud, en la Constitución alemana de Weimar de 1919”. *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit., pp. 506 y 507. El mismo tratadista señala que después de 1918 “surgió una rica serie de Constituciones redactadas con criterios científicos”.

por lo demás, merecimientos indiscutibles, que no la preservaron de la crítica.<sup>71</sup>

Sólo un sobrevuelo somero y desdeñoso sobre la ley mexicana permitiría suponer que carece de relevancia para el derecho constitucional y apenas ofrece interés para la ciencia política.<sup>72</sup>

La carta mexicana abrió un camino sobre el que rápidamente avanzarían otros textos germinales en la primera etapa del siglo XX. Luego se generalizaría la recepción de temas sociales en las Constituciones; ahora son un extremo acostumbrado.<sup>73</sup> A este nervio innovador se debe la naturaleza programática o comprometida de la Constitución mexicana,<sup>74</sup> jamás neutral.<sup>75</sup> Nos hallamos, pues, en el rumbo de ordenamientos funda-

camente elaborados, con objeto de que la voluntad popular alcanzara en todo caso a guiar la política general del país, lo que dio lugar a las ‘Constituciones racionalizadas’, y al mismo tiempo se enunciaron por vez primera, y en forma clara y amplia, los derechos sociales al lado de los políticos y los de libertad (al respecto baste recordar el texto germánico redactado en Weimar en 1919)”. *Ibidem*, p. 522.

71 Mario de la Cueva considera que con la Constitución de Weimar culminó “la obra jurídica más importante de la primera posguerra mundial”, en la que plasmaron “los ideales de una democracia social y muchos de los anhelos de los trabajadores”. *Derecho mexicano del trabajo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1961, t. I, p. 45. Además de la crítica de Schmitt, otros autores de aquel tiempo cuestionaron la Constitución de 1919. Larnaud se preguntó por la capacidad de los alemanes para servirse de los instrumentos de la libertad constitucional, y censuró el hecho de que bajo el rubro de los derechos y deberes de los alemanes, la ley fundamental llevase a cabo una expropiación organizada de los derechos individuales. *Cfr. La Constitution de l'Empire Allemand du 11 Août 1919*, trad. de Joseph Dubois, París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919, pp. 8 y 9.

72 En este sentido, Biscaretti di Ruffia, que destaca la gran distancia entre los países que aportaron los modelos constitucionales y los Estados en vías de desarrollo, que opera “en una ‘dimensión’ de tiempo y de ambiente notoriamente diversos, con un retraso sobre la primera categoría que en ocasiones supera el siglo de progreso civil”. *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit., pp. 140 y 141. “Las condiciones de subdesarrollo económico y social de esos países... confieren (a sus constituciones) una existencia en gran parte teórica o libresca...”. *Ibidem*, p. 516.

73 Sobre la situación de la materia hasta el final de la década de los sesenta, *cfr.* García Ramírez, *Lo social en los sistemas jurídicos constitucional e internacional contemporáneos*, en *rev. cit.*, pp. 139 y ss. El Estado social se halla ampliamente desarrollado en América Latina —escribe Humberto Quiroga Lavié— “a partir de una programática constitucional proficua, que muchos quieren ver como catálogos de ilusiones...”. En el ámbito prestacional de las Constituciones del área figuran: protección de la salud, la cultura, la familia, la ciencia y la tecnología, régimen de reforma agraria, asistencia, seguridad y previsión social, así como protección del deporte. “Estudio introductorio” a *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. Las Constituciones latinoamericanas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 32-34. Sobre esta materia, más ampliamente, del mismo Quiroga Lavié, *cfr. Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 77 y ss.

74 Loewenstein manifiesta que “un conocido ejemplo de constitución condicionada ideológicamente es la mexicana de 1917, con su expresa orientación hacia un orden social de tipo socialista”. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 212.

75 “Todas las constituciones suelen consagrar... en medida más o menos amplia, disposiciones  
DR © 2000.

mentales que no se reconocen solamente como políticos, sino aspiran a ser Constituciones político-sociales.<sup>76</sup>

Ahora bien, el horizonte excepcionalmente ambicioso de ciertas leyes supremas —entre ellas la mexicana— permite la calificación que algún tratadista les asigna: constituciones nominales, giro que no aparea, por fuerza, una censura; son textos que no se trasladan íntegramente a la realidad; presididos por una intención política plausible, “aspiran” a organizar la sociedad, pero no lo consiguen absolutamente; su función primaria es “educativa”, y su pretensión última, “normativa”. Apuntan, pues, en cierta dirección, que aún no se alcanza.<sup>77</sup> Obviamente, es variable, relativo, el carácter nominal de una Constitución política. En un extremo insostenible se hallaría el absoluto divorcio entre la ley y la realidad; en otro, la progresiva conformidad de la realidad con el texto de la ley.<sup>78</sup>

directivas o programáticas”, señala Biscaretti di Ruffia. *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit., p. 537. El mismo autor recuerda un caso histórico en la referencia a cuestiones de carácter moral. Se trata de algunos artículos introductorios del texto de la Constitución francesa del 22 de agosto de 1995: “*Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux*” (artículo 4o.); y “*Celui qui, sans enfreindre ouvertement les lois, les élude par ruse ou par adresse, blesse les intérêts de tous: il se rend indigne de leur bienveillance et de leur estime*” (artículo 7o.). *Ibidem*, p. 588, nota 10.

<sup>76</sup> García Oviedo alude a Constituciones político-sociales, frente a las exclusivamente políticas. *El constitucionalismo de la postguerra*, cit., p. 148. El estado mexicano de Campeche expidió en 1957 una Constitución político-social. Un decreto de diciembre de 1961 devolvió al ordenamiento su denominación de política, solamente.

<sup>77</sup> Loewenstein escribe: “Lo que la constitución nominal implica es que los presupuestos sociales y económicos existentes... en el momento actual operan contra una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación, de hecho, impide, o no permite por ahora, la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política... La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella”. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 218.

<sup>78</sup> Sostiene Loewenstein que “Iberoamérica continúa siendo, tanto antes como ahora, el terreno tradicional en el que se asienta la constitución nominal”. Al tiempo de escribir su obra, manifiesta: “No se puede desconocer, sin embargo, los progresos innegables hacia un proceso normativo; Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, México y Costa Rica persisten, aunque con interrupciones ocasionales, en un auténtico normativismo”. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 220. En su conjunto, esta descripción debiera reexaminarse a la luz de la situación iberoamericana actual, a dos décadas de la situación que consideró aquel tratadista. Quiroga Lavié examina este mismo asunto. En su análisis señala —con razón, en mi concepto— que “el caso de México es de suma peculiaridad en nuestro continente”. *Derecho constitucional latinoamericano*, cit., pp. 17-19.

## X. REFORMAS CONSTITUCIONALES

### 1. Razones y vertientes. El quehacer del Estado

No se detuvo en 1917 la historia de las Constituciones, y ni siquiera la biografía particular de la Constitución de los mexicanos. A ésta arribaron constantes novedades. Conviene reconocer que nuestra Constitución “rígida” ha demostrado ser muy “flexible”.<sup>79</sup> En México, la copiosa reforma constitucional<sup>80</sup> obedece a una serie de factores que conviene examinar objetivamente;<sup>81</sup> si no se hace, el lector abrumado acabará por suponer que sólo hubo “manía” reformadora y que la ley suprema es apenas un “traje de Arlequín” hecho a retazos, como se ha dicho, con notable ligereza, más de una vez.

El hecho de que la Constitución mexicana sea un documento de normas y programas, de preceptos y esperanzas, contribuye al nerviosismo del parlamento. La ley fundamental tiene, en consecuencia, lo que podríamos llamar una “vocación por la reforma”: sea el cambio, sea la adición. No sucedería lo mismo si desde el origen se hubiera dejado a la norma secundaria, como quisieron los juristas del Constituyente, toda la materia “reglamentaria”, o si a la manera de la Constitución estadounidense, la nuestra sólo contuviese la estructura del Estado, las atribuciones de sus órganos, el pacto federal —que aquí ha sido tema de constantes reformas constitucionales— y un conjunto irreductible de derechos fundamentales.

Ya me referí a la pretensión integradora del Constituyente de 1916-1917; esa pretensión es oriunda de una experiencia, que luego ha genera-

79 Acerca de la revisión constitucional, *cfr.* Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, *cit.*, pp. 546 y ss.

80 Véase la relación y la materia de las reformas constitucionales en Gutiérrez S., Sergio Elías y Rives S., Roberto, *La Constitución mexicana en el siglo XX*, México, 1994. Asimismo, Palacios Alcocer, Mariano, con un amplio examen sobre las reformas realizadas y los grandes retos sociales, muchos de los cuales son, igualmente, temas de la Constitución: *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995. Es muy ilustrativa la descripción de las reformas constitucionales en general —con la clasificación pertinente— y de las modificaciones en el rubro del constitucionalismo social que proporciona Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, Porrúa, 1995, esp. pp. 60 y ss., 191 y ss. y 247 y ss. Además, Valadés, Diego, *Constitución y política*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 77 y ss.

81 *Cfr.* García Ramírez, “La reforma constitucional”, en Varios autores, *Vigencia de la Constitución de 1917. LXXX aniversario*, México, Archivo General de la Nación, 1997, pp. 253 y ss. Véase una explicación sobre los factores de la “reforma (constitucional) profusa” en México, en Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano...*, *cit.*, pp. 55 y ss.

do un receloso temperamento; por ello se desea poner “todo”, o “casi todo”, al abrigo de los vientos que pudieran sobrevenir; la bahía de protección es la norma constitucional; llevemos a ella, pues, nuestras conquistas. Por ende, el hilo de las reformas constitucionales expresará con frecuencia el itinerario de los progresos —o lo que en un momento se ha calificado como tales— que consigue o se propone la nación, o por lo menos su gobierno.

Por último, las reformas se alimentan con la impotencia del Poder Judicial para incluir en la ley fundamental cambios de todo género, pequeños o mayúsculos, por la vía de la interpretación judicial,<sup>82</sup> a diferencia de su homólogo estadounidense, que ha impreso a las palabras de la ley contenidos diferentes, al calor de las nuevas condiciones de vida.<sup>83</sup> Esta es una forma eficaz de acomodar las palabras a los hechos, que no se halla en las manos de los jueces mexicanos, ni por encomienda constitucional, pues ha predominado el concepto de los efectos relativos de la sentencia de amparo, ni por la puerta que abrió el artículo 133 en favor del control difuso de la constitucionalidad de las normas secundarias, una puerta por la que no ingresó la justicia ordinaria. Ni siquiera la reforma judicial constitucional de 1994,<sup>84</sup> tan desacertada en algunos extremos —como éste—, ha permitido francamente el “ajuste” judicial de la Constitución.

Las reformas constitucionales han abundado en dos direcciones, sobre todo: una, la “distribución del poder”, obsesión de los legisladores;<sup>85</sup> otra, los textos sociales: programas, proyectos, aspiraciones. Esto último amplía el ámbito social de la carta mexicana. No sobra tomar nota de que muchas normas sociales de los últimos años —llamadas, con razón o sin ella, “garan-

82 He aquí la fórmula concisa de esta vertiente reformadora: “Es función de los jueces decidir lo que la ley es en casos de litigio. Una Constitución es parte de la ley y, por lo tanto, cae dentro de la competencia de los jueces”. Wheare, *Las Constituciones modernas*, cit., p. 105.

83 En este sentido, véase, por ejemplo, la evolución que la jurisprudencia estadounidense ha impreso a los textos —intactos durante dos siglos— de las primeras enmiendas incorporadas a la Constitución de los Estados Unidos, el primer *bill of rights* de una carta nacional y federal, en Hickok Jr., Eugene W. (ed.), *The Bill of Rights, Original Meaning and Current Understanding*, Charlottesville y Londres, The University Press of Virginia, 1991.

84 Que amply enmienda en mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997.

85 Me refiero a la asignación o distribución de facultades en dos vertientes. De un lado, entre los poderes de la Unión (y los poderes de las entidades federativas, consecuentemente); del otro, entre los planos o niveles del Estado mexicano: la Federación, los estados de la Unión, el Distrito Federal y los municipios. Sobre el primer campo, por ejemplo, es elocuente la inagotable sucesión de reformas al artículo 73 constitucional, que fija las potestades del Congreso de la Unión, y en rigor establece el “espacio” jurídico —y político— de la Federación.

tías”— dan universalidad, como es propio de los derechos humanos, a disposiciones que nacieron vinculadas con los textos relativos a la cuestión obrera. Tales son los casos, por ejemplo, del derecho al cuidado de la salud, a la protección de los menores y la familia, a la vivienda digna. Así, se “universalizan” algunos derechos que nacieron “sectorizados”.

Es evidente que los cambios constitucionales en materia social, así como sus conexos naturales, las variaciones en el quehacer del Estado vinculadas con la economía y otros sectores de la vida social, ofrecen un buen panorama sobre las relaciones entre el individuo, la sociedad y el poder formal. En otras palabras, ponen de manifiesto lo que perdura y lo que se modifica en el proceso —muy activo desde hace algunos lustros— de la llamada “reforma del Estado”. Por supuesto, ésta no se confunde con el “adelgazamiento de la administración” ni con la simple revisión de procedimientos para la buena marcha de los servicios públicos.<sup>86</sup>

Hoy asistimos a una “crisis del Estado social”, cuyas causas no procede analizar ahora. Consecuencia de aquélla, asociada al retraimiento del Estado y de su intervención en los procesos sociales y económicos, es “vaciar a la democracia de ese contenido socioeconómico. Es a lo que responde el desideratum expresado en la fórmula ‘la economía fuera de la política’”.<sup>87</sup>

En mi concepto, y por lo que toca al tema central de este ensayo, el momento de quiebre se localiza en 1988: hasta esa fecha persistió el acostumbrado sentido social en las reformas constitucionales; posteriormente, éstas adquirieron otro significado, más o menos intenso, con alguna salvedad: tal es el caso de la reforma en el artículo 4o. a propósito de la cuestión indígena. Estamos ante el producto de la “modernización” de México, la “reforma del Estado”, la “globalización”. Entró en crisis el Estado benefactor, sin perder el membrete de Estado social.

A pesar de que “formalmente” se conserva la denominación de social, el “nuevo” Estado tiene un signo cada vez más diferente del que mantuvo mientras prevalecieron las tendencias político-sociales derivadas en forma expresa de la Revolución mexicana. Me limitaré a mencionar, en se-

86 Cfr. García Ramírez, “El Estado de Derecho”, en Varios autores, *Estado de derecho*, México, Barra Mexicana de Abogados-Editorial Themis, 1997, pp. 57-60.

87 Cabo Martín, Carlos de, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 229. Otras consecuencias que el autor examina son la reducción de las diversas formas de participación a una sola: electoral, la actividad de los parlamentos como cuerpos que legitiman las decisiones básicas que se toman fuera de ellos y la ausencia de los partidos del escenario en que se plantea el conflicto básico. *Ibidem*, pp. 229 y 230.



guida, algunos de los cambios constitucionales más relevantes —recientes, en su mayoría, salvo la reforma de 1945 al artículo 3o.— de signo social. Varios se agrupan en el artículo 4o., centro de recepción de distintas materias; empero, el espíritu de éstas es más o menos uniforme, como se dijo en alguno de los procesos reformadores.

Obviamente, no me sería posible examinar ahora todos los cambios que se han producido en los textos constitucionales sobre garantías o derechos sociales, tanto los que refuerzan la orientación de 1917, como las que introducen verdaderos virajes<sup>88</sup> e inician la posible “nueva” Constitución sobre la que volveré en la conclusión de este trabajo. Los artículos 27 y 123 han sido reformados en múltiples ocasiones; se han incorporado nuevos horizontes, así como variaciones relevantes, que suscitaron grandes debates, no agotados. El artículo 123 (relaciones laborales) ha resistido la avalancha reformadora de los últimos años,<sup>89</sup> que se cierne también sobre la Ley Federal del Trabajo, no tocada recientemente, y que puede alterar el curso de esta expresión social del constitucionalismo mexicano.<sup>90</sup> En el artículo 27 (dominio de la nación y materia agraria) han menudeado las reformas.

## 2. Derecho al trabajo

Por lo que hace al artículo 123, considero indispensable hacer referencia a la reforma propuesta en iniciativa del 13 de septiembre de 1978,<sup>91</sup>

88 En un interesante estudio sobre los cambios en el derecho mexicano, Sergio López Ayllón destaca que “en los últimos años, las reformas constitucionales han modificado algunos elementos que habían sido considerados piedras angulares del sistema; en particular, las reformas a los artículos 3, 4, 26, 27, 28, 94, 41 y 130. Esto significa que al diseño original se (ha) sobrepuesto un nuevo ‘modelo’, causa y consecuencia de las transformaciones que ha sufrido el país. Este ‘modelo’ de diseño imperfecto coexiste, al menos en ciertos elementos, en tensión con el otro”. *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 178.

89 Cfr. la presentación sumaria de las reformas al artículo 123 que hago en mi trabajo “Consideración sobre el artículo 123 constitucional”, en Varios autores, *75 aniversario de la Constitución Política...*, cit., pp. 179 y ss.

90 La marcha ascendente emprendida en Querétaro, “hoy se convierte en el camino de regreso al neoliberalismo. Las crisis capitalistas, periódicas y reincidentes y el fracaso económico del estatismo social con el intento, generalmente logrado, de extinguir el Estado de bienestar, han provocado que el derecho del trabajo y su hermana gemela, la seguridad social, entren hoy en una etapa de seria decadencia cuyas perspectivas, en este final del siglo XX, son difíciles de prever en el mejor de los casos”. Buen, Néstor de, “Los factores de la producción. El régimen del trabajo”, en García Ramírez (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, México, FCE, 1997, p. 53.

91 Que generó la reforma expedida por decreto del 8 de diciembre de 1978, publicada en el *Diario Oficial* del 19 del mismo mes.



que aportó un párrafo introductorio a dicho precepto, independiente de los apartados A) y B): “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley”. Se consideró entonces “llegado el momento de dar el paso que, no hace muchos años, sólo podía considerarse como una declaración de buenas pero irrealizables intenciones: consagrar a nivel constitucional el derecho al trabajo”.<sup>92</sup>

El derecho al trabajo constituye uno de los más relevantes derechos sociales, como se indicó en la exposición de motivos,<sup>93</sup> que tiene como contrapartida una obligación de la sociedad en su conjunto: “La responsabilidad del Estado, como sucede ante todo derecho social, consiste en propiciar, por medios legales, que dichas acciones se realicen”.<sup>94</sup>

### 3. *Reforma en materia agraria*

En materia agraria ha habido diversos cambios, que no es fácil exponer en tan reducido espacio. Quisiera resumir las características de las grandes etapas de la regulación constitucional: la que se inicia en 1917 y avanza —con cambios y vueltas— hasta 1992, y la que comienza en este último año. En síntesis, se puede decir que

los datos unificadores en el primer período, no obstante las diferencias ocasionales y las numerosas reformas incorporadas al artículo 27 de la Constitución, se hallan en el reparto de la tierra, por una parte, y la reducción o el condicionamiento de los derechos de los campesinos en aras de un designio tutelar, por la otra. En este ámbito y por tal motivo destaca la injerencia del Estado en las decisiones colectivas e individuales a propósito de la tenencia, la explotación y la defensa de la tierra. Posiblemente cabría agregar otro componente: la preferencia por los sistemas ejidal y comunal, que llegan a ser inalterables.

92 *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. XII, p. 761.

93 “Es conveniente destacar que el derecho al trabajo no es una garantía individual del sentido clásico del liberalismo; es un derecho social, con el correlativo deber que la sociedad reconoce como suyo. —Es de importancia social, jurídica y política, establecer claramente esta diferencia y de ahí que en vez de incluirla en el capítulo que la Constitución dedica a las garantías individuales, se sugiera hacer del párrafo que consagra el derecho al trabajo el primero de nuestro artículo 123—. Hacerlo no es sólo reconocer su origen, sino vincularlo mejor al derecho del trabajo, y, también, reconocer, una vez más, la visión de los constituyentes que hicieron de la nuestra la primera Constitución que estableció las garantías sociales”. *Idem*.

94 *Idem*.

El segundo periodo comienza con la reforma constitucional de 1992,<sup>95</sup> simbólicamente publicada el 6 de enero, misma fecha de expedición de la famosa ley agraria de 1915, con el evidente designio de mostrar el inicio de una nueva era en materia agraria. Sus datos unificadores poseen un signo contrario:

cesó el reparto de la tierra —que fue la bandera tradicional de la reforma agraria—, bajo la presión del crecimiento demográfico, el parcelamiento excesivo —que deriva en minifundismo o, menos aún, en microfundismo— y la eficiencia económica en la explotación agropecuaria y forestal. Además, se recuperó en buena medida —pero no totalmente— el imperio de la autonomía de la voluntad, esto es, hubo una amplia liberación jurídica de los campesinos, que implica liberación de las relaciones jurídicas y un consecuente retraimiento en el juego de prohibiciones dirigidas a los campesinos y atribuciones encomendadas a un Estado intervencionista. Si en la anterior etapa hubo intangibilidad o invariabilidad de las formas sociales de tenencia de la tierra, en ésta se abre la vía para las otras figuras de tenencia, reunidas en el concepto de dominio pleno, que nunca es, por supuesto, verdaderamente pleno.<sup>96</sup>

#### 4. Educación y democracia integral

A mi juicio, el artículo 3o. es el precepto crucial, fundamental, de la ley suprema:<sup>97</sup> en efecto, ahí figura un modelo de hombre y de nación, que se construye por medio de la educación. Una reforma de 1934 dispuso que fuese socialista la educación impartida por el Estado, y ordenó que la escuela organizara “sus enseñanzas y actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto del universo y de la vida social”. Estas proposiciones suscitaron una encendida polémica.

El 14 de diciembre de 1955 se promovió la reforma de aquel precepto,<sup>98</sup> con un reconocimiento explícito sobre la condición histórica que posee el tema de la educación.<sup>99</sup> Una extraordinaria aportación de esta refor-

95 Figura en el decreto del 3 de enero de 1992, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 del mismo mes.

96 García Ramírez, *Justicia agraria*, 3a. ed., México, Tribunal Superior Agrario, 1997.

97 Cfr. mi “Introducción”, en García Ramírez (coord.), *Los valores en el derecho mexicano...*, cit., pp. XII-XIII; también, en la misma obra colectiva, González Avelar, Miguel, “El artículo 3o. y los valores de la Constitución”, pp. 169 y ss.

98 Que culminaría en el decreto del 16 de diciembre de 1946, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de ese mes.

99 En la exposición de motivos de la iniciativa, dijo el presidente Ávila Camacho: “es natural...

ma fue el concepto de la democracia como “sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. Esta idea sobre una democracia social,<sup>100</sup> o, quizá mejor, integral, es una notable aportación del artículo 3o. a la Constitución mexicana, y en general al sistema jurídico-político de la nación.<sup>101</sup>

No obstante el extraordinario interés de estas nuevas fórmulas traídas por el proyecto, que fueron el sustrato de la idea educativa, pero también de la pretensión política, el tema no fue suficientemente analizado por el Constituyente Permanente. El debate, muy breve, se concentró sobre todo en la explicación de los motivos para el abandono de la norma anterior, asunto que ofrecía no pocas asperezas;<sup>102</sup> también se vio apremiado por la aparición de una “contrainiciativa” planteada por representantes obreros.<sup>103</sup>

### *5. Igualdad entre el varón y la mujer. La familia*

La amplia reelaboración del artículo 4o. constitucional comenzó con la reforma proveniente de una iniciativa presidencial del 18 de septiembre de 1974.<sup>104</sup> Ésta abordó una de las cuestiones más relevantes dentro de la orientación social del derecho —pero también, bajo cierta perspectiva, de la orientación liberal o individualista—, a saber: la igualdad entre el va-

que, a cada instante de hondas definiciones, haya correspondido en la historia de nuestra patria un intenso examen de los principios que rigen la educación; es decir: de la dirección en la que los hombres que están haciendo nuestro presente creen adecuado trazar la ruta por la que los hombres de mañana desfilarán”. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, LV Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1994, t. I, p. 381.

100 Para una reflexión sobre la idea de democracia social, que aparece primeramente en Tocqueville, *cfr.* Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salamon, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993, pp. 5 y ss. El autor expone diversas acepciones de aquel concepto. Señala que la “democracia sin adjetivos” es la política; si ésta no existe, las democracias social y económica —en algunas de sus acepciones— corren el riesgo de ser destruidas o amordazadas. *Ibidem*, p. 8.

101 *Cfr.* González Avelar, “Educación y democracia”, *La Constitución de hoy...*, *cit.*, pp. 168 y ss.

102 A este respecto, es muy ilustrativa la intervención del diputado profesor Ramón G. Bonfil, que rescata los méritos del precepto reformado en 1934, pondera el trabajo de los maestros normalistas y justifica el proyecto de 1945, “que condensa el problema fundamental de la vida de México, la educación”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *cit.*, t. I, pp. 396-398.

103 La existencia de dos proyectos determinó que la propuesta presidencial fuese aprobada por mayoría de 67 en favor y 10 en contra. *Cfr.* *Derechos del pueblo mexicano...*, *cit.*, t. I, p. 404.

104 Que dio origen al decreto del 27 de diciembre de 1974, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 del mismo.

rón y la mujer, más allá de la igualdad bajo el rubro de la ciudadanía, que ya constaba en el artículo 34, merced a una reforma de 1953.<sup>105</sup>

A esa referencia se añadieron otras de suma importancia para nuestro asunto: por una parte, la protección a la familia; por la otra, el derecho de todas las personas a resolver de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, tema que se asocia íntimamente a la reivindicación de la mujer y a la previsión sobre la familia. En la consideración parlamentaria de la propuesta del Ejecutivo se aludió al propósito de consagrar “nuevas garantías individuales y sociales que constituyen un anhelo de las mujeres y del pueblo de México”.<sup>106</sup> Alguna duda se elevó sobre la naturaleza jurídica de las novedades planteadas.<sup>107</sup>

La igualdad entre los sexos pretende “fortalecer la construcción de una sociedad justa formada por hombres y mujeres solidarios; lograr un sistema de vida en condiciones abiertas y desprovisto de determinismos y sujeciones aberrantes”, señaló la exposición de motivos; con esto se “enriquece la ideología libertaria y de solidaridad social de nuestra Constitución”.<sup>108</sup> Este proceso abarcó, asimismo, algunos cambios en el artículo 123 constitucional, para actualizar —se explicó— las garantías sociales laborales<sup>109</sup> y avanzar en la igualdad entre el varón y la mujer trabajadores, y puso en movimiento una amplia revisión de varias leyes secundarias, referentes a diversas cuestiones importantes para esta materia.<sup>110</sup> Por

105 Cfr. la descripción de este proceso de reforma en García Ramírez, *La ciudadanía de la juventud*, México, Cultura y Ciencia Política, 1970, pp. 131 y ss.

106 Así, en la intervención de la diputada Margarita García Flores. Cfr. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, p. 1254.

107 En este sentido, la intervención del diputado Juan José Hinojosa: con referencia directa a la igualdad entre los sexos, señaló el legislador que “la preocupación y la inquietud descansan en saber si se trata realmente de una garantía individual que forma parte del capítulo de los derechos fundamentales que establece la Constitución, o se trata simplemente de la declaración de un propósito bueno en esencia pero que no constituye en realidad una garantía individual”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, p. 1272.

108 *Ibidem*, pp. 1241 y 1242.

109 Tras recordar el mérito del Constituyente de Querétaro al incorporar la cuestión del trabajo entre las garantías sociales, se advirtió que “a casi cincuenta años del establecimiento de las garantías sociales contenidas en el artículo 123, apartado A, la evolución del país ha dado un nuevo contenido al concepto del bienestar y la dinámica propia del derecho social nos invita, en consecuencia, a remodelar en nuestra ley suprema determinados preceptos fundamentales que orientan la legislación reglamentaria del trabajo”. *Ibidem*, pp. 1243 y 1244.

110 En la exposición de motivos, el presidente Echeverría mencionó que “resulta indispensable proceder a una completa revisión de los ordenamientos que, en uno u otro ámbito, contemplan la participación de la mujer en los procesos educativo, cultural, económico y social”. *Ibidem*, p. 1240.

lo que hace a la tutela que se brindará a la familia, el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados observó que “un trascendental avance en la actualización de las instituciones jurídicas nacionales, habrá de operarse de ser aprobada esta nueva garantía social”,<sup>111</sup> concepto que se repetiría en las intervenciones de diversos legisladores.<sup>112</sup> La reforma no estableció solamente obligaciones a cargo del Estado: también de los particulares —los padres del menor de edad—, como suele ocurrir en la conformación de los derechos o garantías sociales. En el dictamen redactado en la Cámara de Senadores hubo expresa referencia sobre este asunto.<sup>113</sup>

Énfasis especial puso la iniciativa en el derecho de las personas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos. En ese tiempo se había cargado el acento, por primera vez, en los severos problemas demográficos de México y en la urgencia de afrontarlos racionalmente.<sup>114</sup> En el debate se aludió al carácter de garantía social que reviste la nueva fórmula sobre temas poblacionales.<sup>115</sup>

## 6. Vivienda

El 24 de septiembre de 1981 se propuso adicionar al artículo 4o. un párrafo que estatuiría: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda

111 *Ibidem*, p. 1249.

112 Por ejemplo, la diputada Margarita García Flores mencionó que “la consideración de que este derecho (el relativo a la familia) corresponde a las garantías sociales reconocidas por el Estado moderno se justifica plenamente por no referirse a un derecho del ser humano como tal simplemente, sino que reconoce y ubica al sujeto como un ser eminentemente social cuyos actos sólo son concebibles dentro de ese contexto, confiriéndole el derecho a la protección del Estado en tanto es integrante del núcleo primordial de la sociedad”. p. 1255. El diputado Luis del Toro Calero mencionó que la norma sobre protección a la familia contempla “una garantía social”, “porque le atribuye a la ley... la obligación de adoptar, de contar y de proporcionar los medios para la organización y desarrollo de la familia”. *Ibidem*, p. 1284.

113 “Ante (la) panorámica del nacimiento y evolución de las garantías sociales en nuestro país, es de destacarse que el artículo 4o. constitucional está exigiendo que se le complemente con el señalamiento del deber de los padres para preservar los derechos del menor y la protección subsidiaria que al mismo propósito presten las instituciones públicas”. *Ibidem*, p. 1309.

114 La exposición de motivos declaró: “Poner en el vértice de los anhelos nacionales el bienestar de la población, hacer de ésta el centro rector de los programas de desarrollo, acentuar los aspectos cualitativos de la reforma demográfica y promover la planeación familiar como un moderno derecho humano para decidir libre, informada y responsablemente la estructura de la célula básica social, son los factores medulares que han orientado la tarea demográfica del país y que ahora inspiran la reforma constitucional que se consulta”. *Ibidem*, p. 1242.

115 La senadora Marta Chávez Padrón examinó el desarrollo del artículo 4o. constitucional, al que se han llevado nuevos temas. “Esto explica históricamente, que este precepto se encuentre enclavado bajo el rubro de las garantías individuales, pero sentimos que hacia el futuro llega al lindero de las garantías sociales al rozarse con la política poblacional”. *Ibidem*, p. 1314.

digna y decorosa. Este derecho será garantizado por el Estado”. Es interesante observar que la iniciativa provino de diputados pertenecientes a un partido opositor, el Partido Popular Socialista, circunstancia insólita en la práctica parlamentaria de México en esos años. El dictamen aludió a la incorporación de una nueva garantía social.<sup>116</sup> Finalmente, se aprobó la adición con un cambio en la segunda frase; fue reformulada la referencia al Estado como garante del derecho de la familia —no del individuo— a contar con vivienda digna: “La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.<sup>117</sup>

### 7. Protección de la salud

El 20 de diciembre de 1982, el Ejecutivo propuso una nueva adición al artículo 4o.,<sup>118</sup> esta vez para establecer el derecho a la protección de la salud. En la exposición de motivos se subrayó en diversos momentos el carácter social de esta medida.<sup>119</sup> Otro tanto se hizo en el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores<sup>120</sup> y en el análisis del asunto en este cuerpo.<sup>121</sup>

116 *Ibidem*, p. 1371.

117 Decreto del 19 de enero de 1983, que fue publicado el 7 de febrero siguiente.

118 Figura en el decreto del 2 de febrero de 1983, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero del mismo año.

119 En la iniciativa, el presidente De la Madrid mencionó: “La savia revolucionaria ha permitido el cambio que demanda la sociedad bajo la conducción del derecho, y ha ido ampliando el alcance y el ámbito de las garantías sociales tendientes a asegurar a los mexicanos las condiciones culturales, económicas y sociales que requiere su cabal desenvolvimiento”; “la garantía social que proponemos vendría a enriquecer el contenido programático de la Constitución de Querétaro, compendio supremo del proyecto nacional...”; “el carácter social de este derecho impone a los poderes públicos un deber correlativo al que consideramos se puede hacer frente, si existe solidaridad, responsabilidad pública, voluntad política y capacidad de ejecución”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, pp. 1347 y 1348.

120 Sostuvo: “En efecto, la iniciativa del jefe del Estado mexicano enriquece el conjunto de las prerrogativas individuales, pero de raigambre y esencia social, en cuanto que reconoce a toda persona el derecho a la protección de la salud...”. p. 1352.

121 En su intervención en la dicha Cámara, la senadora Myrna Hoyos de Navarrete manifestó: “Los defectos del concepto de salud y del propio derecho social como actividades altruistas, no se deben más que a las ideas dominantes en la materia, que daban a las leyes de protección un carácter de concesión graciosa del Estado, ideas que se han transformado en desarrollo del derecho social que introduce un nuevo sentido... La respuesta de las democracias es el derecho social, porque trata de establecer sin mengua de las libertades humanas un orden justo de convivencia.” *Ibidem*, pp. 1355 y 1356.

## 8. La cuestión indígena

La más reciente adición al artículo 4o., promovida por iniciativa del 7 de diciembre de 1990,<sup>122</sup> aborda un antiguo e insoluto tema de México: la cuestión indígena. Aparecen en la Constitución, por una parte, el reconocimiento de que “la nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”;<sup>123</sup> y por la otra, una serie de medidas conducentes a aplicar ese reconocimiento y respetar o proteger a los pueblos indígenas.<sup>124</sup> Es importante destacar que el sujeto de la adición constitucional no es solamente el “individuo” indígena, sino también el “pueblo”, lo cual enlaza con reconocimientos —y consecuentes obligaciones— asumidos por el Estado mexicano.<sup>125</sup> Aquí nos hallamos ante derechos colectivos de los pueblos e individuales de sus integrantes; en alguna importante medida, aquéllos son continente y resguardo de éstos.<sup>126</sup>

122 Dio lugar al decreto del 27 de enero de 1992, que apareció en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero.

123 Se estima que se han extinguido entre 93 y 112 pueblos indígenas en México, desde 1492. En 1992 había alrededor de doce millones de indígenas agrupados en 56 pueblos. *Cfr.* Méndez, Martha, “Pueblos indígenas existentes en México, Centro y Sudamérica”, en Van de Fliert, Lydia (comp.), *Guía para pueblos indígenas*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 501 y 502.

124 En un párrafo de la exposición de motivos se dice que esta iniciativa, presentada por el presidente Salinas de Gortari, “se suma a la voluntad de cambio y de conservación que los propios indígenas en su proceso de desarrollo escojan para sus tradiciones, sus formas de organización social y de vinculación con la naturaleza. Rehuye toda forma y vestigio de paternalismo, reafirmando el respeto a la libertad y plena ciudadanía de los indígenas. La reforma propuesta parte de reconocer diferencias y desigualdades. En el marco de nuestra ley suprema, respeta las primeras pero rechaza las segundas. Proporciona una base jurídica para proteger las diferencias que enriquecen al conjunto de la nación, pero no crea ningún privilegio ni establece una categoría diferente entre los mexicanos. Corresponde con el principio de solidaridad para enfrentar la desigualdad y la injusticia con la participación de la sociedad”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, p. 1388.

125 México ratificó el Convenio 169 de la OIT, de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales. Según el artículo 1.1, b), éste es aplicable a “los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas... 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. El Convenio 169 se refiere a “pueblos”, a diferencia de su antecesor, el Convenio 107, que lo hizo a “poblaciones”; así, se refuerza “la idea de que no se trata de agrupaciones de individuos, sino de sociedades con identidad, dignidad y organización social propias”. Tomei, Manuela, “Pueblos indígenas, derechos y desarrollo. El Convenio número 169”, en Van de Fliert (comp.), *Guía para pueblos indígenas*, cit., p. 54.

126 Me refiero a este tema en diversos artículos: “Los derechos de los indígenas”, en Varios autores, *Cultura y derechos de los pueblos indígenas en México*, México, Archivo General de la Nación © 2000.

En el dictamen de la Cámara de Senadores se expone el signo característico de la legislación social, que implica “un reconocimiento expreso de situaciones diferenciales que son indispensables para mantener la convivencia social armónica y la posibilidad de alcanzar la justicia, sin detrimento del principio de igualdad ante la ley”.<sup>127</sup>

### 9. Orientación de la economía

La Constitución mexicana no contuvo, propiamente, un capítulo económico, en el sentido de que cierto número de artículos, agrupados sistemáticamente, se ocupasen en establecer la organización y el rumbo de la economía, cuya importancia determinante para la vida social y política sobra ponderar. Sin embargo, los preceptos “sociales” del origen —artículos 27 y 123—, así como el artículo 28 y otros mandamientos incluyeron disposiciones básicas para ese fin. Diversas reformas y adiciones vendrían a fincar la “idea” económica de la nación, cuyas expresiones constitucionales han sido diversas y en ocasiones contradictorias: progresos y regresos.

En este orden de cosas, es preciso mencionar por lo menos algunas vicisitudes en el artículo 28, más la aparición de nuevos textos en los artículos 25 y 26. Recordaré muy brevemente algunas de las innovaciones en estos preceptos. El 17 de septiembre de 1982 se presentó una iniciativa, que se transformaría en nuevo párrafo quinto del artículo 28, para que el servicio público de banca y crédito fuese “prestado exclusivamente por el Estado, a través de instituciones en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria...”.

Esa fue, evidentemente, una reforma de notable importancia, destinada a reconducir, con sentido social, el manejo del cuantioso ahorro privado que reciben y administran las instituciones bancarias. La iniciativa consideró que así se establecería una “conquista irreversible del pueblo mexi-

ción-FCE, pp. 149 y ss., también en *Cuadernos Americanos*, México, nueva época, año X, núm. 56, 1996, pp. 155 y ss.; y más extensamente, en “Los indígenas ante el Derecho nacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre de 1996, pp. 887 y ss.

127 *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, p. 1421. En su intervención, el senador Muñoz Ledo recuerda que “el Estado social de Derecho está originalmente vinculado al reconocimiento de las diferencias que existen entre los habitantes de una sociedad”. Refutó los argumentos adversos a la reforma basados en la violación del principio de igualdad ante la ley; no hay tal cosa en reformas de este carácter —precisó—: “lo que están concediendo son derechos adicionales para ciertas categorías de individuos que componen a la sociedad”. *Ibidem*, p. 1431.



cano”.<sup>128</sup> Dije antes que hacia 1988 se inició un viraje radical en el rumbo del país, que desde luego causó impacto en la Constitución. El 2 de mayo de 1990, menos de diez años después de la reforma de 1982, se presentó una iniciativa en sentido contrario,<sup>129</sup> que derogó el párrafo quinto del artículo 28.<sup>130</sup>

Un relevante conjunto de cambios constitucionales trajo consigo la iniciativa presidencial de reforma a los artículos 25, 26, 27 y 28, del 3 de diciembre de 1982,<sup>131</sup> que concurrió a construir el capítulo económico constitucional.<sup>132</sup> La Constitución contaría “por primera vez... con un conjunto explícito de atribuciones, consistente, definido en sus alcances, con instrumentos económicos perfeccionados y los fundamentos para llevar al derecho los nuevos conceptos económicos”.<sup>133</sup>

Al informar al Constituyente Permanente acerca de los motivos de la reforma, se observó que

el país requiere asumir el problema de la definición del rumbo de la estrategia de desarrollo a partir de principios constitucionales del desarrollo económico constitucional que actualicen y ordenen las atribuciones existentes, establezcan la seguridad jurídica y permitan romper con los principales obstáculos que en mayor medida limitan el cumplimiento de los fines de la nación.

128 En la exposición de motivos, el presidente López Portillo sostuvo: “La nacionalización de la banca tiene trascendental importancia para que el país pueda proyectar y apoyar el proceso de desarrollo económico, social y cultural de la nación con más celeridad, con mayor sentido patriótico y democrático, con más equilibrio, de manera más equitativa, racional y congruente y con mayor justicia social, por lo que el Ejecutivo a mi cargo considera que dicho principio debe ser elevado a rango constitucional, como una conquista irreversible del pueblo mexicano”. *Ibidem*, p. 101.

129 Acogida en el decreto del 26 de junio de 1990, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de junio.

130 Dijo el presidente Salinas de Gortari en la exposición de motivos que su propuesta se sustentaba en los siguientes elementos: “Primero, la impostergable necesidad de concentrar la atención del Estado en el cumplimiento de sus objetivos básicos: dar respuesta a las necesidades sociales de la población y elevar su bienestar sobre bases productivas y duraderas. —Segundo, el cambio profundo en el país de las realidades sociales, de las estructuras económicas, del papel del Estado y del sistema financiero mismo, modifica de raíz las circunstancias que explicaron la estatización de la banca. —Tercero, el propósito de ampliar el acceso y mejorar la calidad de los servicios de banca y crédito en beneficio colectivo, evitando subsidios, privilegios y abusos”. *Derechos del pueblo mexicano...*, *cit.*, t. V, p. 101.

131 Culminó en el decreto del 2 de febrero de 1983, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 del mismo mes.

132 A lo largo de muchos años, fueron presentadas diversas iniciativas en esta dirección, que recordó el dictamen de la Comisión Legislativa de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados (del 23 de diciembre de 1982). *Cfr. Derechos del pueblo mexicano...*, *cit.*, t. III, pp. 268 y 278 (la referencia a esta última página corresponde a las modificaciones incorporadas por la comisión dictaminadora).

133 Exposición de motivos, en *ibidem*, p. 255.

Puestas las reformas en la línea del constitucionalismo social, se invocó la congruencia de sus principios con la “esencia” de la Revolución mexicana.<sup>134</sup>

Numerosos puntos cubrió la reforma de 1982-1983, que no es posible agotar en este trabajo panorámico.<sup>135</sup> Entre ellos figuran: rectoría del desarrollo nacional a cargo del Estado, compatibilidad entre interés general y libertades constitucionales, economía mixta, impulso a sectores social y privado de la economía, planeación democrática, desarrollo rural integral, medidas contra la concentración económica,<sup>136</sup> apoyo al consumo popular, actividades estratégicas a cargo exclusivo del Estado (que no se concentran, por cierto, en las “propiedades” del gobierno, sino en el dominio de la nación, y que ha sido —y acaso será— objeto de revisiones en la etapa actual),<sup>137</sup> actividades prioritarias, etcétera. Se postulaba entonces la “vía mexicana” para el desarrollo, que durante mucho tiempo prevaleció.<sup>138</sup>

## XI. IDENTIDAD DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Dejo aquí esta revisión del sistema de derechos sociales en la Constitución mexicana. De su desarrollo se infiere que la raíz de nuestra Constitución —y del constitucionalismo que en ella y a partir de ella se desen-

134 El autor de la iniciativa, presidente De la Madrid, hizo notar en la exposición de motivos que “estos principios de filosofía política del desarrollo económico son consecuentes con la esencia de la Revolución Mexicana, con la necesidad de un desarrollo equilibrado y formas más modernas de organización económica, sin que se altere la estructura de nuestro orden normativo y constitutivo de gobierno”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., pp. 15 y 16.

135 Véase una amplia revisión de los nuevos textos constitucionales de contenido económico, en Ruiz Massieu, José Francisco y Valadés, Diego, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 3 y ss.

136 Con respecto a este asunto, siempre importante para el liberalismo económico, que a título de prohibición de monopolios fue tema relevante del artículo 28 y adquirió un nuevo sentido social en la reforma promovida en 1982, la exposición de motivos dijo: “De no adoptar una decisión realista y sustantiva para regular la concertación económica, el poder económico quedaría en unas cuantas manos, distanciándose y haciéndose depender las principales decisiones de la voluntad de unos cuantos individuos”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. III, p. 258.

137 La reforma al artículo 28 constitucional, contenida en el decreto del 1 de marzo de 1995, y publicada el 2 de marzo, retiró del catálogo de áreas estratégicas la comunicación por vía satélite y los ferrocarriles, como la contenida en el decreto del 26 de junio de 1990 y publicada al día siguiente había revertido la nacionalización bancaria.

138 Sobre el particular, la exposición de motivos previno: “Nuestra modernización no busca repetir el camino de los países hoy industrializados, sino que se formula a partir de la identidad nacional. Requiere para ser eficaz en el contexto de fuerzas e intercambios que determine la escena mundial, encontrar bases de solidaridad y previsión de rumbos para la acción de los tres sectores de la economía mixta bajo la rectoría del Estado”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., p. 258.

volvió— se localiza precisamente en el acento social con que el Constituyente revolucionario, primero, y el Permanente, luego, quisieron distinguir la vida de la nación.

Por supuesto, el ordenamiento supremo del país sirvió y ha servido a otros objetivos, inherentes a un texto constitucional. Empero, no son éstos, a pesar de su enorme importancia, el suceso característico de la Constitución mexicana y de las fuerzas sociales y las ideas —tan diversas, y en ocasiones antagónicas— en que se ha sustentado. Se trata de la más “mexicana”, si cabe la expresión —y creo que cabe perfectamente—, de las decisiones políticas fundamentales que acoge nuestra ley suprema.

No se cumplió ese designio “constituyente” en un solo acto, la carta de 1917, que sentó sus bases de manera clara y explícita, sino prosiguió a lo largo de muchos años —siete décadas intensas— en que fungió como “hilo conductor” de una constante reelaboración de textos constitucionales. Ciertamente hubo novedades debatibles y debatidas en ese periodo. Empero, el dato persistente, entre avances y retrocesos, fue siempre el proyecto social de la Revolución mexicana. Ya se dijo que la carta de 1917 no es, en modo alguno, una Constitución neutral, un ordenamiento de gabinete. Su compromiso político inicial —tras una de las más grandes y graves crisis en la vida de México y del derecho mexicano, que se manifestó en 1910 y 1917— ha sido, en términos generales, su más insistente compromiso.

En fin de cuentas, el horizonte de la Constitución “mexicana”, como la hemos conocido y como subsiste, todavía en buena parte, tiene también esos datos característicos. Los conserva en el modelo de individuo y sociedad, y en la noción de democracia integral que postula el artículo 3o., así como en la idea del proyecto nacional al que alude el artículo 26. La Constitución y la nación se reconocen en esos conceptos, y con ellos han mirado hacia el porvenir.

Sin embargo, soplan vientos diferentes. Bajo ellos se ha emprendido una revisión del Estado, y no menos explícitamente, de las “reglas de vida” del pueblo mexicano. Se ha erosionado eso que llamé la Constitución “mexicana”, con reformas que varían el camino y ponen la mirada en otro destino. “El desmontaje del Estado social corresponde a la erosión sistemática de las normas constitucionales relativas a ese tema”.<sup>139</sup>

139 García Ramírez, “La Constitución mexicana y el Estado de Derecho social”, *La Constitución de hoy...*, cit., p. 159.

Este género de modernización —influida por un discutible modo de entender y recibir la “globalización”<sup>140</sup> que avanza inexorablemente— puede desembocar en una Constitución diferente,<sup>141</sup> aunque no se confiase.

No carecemos de experiencia en estas cosas. La propia Constitución de 1917 nació como reforma de la carta de 1857, y así se denominó. Sin embargo, entre ésta y aquella hubo una gran diferencia: precisamente la preocupación social, que íntimamente implica una grave preocupación moral del pueblo y del Estado que lo sirve. El viraje que pudiera llegar —o mejor dicho, proseguir— en el curso de otras reformas constitucionales nos conduciría a una nueva Constitución. Hoy ese es el dilema, no sólo para la carta suprema, desde luego, sino para la nación que se mira en su ley fundamental: mantener el rumbo histórico, que no es por fuerza un rumbo viejo, o tomar el camino que se le ofrece, que no es, por supuesto, un nuevo camino.

140 Sobre este problema, que atañe a la localización misma de la Constitución de 1917 en el mundo contemporáneo, *cfr.* Cordera, Rolando, “Globalidad y Constitución”, *ibidem*, pp. 151 y ss.

141 Utilizo esta expresión en un sentido distinto del que se atribuye a la idea de una “nueva Constitución”, como ésta ha sido planteada por algunos de sus promotores. *Cfr.* Muñoz Ledo, “¿Nueva Constitución?”, en *ibidem*, pp. 165 y ss.

## SOBRE EL ESTADO DE DERECHO\*

El Estado de derecho es un asunto mayor del derecho y la política, pero sobre todo un tema fundamental del hombre. Porque éste, el ser humano común, del que es preciso hablar cada vez más y con mayor hondura, tiene y tendrá en el Estado a su aliado o a su tirano. Será aquéllo cuando le sirva para el proyecto que nos hizo concebir y aclimatar el poder político, criatura de la inteligencia: es decir, cuando haga su parte en el trabajo de la justicia. Y será lo segundo, cuando emprenda el camino contrario, por alguna de las dos vías que conducen a un destino oscuro: la acción que agobia al ciudadano o la omisión que lo deja en la intemperie. Leviatán navega con holgura en ambos mares: el del Estado “máximo” y el del Estado “mínimo”; son dos rutas para que se arrolle al hombre.

El derecho es un antiquísimo dato de la vida humana. Montesquieu resumió su origen en unas líneas: cuando los hombres comienzan a vivir en sociedad, “concluye entre ellos la igualdad y empieza el estado de guerra”, trátense de las naciones entre sí, trátense de los individuos, unos contra otros. “Ambos estados de guerra —concluye— han hecho que se establezcan las leyes entre los hombres”.<sup>1</sup>

Pero el Estado no tiene ese remoto advenimiento; no, al menos, en el concepto que ahora prevalece, salvo que identifiquemos Estado con derecho y les pongamos, por ende, una sola fecha de nacimiento. La palabra misma data apenas de unos siglos. Maquiavelo fue el primero en utilizarla, cuando advierte que “Todos los Estados, todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados”.<sup>2</sup> Así ingresa la voz Estado en la literatura científica.<sup>3</sup> No

\* Versión ampliada del trabajo publicado en la *Memoria del V Congreso Nacional de Abogados*. Dicho congreso fue organizado por la Barra Mexicana. Colegio de Abogados, en Guanajuato, y la intervención del autor se llevó a cabo el 16 de septiembre de 1996. Cfr. “Estado de derecho”, en Barra Mexicana. Colegio de Abogados, *Estado de derecho*, México, Themis, 1997, pp. 47-60.

1 *Del espíritu de las leyes*, 4a. ed., trad. de Nicolás Estevanez, México, Porrúa, 1980, p. 5.

2 *Tutti li stati, tutti e' domini che hanno avuto ed hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o reppubliche o principati*.

3 Cfr. Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, México, Compañía Editorial Continental, 1956, p. 106.

estudiaré ahora la formación del Estado moderno. Baste decir, con Jellinek, que nace “gracias a haber dominado el doble dualismo que forman rey y pueblo y el poder espiritual y temporal”.<sup>4</sup>

Sobre el Estado, primero, y acerca del Estado de derecho, luego, hay tantas acepciones como perspectivas para entender los conceptos que lo integran: el Estado y el derecho. Además, bajo esta expresión parecen acogerse, a título de sinónimos o equivalencias, conceptos tales como Estado moderno y *rule of law*.<sup>5</sup> Se trata, pues, de un personaje en el fondo del caleidoscopio: con los mismos elementos, será distinto cada vez que giremos la mano. Es cosa de perspectivas y, en cierto modo, de convenciones. Aquí no impugno ni propugno alguna de las doctrinas que se acuñaron sobre el Estado. Es probable que todas sean más o menos válidas —en principio y desde cierta óptica— para comprender esa figura entrañable de la vida política. Lo son bajo la idea, que también aquí opera, de que “las cosas tienen el color del cristal con que se miran”.

Hablamos profusamente del Estado, aunque sea para precavernos. Hablamos, sobre todo, de su reforma en ciernes, inminente, en curso o consumada; provisional o definitiva. Ese es el tema y ese es el *iter*, para tratadistas y ciudadanos comunes. Seguramente no se trata de analizar con neutralidad y sosiego un objeto de estudio que se agota en la reflexión del estudioso; una idea, un concepto, un artificio; apenas los ámbitos de vigencia del derecho mismo, como dijo Hans Kelsen, en una fórmula seductora.<sup>6</sup> Si esto fuera, el tema del Estado quedaría para los especialistas. Ellos podrían levitar, como suelen, y alojar sus hallazgos en los coloquios o en los libros.

Hoy viene a cuentas el Estado “real”, como vino a cuentas, hasta su derrumbe, el socialismo “real”, y como vendrá, hasta que ocurra lo que deba suceder, el liberalismo “real”. En fin, hay algo más importante e incisivo. Lo que hay es el asunto de las relaciones entre el poder, en amplio sentido, y el ser humano, en el estricto sentido de su fuerza y su circunstancia, su vocación y su realidad estrecha, su necesidad y su expectativa.

Cuando la mujer o el hombre contemporáneos, al cabo de la guerra fría, se yerguen frente al derecho y al Estado, lo que hacen es proponer

4 *Ibidem*, p. 265.

5 Cfr. Biscaretti di Ruffina, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las formas de Estado y las formas de gobierno. Las Constituciones modernas*, 2a. ed., trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1975, p. 44.

6 Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, 4a. reimp., trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1988, pp. 246 y ss.

sus requerimientos y aguardar a que aquéllos —derecho y Estado, los interlocutores que ha construido y tiene a la mano— suministren respuestas convincentes. Por supuesto, esto implica respuestas útiles, que confirmen la esperanza cifrada por los hombres —si es que lo siguen haciendo— en la organización política y la regulación jurídica. Querrán mirarse en un espejo y observar que las normas que ahí figuran corresponden efectivamente al diseño de los hombres concretos. Si esto es así, habrá la mayor probabilidad de que perciban al derecho como un orden justo, y al Estado como un medio eficiente para que aquél gobierne la vida. Y habrá, por lo tanto, la misma probabilidad de que resuelvan ante ellos mismos, por cuenta de su experiencia, que en efecto existe un Estado de derecho y que todos los poderes que éste apareja son, además de legales, legítimos. En cambio, si esto no es así, aparecerá —incierto al principio; después más enérgica— la reacción contraria: un repudio que disperse al Estado y al derecho, por ira o por hastío.

Los hombres que formulen este juicio sumario, que no es por fuerza somero, no responderán expresamente a los acertijos tradicionales: ¿Es la “unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio”, como propone un ilustre maestro alemán?<sup>7</sup> ¿Es una forma de llamar al “orden jurídico nacional”, como sostiene otro catedrático eminente?<sup>8</sup> ¿Es el depositario de la violencia? Lo que harán en su propio juicio —de donde proviene el juicio riguroso abierto al Estado en este momento de la historia— es rescatar y resolver de alguna manera el dato persistente de la vida: la noción de lucha entre cada hombre y su circunstancia, integrada por los otros hombres y por los medios que todos han provisto —o se supone que lo han hecho— para arreglar la existencia colectiva. Así, se colocarán en la última fase de la transmisión del poder, que comenzó por ser anónimo, fue luego individualizado y últimamente llegó a ser institucionalizado.<sup>9</sup>

Es verdad que esto nos conduce de vuelta a la hipótesis contractualista sobre el origen de la sociedad civilizada. Desde luego, me refiero a la civilidad en un sentido elevado: la virtud de la *civitas* como promotora del desarrollo. Y así ya estamos de regreso en el bosque donde se halla el

7 Jellinek, *Teoría general del Estado*, cit., p. 145.

8 Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 216.

9 Cfr. Burdeau, Georges, *Tratado de ciencia política*, trad. de Brunilda Gordon, México, UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, t. II, vol. I, pp. 115 y ss. Asimismo, cfr. Debbasch, Charles et al., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, Economica, 1983, p. 2.

árbol a cuya sombra celebraron los hombres el pacto social primigenio, que no se dirige sólo a explicar —y más bien justificar— la fundación del Estado, sino posee resonancias en otros campos; por lo tanto, resulta arbitrario —sostiene Burdeau— reducir esta teoría a la formación del Estado, “aislándola de todo el contexto filosófico al que debe su gran importancia”.<sup>10</sup> O bien, nos colocamos en algún origen concreto y perceptible, como supone González Pedrero cuando asegura que en Estados Unidos había sucedido “un fenómeno insólito y único”, a saber: “los hombres se agrupaban y se daban un gobierno libremente, considerando a ese gobierno como su representante. El contrato social se había realizado y a partir de él se forjaría la conciencia política de los Estados Unidos. Había nacido el Estado democrático”.<sup>11</sup>

Finalmente, no interesa si el contrato se hizo en un verdadero bosque dispuesto como escenario para fundar la vida apacible. Lo que importa es que eso aconteció en la mente de los individuos, y hoy forma parte del más extendido recuerdo colectivo y de la más enérgica demanda. Es otra fuente del derecho, antes y por encima de la ley, la costumbre o la jurisprudencia: esta fuente es una suerte de “imaginación creadora y necesaria”; una tierra más firme que cualquier otra. Sobre ella se construyeron los derechos humanos, esencia del Estado de derecho, y en ella reposan, si son plausibles, todos los proyectos para reformar al Estado.

Por supuesto, la idea del contrato floreció de diversa manera. En una de sus ramas, reclamó y justificó el Estado de derecho, que es la frontera entre el hombre y el Estado, infranqueable para éste; en otra, por el contrario, puso las condiciones para que el Estado asumiera todos los poderes y resolviera, ante sí solamente, dónde quería establecer, por lo pronto, sus linderos. Esto es lo que media entre Juan Jacobo Rousseau, cuando dice que la sociedad perfecta haría que “cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”;<sup>12</sup> y Thomas Hobbes, cuando advierte, tomando una figura del Libro de Job, que “nada existe sobre la tierra, que pueda compararse con (Leviatán)”, la criatura política que los hombres pactaron. “Está hecho para no sentir el miedo. Menosprecia todas las cosas altas, y es rey de todas las criaturas soberbias”.<sup>13</sup>

10 *Tratado de ciencia política, cit.*, p. 77.

11 “Alexis de Tocqueville y la teoría del Estado democrático”. “Introducción”, Toqueville, Alexis de, *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1963, p. 15.

12 *El contrato social*, México, Porrúa, 1969, p. 9.

13 *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, 13a. reimp., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1987, pp. 141 y 262.



No obstante los siglos corridos desde la floración contractualista —en sus diversas expresiones: desde las redentoras hasta las opresivas—, los hombres comunes, los seres de carne y hueso —que son, por cierto, los únicos que existen— siguen suponiendo que ellos producen el derecho, o reclamando la facultad de producirlo, e insisten en la creencia, derivada de aquella hipótesis, de que son los dueños, y no los siervos, de todo lo que el derecho dispone: en primer término, el poder político, y por ende, el Estado mismo.

La noción de pacto siguió construyendo al Estado moderno y no ha dejado de hacerlo. En ella se sostienen, a veces retóricamente, los modelos no autoritarios —o menos autoritarios— de la organización política. La convención permite acercar la política a la sociedad, o bien, el Estado al ciudadano, al menos en cierta medida admisible; la medida que baste para mantener viva la idea personal de la democracia. Así se puede adquirir otra conciencia del flujo histórico. En éste, “la política se separa cada vez más de la sociedad, y adquiere un grado creciente de poder sobre ésta”; la nueva conciencia sugiere otra cosa: transfigurada, la política regresa a la sociedad, y es ésta quien adquiere poder sobre aquella; es decir, poder sobre el Estado.

A la noción de pacto recurrió el federalismo, que en su propia etapa cambió a los personajes de la escena: donde había individuos puso provincias o estados, y donde se hallaban diversos poderes formales instaló a uno por encima de los otros. A esto se llamó “pacto federativo”. Schmitt sostiene que “un auténtico pacto constitucional es, normalmente, un pacto federal”.<sup>14</sup>

Adelante, la multiplicación de las fuerzas sociales condujo a mencionar o practicar el pacto entre esas fuerzas, como título de eficacia y legitimidad política. Si se admite que esas fuerzas estarán perpetuamente enfrentadas, serviría para organizar y moderar la lucha. Si se acepta que el enfrentamiento es evitable y en todo caso resoluble, actuaría para formalizar y vigilar una sustitución histórica: la cooperación por la confrontación; el consenso por el conflicto.

La noción del Estado de derecho ha pasado del discurso jurídico a la proclamación normativa, que es una forma comprometedora de ese discurso; sale de la academia y arriba a la vida, o al menos lo pretende con característica energía. Las Constituciones hacen un diseño del mundo que

14 *Teoría de la Constitución*, México, Ed. Nacional, 1952, p. 71.

rigen. La ley fundamental de Alemania, de 1949, reconoce su mundo: “Estado de derecho”, dijo el artículo 28. En esto, la doctrina encuentra, primero, la proclamación y la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los alemanes; segundo, la estricta subordinación de los órganos a las normas, según la jerarquía de éstas; y tercero, la separación de poderes.<sup>15</sup>

Dije que los derechos humanos se hallan en la entraña del Estado de derecho. Esta es una convicción ética y jurídica, pero también una enseñanza histórica. Implica que el derecho debe tener una orientación humanista, y que el Estado se erige para servir al hombre. Aquí recuperamos una antigua y firme doctrina: el Estado tiene fines; éstos no pueden ser otros que los fines humanos.<sup>16</sup> El fin de la sociedad política —proclamaron los revolucionarios del 89— es la preservación de los derechos naturales del hombre.<sup>17</sup> Tal es la vena por la que ha corrido, en el sentido que se quiera, la historia moderna del Estado; una historia de las relaciones de poder en la sociedad humana. El origen en el calendario es uno solo: las declaraciones del final del siglo XVIII, aunque la fuente se hallaba en el universo de las ideas sobre la dignidad del hombre, particularmente el pensamiento cristiano.

En aquel calendario cuentan las declaraciones sajonas y francesa, no obstante las profundas diferencias que median entre ellas, como lo ha sostenido, en una bella fórmula, Carlos Sánchez Viamonte: “La actitud sajona es jurídica; la actitud francesa es moral y hasta religiosa. Para los norteamericanos, los derechos del hombre eran un código; para los franceses, un decálogo”.<sup>18</sup>

No pretendo discutir aquí si estos derechos básicos son “naturales” o “conferidos”, aunque convengo en que el jusnaturalismo ha hecho más por la causa del hombre que el formalismo jurídico. Lo indiscutible es que aquellos derechos se asociaron al desarrollo del Estado, definieron las relaciones entre el poder político y los individuos, y finalmente ingresaron en las relaciones entre estos mismos y otros poderes de la sociedad “real”, contenidos, reducidos o sustituidos por la penúltima versión del

15 Debbasch, Charles *et al.*, *Droit constitutionnel...*, *cit.*, p. 251.

16 *Cfr.* Fayt, Carlos S., *Derecho político*, Buenos Aires, Depalma, 1985, t. I, pp. 313 y ss.

17 El artículo 2o. de la *Déclaration* de 1789 señala: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

18 *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, 1956, p. 17.

Estado que hasta ahora conocemos: el Estado Social de Derecho. Digo penúltima, porque la última está en proceso.

En 1776 y 1789 quedaron frente a frente, pero en estrecha convivencia, el Estado moderno emergente y los derechos humanos que florecían. El hombre de aquellos años no exigió demasiado, aunque entonces pareciera infinita su exigencia; le bastaron unos cuantos derechos irreductibles, muralla contra el Estado: libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión. Con este patrimonio en su bagaje, podría hacer solo el resto del camino. No hallaría los obstáculos que antes lo vencieron. El único adversario que conocía, con el que celebró un armisticio —de nuevo un pacto, ahora explícito y escriturado en sendas declaraciones— era el poder político. La noción y la conciencia de los derechos iniciaron la libertad y reanudaron la dignidad del hombre. Es cierto, como escribió Tocqueville, que “después de la idea general de la virtud no (hay) ninguna mejor que la de los derechos, o más bien esas dos ideas se confunden. La idea de los derechos no es otra cosa que la idea de la virtud introducida en el mundo político”.<sup>19</sup>

Ese “estatus” y el estatuto que de aquí provino no perdurarían intactos. Una suma de sucesos, que no tiene caso mencionar en este punto, ensanchó el horizonte de los derechos, y con él, el espacio y los trabajos del Estado. Si las facultades que antes mencioné fueron suficientes para los revolucionarios franceses de 1789, no lo serían para los revolucionarios mexicanos de 1910, cuyas exigencias se anunciaron ya, todavía en segunda fila, desde 1857. De aquí resultarían los derechos sociales, nota radical del constitucionalismo social mexicano.<sup>20</sup> Hoy, derechos individuales y sociales tienen un punto de coincidencia, una suerte de común denominador que permite recoger a todos en un haz y bajo un concepto que los identifica y unifica: el derecho al desarrollo personal, como alguna vez he dicho, que tiene una triple aspiración: libertad, justicia y bienestar.<sup>21</sup>

Vuelvo al sustrato de esta materia: la relación entre el hombre y el poder; para que ésta fuera venturosa, no bastaban aquellos derechos, que habían generado, inclusive, no pocas desventuras; era preciso ampliar el

19 *La democracia en América*, cit., pp. 246 y 247.

20 Cfr. Sayeg Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, México, FCE, 1991, pp. 614 y ss.

21 García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 173.

arsenal y reformar al Estado “real”. Con este propósito —que había aflorado en la más o menos amplia legislación europea de orientación social— se practicó una revisión de los derechos humanos, y bajo su luz, una suerte de refundación del Estado “real”. Para engrosar la relación de los derechos humanos con reglas que hubieran sido extravagantes en 1789, y para reconstituir en consecuencia al Estado, frente al que esos nuevos derechos se agitaban —sin perjuicio de que se dirigieran también (y creo que es éste el camino del porvenir) a otros individuos—, quedó expuesta la verdadera lucha de pretensiones que se libra entre los tres protagonistas de la historia moderna: el hombre individual, los grupos a los que éste pertenece por necesidad o por voluntad, y el Estado mismo.<sup>22</sup> El Estado de derecho constituye una respuesta a las tensiones —en el fondo, a los litigios— que provienen de este encuentro.

Todo ello sugiere hablar de una doble versión sobre el Estado de derecho, que ayer se advirtió y que ahora se reanima, versión que, por cierto, va de la mano con los desenvolvimientos y las posibilidades de la democracia. En otras ocasiones he recordado —y ahora lo reitero— que el orden jurídico se asocia o subordina a dos valores fundamentales, que son su motivo y su razón de ser. De una parte, la seguridad; de la otra, la justicia.

Invoco el pensamiento del antiguo profesor de nuestra Facultad de Derecho, Luis Recaséns Siches: la seguridad es el valor funcional del derecho, pero la justicia es su valor supremo; esto, sin perjuicio de reconocer, con el mismo profesor, que donde no hay seguridad jurídica difícilmente habrá, en rigor, auténtica justicia.<sup>23</sup>

Prosigo: estos valores jurídicos promueven e iluminan, a su vez, diferentes decisiones y organizaciones jurídico políticas; no digo enfrentadas necesariamente; sólo subrayo: diferentes.

Si se pone el énfasis en la seguridad, como era natural ponerlo en la era del *jus primae noctis* y las *lettres de cachet*, lo que vendrá en seguida, para alivio de inseguros y contención de monarcas, será un nuevo Estado que brinde certeza. Esta forma de entender al Estado de derecho, garante de la certeza, proviene de la lucha histórica entre el poder formal (es decir, la autoridad pública) y el ser humano. Aquí se esgrime la idea clásica de la libertad, escudo del hombre frente a la autoridad. Una buena defini-

22 Cfr. Friedman, W., *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Turner, México, FCE, 1966.

23 Cfr. *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 618.

ción del Estado de derecho, en este sentido, es la que suministra Schmitt: “todo Estado que respete sin condiciones el Derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan”.<sup>24</sup>

Así, el Estado de derecho “seguro” consumó en su hora una distribución racional del poder, mediante la creación de un régimen o un método para la definición de las atribuciones de la autoridad, que contraen su conducta, y de los derechos de los individuos, que expanden el comportamiento de éstos sin perjuicio de su frontera inevitable: los derechos de los demás. Este modo de ver las cosas toma en cuenta cierta realidad de la libertad y la igualdad.

El Estado de derecho “seguro”, pues, ancla en la nueva —en su momento— decisión de aceptar lo que el poder no aceptó jamás: instituir o estatuir los derechos de los hombres, en principio ilimitados; sus obligaciones frente a la sociedad, en principio escasas; y las atribuciones del poder formal para las situaciones de emergencia: el completo desbordamiento de esos derechos y la insoportable inobservancia de esas obligaciones.

En cambio, si se acentúa la justicia como valor y guía del orden jurídico, la desembocadura es otra: el Estado “social” de derecho o Estado de derecho “justo”, es decir, el Estado que provee justicia, provisión que aparea actividad. Esta idea del Estado arranca de una lucha histórica distinta: ya no solamente la que libra el hombre contra el poder formal —ciertamente una lucha original, pero no la única lucha original—, sino además la que han librado los hombres entre sí. La nueva percepción —también nueva en su momento— considera otra realidad de la libertad y la justicia; una realidad desconcertante, que desde luego no deseó —pero prohijó— el Estado de derecho tradicional. En este campo se esgrime una idea diversa de la justicia, como reclamación del individuo frente al Estado, es verdad, pero también frente a la sociedad.

Es obvio que la construcción de este concepto supone un deslinde entre el derecho positivo y ciertos valores o principios —no necesariamente un derecho natural preexistente— que debieran ser la referencia exacta de aquel orden normativo. En fin, hablar de Estado de derecho justo es ir más allá del mandato y admitir con Herman Heller que la adoración del mandato, únicamente por serlo, sólo “podrá entusiasmar a los estetas del poder fatigados de la cultura”.<sup>25</sup>

24 *Teoría de la Constitución, cit.*, p. 150.

25 *Teoría del Estado, cit.*, p. 248.

Por lo dicho, el Estado de derecho “justo” ya no se concentra, como el precedente, en la distribución racional del poder formal, sino quiere llevar a cabo una operación igualmente necesaria y seguramente más compleja y delicada: la distribución de los satisfactores que confieren calidad a la vida; o al menos ese Estado ensaya una ampliación de las posibilidades de acceder a ellos, al través de la denominada “igualdad de oportunidades”, un concepto histórico que aparece en el discurso pronunciado con motivo de los funerales de Pericles.<sup>26</sup>

No está de más recordar que el imperio de la justicia hace más por la preservación del Estado —o de los gobernantes, si se prefiere— que el uso sucedáneo de la fuerza. Este aserto abunda en los clásicos, que tuvieron a la vista, es verdad, unas formas de justicia reducida que no siempre se identifica con la que en estos párrafos invoco. Maquiavelo advertía al príncipe: “es más seguro ser temido que amado”, si no es posible ser a la vez ambas cosas; pero también aceptaba: “no hay mejor fortaleza que el no ser odiado por el pueblo, porque si el pueblo aborrece al príncipe, no lo salvarán todas las fortalezas que posea”.<sup>27</sup> Ludovico Settala sostenía, en la primera mitad del siglo XVII:

nunca ha sido cierto lo que Dionisio de Siracusa no se cansaba de repetir: que los Estados se conservan con dos cadenas de diamante: la fuerza y el miedo. Por el contrario, el imperio y la buena voluntad del pueblo se mantienen con la escrupulosa administración de la justicia; sin ésta ni siquiera Júpiter, como decían los antiguos, hubiera podido disfrutar en el dominio del mundo.<sup>28</sup>

La extensión de los derechos del hombre y la extrema dificultad para ponerlos en práctica dentro de un mundo gobernado por los “vientos que corren”, nativos de la extremada libertad, puso en pie al Estado providente: una versión, pero no la única posible, del Estado de derecho justo. Se trató de un Estado intervencionista, mirado como el Leviatán de Hobbes: “no sólo tiende a ser el depositario del poder restrictivo material y legal, y el protector de la nación contra los enemigos exteriores, sino también a ser la principal fuerza directiva que da forma a la vida social y económica

26 Señala Lauterpach, H., en “An international bill of the rights of man”, *cit.* por García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, pp. 33 y 34, n. 30.

27 *El príncipe, cit.*, pp. 29 y 37.

28 *De la razón de Estado*, trad. de Carlo Arienti, México, FCE, 1988, p. 90.

del país”.<sup>29</sup> De ahí que asumiera de una vez las funciones de protector, dispensador de servicios sociales, administrador industrial, contralor económico y árbitro.<sup>30</sup>

Ahora bien, es preciso reiterar con énfasis que no existe una sola manifestación del Estado diligente; el tronco puede ser común, pero en la copa las ramas se distinguen, se dispersan; viajan en sentidos diversos y a menudo opuestos; por esto caben aquí, aunque viajen todos en incómoda compañía, desde la intervención más absorbente, incompatible con la democracia, hasta la más racional, que es el continente de la democracia.

No tengo dudas sobre el éxito relativo de ambas versiones del Estado de derecho. Una y otra son proyectos, tan necesarios como ambiciosos, jamás alcanzados en forma perfecta: ni el Estado de seguridad ha eliminado la opresión, ni el Estado de derecho justo ha establecido la equidad. En suma, no han logrado —aunque caminen en esa dirección— el fin de todo buen gobierno: la “felicidad del pueblo”. En este sentido, pudieran ser calificadas de utopías, pero ya sabemos que la marcha del hombre sobre la Tierra se justifica, sobre todo, por las utopías hacia las que se dirige.

Por supuesto, el Estado de derecho es siempre un estado —es decir, una condición, una circunstancia, una realidad— revocable. Se trata de una muralla cercada por la naturaleza, que conspira, acecha y avanza. De ahí que devenga aplicable a ese bastión del hombre lo que Rodolfo Ihering dice del derecho: “trabajo jamás interrumpido”;<sup>31</sup> en efecto, quien afirma su derecho, en una lucha constante, llámese individuo, llámese grupo, llámese pueblo, “aporta su pequeño tributo a la realización de la idea del derecho sobre la tierra”,<sup>32</sup> y en definitiva, construye o sostiene el Estado de derecho en ambas versiones necesarias.

En el debate de nuestro tiempo se ha reanimado el contraste entre Estado y mercado. Decaída la planificación central estricta, vuelve el mercado por sus fueros; renace el prestigio de la mano invisible. Pero ya dijo Heller que la doctrina de la absoluta abstención del Estado no tuvo jamás sustento en la sociedad capitalista: “pertenece al arsenal de las

29 Friedman, *El derecho en una sociedad en transformación*, cit., p. 311.

30 Cfr. *ibidem*, pp. 504 y ss.

31 *La lucha por el derecho*, 2a. ed., trad. de Luis M. de Cádiz, Buenos Aires, Ed. Atlántida, 1954, p. 37.

32 *Idem*.

ideologías encubridoras”, sostiene, y añade inmediatamente: no se trata de “la ausencia de intervención, sino (de) la movilización privada del poder estatal para una poderosa movilización en el campo económico”.<sup>33</sup>

La antinomia del Estado y el mercado, que se miran con aire belicoso —a no ser que aquél se discipline a ésta—, persiste con diversa fuerza en el mundo contemporáneo. Difícilmente se exigiría una participación estatal intensa ahí donde el desarrollo material y la equidad social han construido condiciones de vida razonables para toda la población, o al menos para la abrumadora mayoría. Y difícilmente pudiera justificarse la ausencia distraída del Estado en los casos opuestos: ahí donde esas condiciones razonables no existen para esa inmensa mayoría. Por lo tanto, el asunto debe salir de la abstracción y arraigarse, como es debido siempre, en una circunstancia específica; en ella, y no fuera de ella, se hallan las soluciones atendibles sobre el juego entre el Estado y el mercado; un juego de apuestas peligrosas.

El Estado de derecho tiene una escritura, un breviario, una ley compendiosa: la Constitución. En rigor, todo Estado “ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera, sería una anarquía”.<sup>34</sup> Los dos principios del elemento típico del Estado de derecho —sostiene Schmitt— están presentes en toda Constitución: por una parte, el principio de distribución, que fija la libertad del individuo, anterior al Estado y en principio ilimitada, en tanto que la potestad de éste para invadir aquélla se halla limitada en principio; por la otra, el principio de organización, que divide el poder del Estado y establece un sistema de competencias atribuidas a las diversas ramas con que se ejerce el poder público.<sup>35</sup>

El objetivo del Estado de derecho, unido al mejor proyecto moral del hombre, se encuentra en el capítulo dogmático; ese objetivo no es ni puede —ni debe— ser otro que la realización de los derechos humanos en su proposición más ambiciosa o desenvuelta. En ese reducto, el primero de la ley fundamental, está la “ratio” del Estado. El capítulo orgánico es el medio para cumplir la razón del Estado, que en este sentido es la razón del hombre. La organización se explica y justifica bajo este compromiso central. A él atienden la división y las atribuciones de los poderes, el sistema electoral, la estructura federal, el régimen municipal, el control de los actos de autoridad, la responsabilidad de los servidores públicos. No

33 *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, México, FCE, 1942, p. 132.

34 Jellinek, *Teoría general del Estado*, cit., p. 413.

35 *Cfr. Teoría de la Constitución*, cit., p. 147.



habría más elocuente admisión de que el Estado se instituye, en definitiva, para servir al hombre: protegerlo y contribuir a su desarrollo. El mismo Schmitt señala claramente: el principio de organización sirve para poner en práctica el principio de distribución.<sup>36</sup>

Esta idea de la Constitución no es compartida en forma unánime. Con la mirada en el texto original de la Carta de Filadelfia, se suele proponer otro género de Constitución: sumaria, orgánica, cuando mucho procesal. Por ello hay quien dice que

las constituciones establecen la manera en que se crearán las normas; no deciden, ni deben decidir, qué debe ser establecido por las normas. Es decir, que las constituciones son, ante todo, procedimientos cuya intención es la de asegurar un ejercicio controlado del poder. Por tanto, y por el contrario, el contenido de las constituciones es y debe ser neutral.<sup>37</sup>

Sin embargo, un ordenamiento de este último carácter ya no sería, verdaderamente, una Constitución, sino apenas un reglamento de procedimientos parlamentarios. Las leyes fundamentales llegarían a ser fungibles a fuerza de neutralidad. Nada dirían sobre lo que es la nación, que no se miraría en ellas como en un espejo de la historia, que debe reflejar lo que tiene al frente, aunque esa figura, movida por la vida —vida ella misma— cambie sin cesar; sea que el cambio lo dirijan las costumbres, sea que lo exprese la jurisprudencia, sea que lo escribiera el Constituyente Permanente.

El genio sustantivo, que infunde espíritu a la norma, permite reconocer la naturaleza y los méritos de la ley suprema dentro del Estado de derecho. En otras oportunidades he manifestado que una Constitución, cualquiera que ésta sea, incluso las llamadas “neutrales” o “no comprometidas”, es en el fondo un proyecto de justicia:<sup>38</sup> por diligencia o por abstinencia. Es, primero, un proyecto de seguridad, en la hora del Estado de derecho tradicional, que se contrajo a la orgánica constitucional, y sólo después recogió la que sería “primera generación” de los derechos humanos. Luego es un proyecto de justicia, *lato sensu*, en la hora del Estado

36 *Idem*.

37 Sartori, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 2a. ed., trad. de Roberto Reyes Mazzoni, México, FCE, 1994, p. 217.

38 Cfr. “El tema de la justicia en la Constitución”, en Varios autores, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones. Doctrina constitucional*, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LII Legislatura, 1985, t. I, p. 203.

Social de Derecho o Estado de derecho justo, que aportó la “segunda generación” de esos derechos y nuevas y consecuentes atribuciones públicas.

La ley fundamental mexicana propone y constituye, en tal virtud, un proyecto de justicia. Con ella se inauguró la relación de las cartas “comprometidas” del siglo XX. No es una Constitución “de profesores”, como se ha dicho de las leyes fundamentales alemana, de 1919, por la intervención de Preuss; austriaca, de 1920, por la participación de Kelsen; y española, de 1931, por la presencia de Posada.<sup>39</sup> La redacción de la mexicana estuvo a cargo de diputados combatientes. Esto explica que un grupo de ellos, absolutamente insatisfechos con los lineamientos tradicionales de la iniciativa que tenían a la vista, se alzaran como “núcleo fundador” de otra idea de la Constitución, del Estado y de la relación presente y futura entre el poder y el hombre.

Ahora bien, la expresión Estado de derecho justo no encierra un dato monolítico. Como hay democracia con adjetivos, hay Estado de derecho justo con apellido. Quiero decir que la propuesta es una sola —justicia—, pero no es uno solo el modo de alcanzar este objetivo, porque la realidad no es unitaria, ni las circunstancias se pliegan a un modelo inmutable. Por ende, vale pensar en formas distintas de hacer esa justicia que el Estado de derecho compromete. Una puede ser en la sociedad desarrollada, con abundancia de recursos, población escasa, salud y educación aseguradas, y otra en un medio en el que no hay esa suficiencia: aquí el Estado de derecho justo tiene otras aplicaciones, su perfil es diferente, sus métodos son diversos.

Nuestra ley suprema de 1917 sirve al concepto del Estado de derecho justo. Para establecer su versión del Estado de derecho justo, la Constitución mexicana diseña, con notable detalle, lo que se ha llamado el “proyecto nacional” —que contiene una propuesta vinculante sobre la justicia—, expresión que sólo muchos años después incorporaría el segundo párrafo del artículo 26, gracias a la reforma de 1982. Ese proyecto es el verdadero “Plan Nacional”; el otro es una norma subalterna, cuyas expedición y legitimidad —como las de todas las disposiciones secundarias— se supeditan al Plan constitucional. Este es el lugar para el último desembarco, sin perjuicio de que otras normas constituyan el mapa de navegación, útil y confiable en la medida en que no distraigan la travesía hacia el puerto que establece la ley fundamental.

39 Cfr. Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional...*, cit., p. 300.

La democracia es otro concepto con el que frecuentemente se asocia el Estado de derecho, aunque no olvido aquí la frase luminosa de Mario de la Cueva: “el Estado principia donde la democracia termina”.<sup>40</sup> En algunos casos, el uso general los convierte en sinónimos: Estado de derecho equivale a democracia —o Estado democrático—, no en el sentido de las que figuraron como “democracias” populares, sino en el de las que aparecen todavía, con una referencia de localización convertida en regla de valoración, como democracias “occidentales”. En las definiciones de la democracia suele incorporarse este dato: “imperio de la mayoría”.<sup>41</sup> “Si el liberalismo es la contestación al problema de cómo se ejercen las funciones del Estado, la democracia responde a la cuestión de quién las ejerce”.<sup>42</sup>

En rigor, la democracia es el medio para constituir un Estado de derecho, cierto primero, justo más tarde, pero también sucede que el Estado de derecho es el cimiento de la democracia. En fin, uno y otra se condicionan o reflejan mutuamente, y en este sentido se explica que cada concepto entrañe o recoja al otro, o por lo menos lo sugiera. A veces, la llamada reforma del Estado, leída en sus líneas o entre ellas, se cifra en un proceso de desarrollo democrático.

Dado que la democracia es “gobierno del pueblo”, como lo propone su etimología, enseguida será preciso acreditar su existencia en la participación real y efectiva de quienes componen el pueblo —los hombres, en fin de cuentas— en el examen de la cosa pública y en las determinaciones que de aquí resulten. Se ha hecho una expresiva caracterización de la democracia al decir que “es identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen”.<sup>43</sup>

Nos preguntamos: ¿dónde hay democracia? Con demasiada prisa suponemos que la hay en donde más se publica su existencia. Pero aun aquí —y no se diga en otras partes— será difícil acreditar una verdadera participación del individuo en las decisiones políticas o en los bienes de la sociedad a la que pertenece. Eso pudo suceder en la breve comunidad del “demos”, y sólo para el corto número de legitimados en la democracia. Ahora bien, el “demos” es el protagonista de la democracia que ya no existe, como bien advierte Sartori cuando se pregunta de qué hablamos

40 *La idea del Estado*, 4a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho-FCE, 1994.

41 Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 260.

42 García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, p. 169.

43 *Ibidem*, p. 272.

realmente: ¿democracia o masocracia?<sup>44</sup> Esta precisión elemental contribuirá a comprender mejor las limitaciones reales de la “democracy”, que en el mejor de los casos es un régimen plebiscitario, siempre somero y a grandes intervalos. De ahí la capacidad de seducción que poseen las doctrinas personalistas, que incitan a salir de la sociedad de masas para acceder a una sociedad de personas.<sup>45</sup>

Naturalmente, con la democracia sucede lo mismo que ocurre con el Estado de derecho: de ella hay versiones sucesivas, que debieran ser convergentes y evolutivas. Por una parte existe la noción de democracia “formal”, atada a la demolición del absolutismo y al rescate de una nueva fuente de soberanía: el pueblo. Es natural que la democracia formal emparente con los derechos humanos de la primera generación y con el Estado de derecho que pone ahínco en la seguridad jurídica. En todos los casos se trata de oponer barreras al autoritarismo y restaurar o instaurar la dignidad humana y la competencia del hombre para conducir su vida. La autonomía de la voluntad florece, casi como valor en sí mismo, garantía de todos los otros —que vendrán “por añadidura”—, igualmente en los contratos que en el sufragio.

Ante esta versión formal de la democracia —que recoge la ilusión de una democracia “sin calificativos”—, pero no sustituyéndola ni suplantándola, aparece la democracia material o integral, mucho más pretensiosa. Ésta enlaza con el Estado de derecho justo. No se detiene en las urnas, aunque reconoce que debe comenzar o valerse de ellas, para tener un fundamento firme, perdurable y legítimo. La democracia de este género —que se podría denominar una democracia de “segunda generación”, exactamente como los derechos humanos con los que coincide— se entiende como sistema de vida, que dice el artículo 3o. de la Constitución mexicana, y no sólo como reglamento de elecciones. Reaparece aquí el intento de realizar la igualdad, característico de la democracia —que tiene a esa igualdad, se asegura, como una *verité de foi*—, pero “el ámbito y los objetivos de la democracia vendrán determinados por el contenido que se dé al término igualdad”; fluyen pues, las diversas expresiones de la democracia: política, económica, educacional, etcétera.<sup>46</sup>

44 Cfr. *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral-Instituto Federal Electoral, 1993, p. 20.

45 Bouvier, Michel, *L'Etat sans politique*, París, tradition et modernité, Libraririe Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986, pp. 157 y ss.

46 García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 169.

Sartori considera que la democracia política es condición necesaria de las otras; aquélla es supraordenada y condicionante; éstas son subordinadas y condicionadas. Es por ello —escribe— que “democracia sin adjetivos se entiende como democracia política”.<sup>47</sup>

Por su parte, Rafael Segovia analiza este asunto, que importa mucho desentrañar para que resulte clara la propuesta de democracia que con insistencia se formula, y la especie de Estado de derecho —agrego— que se asocia con aquélla. “Hablar de democracia sin adjetivos es hablar, me parece a mí, de democracia anglonorteamericana”. Inmediatamente precisa este autor: “La democracia va siempre calificada y la nuestra lleva una cauda histórica imponente, y un condicionamiento ineludible. Suponer que una democracia debe sólo ser la correspondiente al modelo anglonorteamericano nos lleva de la mano al caso de la igualdad formal imaginada e impuesta por la Revolución francesa”.<sup>48</sup>

Antes de ahora he señalado que la democracia electoral, método de integración de los órganos del poder formal, tiene estas características: se expresa en los comicios; se conforma con el desarrollo jurídico-político; es (relativamente) neutral frente al desarrollo económico, social y cultural; y se concentra sobre todo —vista desde el ángulo de los derechos humanos— en los derechos civiles de la primera generación y en los derechos políticos.

La democracia material, en cambio, involucra un régimen para la construcción de la sociedad. También se le ha llamado democracia social, pero esta última designación tiene entre nosotros un antecedente que apunta en otra dirección, no antagónica, sí diferente: “gobierno de la sociedad por las clases populares y para beneficio de las mismas clases”, como sostuvo el diputado Cravioto en el Constituyente de 1917.<sup>49</sup>

Las características de lo que llamo democracia material son las siguientes: se expresa en el conjunto de las circunstancias y condiciones que permiten al individuo el despliegue integral de sus potencialidades; no se conforma con el desenvolvimiento jurídico-político; su tema fundamental es el desarrollo económico, social y cultural: no es neutral en este punto, y se concentra principalmente —observada desde la perspectiva de los derechos humanos— en los derechos de segunda y tercera generaciones.

47 *¿Qué es la democracia?*, cit., p. 8.

48 *Lapidaria política*, México, FCE, 1996, p. 86.

49 Cfr. un examen de este asunto en Sayeg Helú, *El constitucionalismo social mexicano*, cit., pp. 652 y ss.

La Constitución mexicana aporta una definición de la democracia, que figura entre las decisiones políticas fundamentales. Aparece en el artículo 3o., el precepto más relevante de la ley suprema, porque establece el único programa general de esa carta, que contiene a todos los otros, y postula nada menos que un modelo de hombre y de nación, construido a partir de la educación, es decir, a través del proceso de formación integral y permanente del ser humano.

Se dice que el Estado se halla en crisis, o por lo menos que debe ser reformado para que satisfaga las necesidades de los hombres, sus constructores y destinatarios; herederos inconformes que se niegan a aceptar la herencia sin beneficio de inventario. La crisis, que es incertidumbre, extrañeza, desasosiego, incompetencia, puntos de partida para una nueva época, tiene mucho que ver con la savia del Estado, la política, y con la necesidad de mejores instrumentos y mejores resultados en la doble tarea de la seguridad y la justicia.

No hay duda sobre la existencia de una crisis de la autoridad, que se vierte hacia la autoridad del Estado. Ha decaído el autoritarismo, *alter ego* del transpersonalismo; su ruina se observa en el desastre de los sistemas totalitarios. Los derechos humanos minaron la versión inhumana del poder político. Se aguarda, pues, una nueva versión de la autoridad, por una parte, y una forma novedosa de ejercerla, por la otra, que correspondan a los anhelos y las exigencias emergentes.

Esta crisis global de la autoridad tiene un acento particular en el Estado, que es, de alguna manera, la representación heroica o gigantesca de la autoridad posible; impersonal y omnipresente. Un síntoma y una consecuencia de este aspecto de la crisis, que tiende a la “desestatización” de la vida, se ve en el auge de la “sociedad civil” —es decir, la “socialización” de esa vida— y sus floraciones típicas: lo mismo las organizaciones no gubernamentales de factura reciente, que las organizaciones tradicionales, privadas de cuanto recuerde antiguos vínculos con el Estado: por ello se fortalecen la libertad de asociación, de sindicalización, de colegiación, de afiliación política.

También se advierte una crisis de la eficiencia, entendida como respuesta oportuna y competente del Estado a los requerimientos de la sociedad y los individuos. Sobre esto no hay duda: en América Latina se asigna al Estado un papel decisivo en la estrategia para encarar la crisis; afronta lo que se ha llamado una “explosión de complejidad”; “la capacidad del Estado democrático de producir una gestión eficiente, ha sido to-

mada repetidamente —afirma Bernardo Kliksberg— como test de su misma legitimidad”.<sup>50</sup> Pero no olvidemos que a alguien más se aplica ese *test* de legitimidad: al Estado autoritario, ilegítimo en su origen, que pretende legitimarse en su desempeño. Se hace perdonar, bajo una divisa conocida, que traslada de sus labios a los labios del pueblo: “París bien vale una misa”.

En este ámbito reaparece el viejo dilema entre el Estado, que conduce la existencia —o lo pretende— con la acción de su “mano visible”, y el mercado, que quiere hacer eso mismo por el conducto de la “mano invisible”. Entre esos extremos, ambos controvertidos, se ha propuesto un tercer género para la organización económica: la economía social de mercado. Sin embargo, se debe tomar en cuenta, como lo ha propuesto un celebrado politólogo de nuestros días, que “la economía se tiene para producir riqueza. En cambio, la distribución o redistribución de la riqueza le corresponde, en concreto, a la política”.<sup>51</sup>

La moral del gobierno —en rigor, del gobernante— es otro espacio importante de la crisis que aqueja al Estado. Se dirá, con razón, que el Estado es incapaz de moralidad, como la persona colectiva es ajena al dolo o a la culpa; capaces son, en cambio, los funcionarios. Obviamente, el Estado carece de existencia propia; es una abstracción, una convención, un intocable. Encarna en personas; es la voluntad del individuo lo que se muestra como voluntad de una asociación, que en esta forma se unifica;<sup>52</sup> eso ocurre con el Estado y con los órganos que lo distinguen.

El Estado recibe, por lo tanto, la sentencia que la sociedad pronuncia sobre las personas que ostentan, en este drama, la máscara que el público señala como rostro del poder político. Así, cada absolución o condena para el estadista, en un momento, o para el vasto número de los funcionarios —uno a uno y todos juntos—, en otro, son absolución o condena para el Estado mismo. O dicho de otra manera, con Marcos Kaplan: “El papel real del Estado es inseparable de quienes efectivamente lo encarnan y operan; es decir, no sólo los dirigentes políticos propiamente dichos, sino también y sobre todo el cuerpo burocrático”.<sup>53</sup>

La realidad ofrece un drama flagrante: el desencanto y la desilusión por la política; en otros términos, y al calor de la irritación o del hastío, el

50 *¿Cómo transformar al Estado? Más allá de mitos y dogmas*, México, FCE, 1989, pp. 8, 13 y 31.

51 *Cfr. Sartori, ¿Qué es la democracia?*, cit., p. 313.

52 *Cfr. Jellinek, Teoría general del Estado*, cit., p. 441.

53 *Estado y sociedad*, México, UNAM, 1978, p. 168.

surgimiento de una “política de la antipolítica”, como se le ha llamado expresivamente. Es verdad que “la política nunca ha sido, ni será probablemente, inmaculada, y la corrupción política no es nada nuevo. Pero la avaricia y la corrupción han llegado a niveles sin precedentes. En realidad, la corrupción política ha llegado al punto en que corrompe a la política”.<sup>54</sup>

Si echamos una ojeada sobre el horizonte completo, no apenas —como solemos— sobre el espejo más cercano, la corrupción quedará a la vista en cualquier punto en que detengamos la mirada; donde hay desarrollo y donde no lo hay, donde hay riqueza y donde hay miseria. Veremos el cruce de favores en lo que se ha llamado el “intercambio entre mercados”.

La corrupción-trueque, cuya forma más común es la prevaricación de los funcionarios o de los políticos, es un intercambio directo entre el mercado político, proveedor de autoridad y de legitimidad, y sus competidores: el mercado económico, productor de bienes, y el mercado social, proveedor de *status*.<sup>55</sup>

Sobra decir que la corrupción —propuesta por algunos, con resignación o cinismo, como andamio del equilibrio— derruye lentamente el Estado de derecho; por lo pronto, altera el principio de legalidad y quebranta la regla de igualdad. ¿Y cómo concebiríamos un Estado de derecho donde la ley se aplique con intermitencia y selectividad?

El instinto de supervivencia ha movido al Estado en su propia depuración, por cualquiera de las vías practicables: la arbitraria o la jurisdiccional. Aquélla, mediante golpes de Estado incruentos, golpes técnicos con beneplácito popular, o reformas aparatosas conducidas por la vía constitucional. Ésta, por el conducto de la magistratura —una magistratura de “manos limpias”—, que avanza hacia otro género de litigios: los conflictos entre la política y la moral, que por lo pronto debe ganar ésta para que aquélla subsista.

La crisis —por cualquiera de estos motivos, o por todos ellos— propone una nueva atención, en la que también estamos ocupados: la reforma del Estado, un trabajo de Hércules que tiene diversos horizontes, a veces convergentes y en ocasiones discrepantes, y que se impulsa con

54 Sartori, *Ingeniería constitucional...*, cit., p. 161.

55 Padióleau, Jean G., *El Estado concreto*, trad. de José Barrales Valladares, México, FCE, pp. 187 y 188.



distintas fuerzas: una de ellas ha sido la sociedad emergente, con sus corrientes de insurgencia; otra, el poder que se ensimisma, reflexiona, se revisa, programa sus propias novedades. Por esto último cabe decir, como se ha dicho en efecto, que “un cambio de esta naturaleza sólo puede ser encabezado por el Estado, empezando el cambio por él mismo”;<sup>56</sup> y que es esto lo que ha ocurrido en México, donde el papel protagónico del gobierno federal resulta del encuentro entre una “sociedad civil relativamente débil” y un “Estado extenso y penetrante”.<sup>57</sup>

Se suele impugnar la expresión “reforma del Estado”, diciendo que en rigor no hay reforma de éste, sino del gobierno o de la administración. El rótulo que lleve depende, en todo caso, del signo y la hondura de la reforma que se pretenda. Puede ser un mejoramiento administrativo o una revisión del gobierno —el aparato ejecutivo del Estado—, que deje intactos los fines y las funciones del Estado. Entonces se trataría de un “ajuste” sobre la marcha, y sólo para retener el carácter, el sentido y el ritmo de ésta. En otras palabras, una confirmación de roles y relaciones del hombre y el poder público.

Pero también puede tratarse de una verdadera reforma del Estado, más o menos intensa o estrepitosa. Por ejemplo, lo que hubo al cabo de la Revolución mexicana no fue una reforma administrativa, sino una reforma del Estado. Y esto mismo, reforma del Estado, ocurrió tras el derrumbe del totalitarismo nacionalsocialista en Alemania o socialista en la Unión Soviética. También hoy puede haber reforma del Estado, en este cruce al que concurren el Estado liberal, que no acaba de dominar, el Estado benefactor, que no acaba de ceder, y quizá un personaje nuevo, que proviene de aquellos dos y propone un Estado diferente para el inmediato porvenir. Si es esto lo que ocurre, sin duda se trata ya de una verdadera reforma del Estado.

Esto mismo, en la medida que se quiera, es lo que observan quienes van tras las huellas del Estado mexicano y en ellas miran cambios que no sólo delatan una sucesión de políticas o de gobiernos, sino anuncian un relevo de Estados. Así, estaríamos entrando en la era del tercer Estado mexicano a partir de ciertas mutaciones profundas en los tres órdenes —económico, político y social— que agotan el quehacer público.<sup>58</sup>

56 Segovia, *Lapidaria política*, cit., p. 349.

57 Rebolledo, Juan, *La reforma del Estado en México*, México, FCE, 1993, p. 29.

58 Cfr. Medina Peña, Luis, *Hacia el nuevo Estado. México, 1920-1994*, 2a. ed., México, FCE, 1995, esp. pp. 239 y 303.

No es posible perder de vista que la reforma del Estado añade a los puntos instrumentales, más o menos relevantes, una carga ideológica que oscurece el horizonte —así, la curiosa reconstrucción del “liberalismo social”<sup>59</sup> en el pasado inmediato— y un sistema de complacencias interiores y exteriores que promueve, por lo menos, los más ardientes debates.

Reformar al Estado es tanto como decir, con una nueva versión de las cosas, cómo deben integrarse los órganos del poder formal, pero también de qué manera y hacia dónde debe marchar el poder. Presumo que todo ello, en el Estado reformado de la hora futura, debe encaminarse a satisfacer las necesidades del hombre: el fondo, no sólo la forma. En consecuencia, la reforma del Estado no se consuma en el método electoral. Esto importa, pero no basta. Es preciso dar varios pasos más allá; pasos de gigante. La reforma del Estado implica decir de qué manera satisfarán las exigencias que la vida propone al Estado mismo como servidor del hombre y del pueblo; es decir, en qué forma se atenderá a los derechos tradicionales, por una parte, y a los nuevos derechos que en cada vuelta del camino han subido a la Constitución.

En una de sus acepciones más estrechas, la reforma del Estado puede significar un modo diferente de proveer a los cargos públicos. En efecto, es reforma la novedad electoral; lo es el futuro estatuto del Distrito Federal; lo es la composición del Poder Judicial; lo es la distinta relación entre los poderes de la Unión y los poderes de los estados que la integran; lo es la atribución de facultades y recursos a los municipios. Pero a esas reformas deben seguir aquellas otras que por encima de la renovación administrativa conduzcan a la renovación de las funciones del Estado frente al hombre común.

Si reformar al Estado es crear mejores condiciones para el acceso a la justicia de los tribunales y las procuradurías, mediante un complejo sistema de desconcentración de órganos, revisión de competencias y provisión de asistencia jurídica, también lo es —y quizá más— construir mejores condiciones para el acceso a la justicia social, que se halla, por cierto, en el alma no reformada del Estado mexicano: la porción intacta de la Constitución General de la República.

Entre las reformas indispensables también figuraría el sistema de garantías, de diverso género, para asegurar el imperio del Estado de dere-

<sup>59</sup> Cfr. Rebolledo, *La reforma del Estado en México*, cit., p. 32; y Villarreal, René, *Liberalismo social y reforma del Estado. México en la era del capitalismo posmoderno*, México, Nacional Financiera-FCE, 1993, p. 169.

cho, lo mismo cuando el derecho ordena al Estado respetar la vida y la integridad, la salud y las creencias, el tránsito y el domicilio de los particulares, que cuando entiende que todos los habitantes de la república tienen derecho al trabajo productivo y socialmente útil, al salario justo, a la educación, a la protección de la salud, a la vivienda digna.

Los autores de la Declaración francesa advirtieron la necesidad de preservar los derechos con un sistema de garantías y un régimen de división de poderes.<sup>60</sup> No obstante, en el preámbulo de la Declaración late la idea de que el acto declarativo tendría, por sí mismo, una fuerza decisiva; de esta suerte, el poder de la carta sería normativo y pedagógico.<sup>61</sup> Era natural que eso se pensara: si nunca antes hubo una declaración universal, y si no se conoció el deslinde entre los poderes de legislar, administrar y juzgar, parecía sensato creer que ese texto, por una parte, y sus anexos y condiciones —las garantías y el juego de los frenos y contrapesos—, por la otra, harían el milagro de amparar y florecer los derechos fundamentales.

Pronto se vio que no era así. Llegaron las garantías institucionales, cuyo concepto corresponde esencialmente, se ha dicho, al derecho de resistencia a la opresión.<sup>62</sup> En este acervo cuentan las garantías jurisdiccionales: el juicio —cualquiera que sea su nombre— que ampara al particular contra el abuso del poder, sea que actúe, sea que omita, y el que dirime las contiendas entre el gobernado y el gobernante, el administrado y la administración, y finalmente entre el ciudadano y el funcionario.

Esto se inscribe en el pensamiento de Sánchez Viamonte: “cuando todo es garantía, nada es garantía”;<sup>63</sup> ésta “no es protección teórica o abstracta, sino protección práctica o concreta, y además amparo efectivo... consiste, siempre, en una acción judicial”;<sup>64</sup> es así que se inviste al individuo “de una singular magistratura, de un ministerio público, con acción

60 El artículo 16 dijo: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”.

61 La Asamblea consideró que “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”; por ende, resolvió exponer esos derechos en una declaración solemne, “a fin de que esta Declaración, siempre presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Ejecutivo puedan ser comparados a cada instante con el objeto de toda institución política y sean más respetados; y a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios sencillos e indiscutibles, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos”.

62 Cfr. Sánchez Viamonte, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, cit., p. 81.

63 *Ibidem*, p. 84.

64 *Ibidem*, p. 75.

para poner en movimiento la fuerza pública, al servicio de los intereses morales que, por serlo, dejan de ser intereses particulares, aunque correspondan a casos individuales perfectamente localizables”.<sup>65</sup> Se debiera recordar esto a la hora de valorar ciertas innovaciones en el control de la constitucionalidad de leyes —un control que es medio del Estado de derecho—, como las acciones de inconstitucionalidad, intempestivamente depositadas en la Constitución mexicana, que legitiman para actuar a un grupo parlamentario, pero no al ciudadano común.<sup>66</sup>

A estos medios jurisdiccionales se han agregado los medios no jurisdiccionales, por una parte, y las garantías políticas, por la otra. Los primeros, como el *ombudsman*, que por lo pronto se preocupa por los derechos individuales y en el futuro debiera ocuparse de los derechos sociales. Los segundos, como las diversas instancias parlamentarias y la última instancia de la democracia formal, que se resume en la fuerza de la opinión pública, uno de los temas cruciales en el examen de las relaciones entre el poder, la sociedad y el individuo;<sup>67</sup> y la decisión del sufragio, la instancia final del control apacible, la frontera con lo impredecible; en efecto, más allá sólo se encuentra la fuerza. Esta formidable garantía no escapó a los revolucionarios franceses, que justamente estaban construyendo el sistema de derechos sobre un sistema de derecho emanado directamente del poder popular. En la “acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos”, reside la garantía social, derecho del hombre en sociedad, como postularon los artículos 1o. y 24 de la Declaración del 29 de mayo de 1793.

Sin embargo, puestos en la coyuntura reformadora del Estado, para satisfacer a un individuo y a una sociedad que también se han reformado, parece perfectamente válido preguntarse si basta con ese arsenal o es necesario acudir a otros instrumentos que permitan al Estado renovado cumplir con mayores probabilidades de acierto en su trabajo esencial: no de gendarmería, sino de justicia completa y puntual. Esta sería, me parece, una cuestión de previo y especial pronunciamiento en la encrucijada en que se abren los caminos hacia el Estado social y hacia el Estado mínimo. ¿Qué posibilidades efectivas tiene éste, reducido a la función norma-

65 *Ibidem*, p. 81.

66 Para una crítica de estas acciones, en el contexto de la reforma constitucional judicial de 1994, *cfr.* mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, 1997.

67 Para un panorama sobre la opinión pública, *cfr.* Fayt, *Derecho político*, *cit.*, t. II, pp. 309 y ss.

tiva, que a su vez se halla influida por los crecidos factores reales de poder, de avanzar en la provisión de oportunidades, un viejo sueño del Estado de bienestar? ¿Y de qué garantías nos valdremos para asegurar todo esto, como aseguramos —desde el histórico *habeas corpus*— aquéllo? ¿Quién será el pretor o el justicia de Aragón para los derechos humanos de las nuevas generaciones?

Al Estado en proceso de reforma le salen al paso todos los temas de la vieja transición entre el Estado liberal y el Estado social, la soberanía y la autonomía reducida y mediatizada, la identidad y la dilusión. Dentro de este marco ocurren las acometidas y se proponen las defensas. Algún atacante, en la batalla instalada en México, sostiene que la reforma, en las condiciones prevalecientes, sólo implica que “el Estado debe modificarse en todo (lo que) impida la operación de un libre capitalismo oligopólico”.<sup>68</sup> Un defensor sistematiza y refuta los cargos; éstos son, dice: “1) la reforma del Estado traiciona a la Revolución Mexicana; 2) la reforma del Estado es injusta; 3) la reforma del Estado es antidemocrática, y 4) la reforma del Estado es antinacionalista”.<sup>69</sup> En efecto, he ahí el pliego de la demanda, en la inteligencia de que ésta no se endereza, bajo aquellos términos, contra todo proceso de reforma del Estado, sino sólo contra uno que pudiera ofrecer esos flancos a la crítica. La discusión está abierta.

Por lo que toca al antagonismo Estado liberal—Estado social, los temas y los problemas se repiten en sentido inverso: si antes se miraba al benefactor más allá del Estado indiferente, ahora es esto lo que se observa más allá del Estado benefactor. El gran asunto pendiente en muchos países, entre los que figura México, es el medio para consumir la reforma sin dejar en el camino a la mitad del pueblo; porque si esto ocurre queda en riesgo el proceso, y aun peligra el Estado mismo. Por ejemplo, el antiguo Estado empleador ha dejado el campo a un Estado que se reduce y desemplea,<sup>70</sup> sin que tenga un relevo cierto al alcance de la mano, aunque tenga alguno, ciertamente hipotético, en el porvenir lejano.

Esto pone de manifiesto, por si no estuviera suficientemente claro, que una cosa es la reforma del Estado en países desarrollados y otra esa reforma —que nunca podría ser la misma— en países donde aún existe

68 Saldaña Harlow, Adalberto, *Reforma del Estado. Consideraciones de derecho político*, México, Asociación Nacional de Abogados Democráticos, 1996, p. 36.

69 Rebolledo, *La reforma del Estado en México*, cit., p. 187.

70 Cfr. Espinoza Valle, Víctor Alejandro, *Reforma del Estado y empleo público. El conflicto laboral en el sector público de Baja California*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 1993, p. 40.

una mayoría de desvalidos; para éstos, la modernización reductora del Estado, la economía de mercado, el flujo de las leyes económicas, parecen apenas una rareza, cuando no una amenaza.

La actual reforma del Estado tiene otra asignatura al frente: su papel en el mundo integrado, interdependiente, globalizado a partir de la regionalización. La fortaleza del Estado nacional pone una piedra en el camino de la globalización; se alza contra la voracidad que diluye lo primero que el Estado sin reformas se opone a diluir: las fronteras. La peculiaridad del Estado es la soberanía, asegura Heller.<sup>71</sup> No en balde “la definición jurídica tradicional del Estado —recuerda Maurice Duverger— reposa sobre la idea de soberanía”.<sup>72</sup> Hay quienes sostienen, sin embargo, que la soberanía no fue nota esencial del Estado en sus orígenes, ni lo es ahora; existen Estados soberanos y no soberanos.<sup>73</sup> Si la interdependencia es el sucedáneo actual de la soberanía, evidente o subrepticio, los sistemas regionales emergentes —cuando pretenden la integración— son los causahabientes de los Estados nacionales.

Hay otros puntos qué considerar en la reforma del Estado. Digamos, por ejemplo, la forma en que el ciudadano percibe al Estado, y la manera en que el político maneja al ciudadano. En este punto se quisiera dejar atrás al “Estado espectáculo”, asociado con el concepto del Estado mítico, rodeado de un aura prestigiosa. Por supuesto, este asunto, pletórico de expresiones, va más allá del formato para la actuación de los funcionarios y de los aspirantes. Implica la transición del Estado-poder al Estado-República.<sup>74</sup>

Al igual que la criatura humana, el Estado se hace a la imagen y semejanza de su creador. Más suavemente: de su conductor. En el funcionario —que es el conductor cotidiano, mucho más que el estadista— reside el “secreto” del rumbo y el destino. No sobra explorar en este punto. Aquí se verá la sociedad entre la reforma del Estado —o mejor dicho, cierta versión de esa reforma— y la condición del reformador. También aquí la reforma del Estado provee un crepúsculo y un alba que le siga: va de la política a la administración. Se pretende un Estado sin política; la

71 Cfr. *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, 2a. ed., trad. de Mario de la Cueva, México, La Fundación, Escuela Nacional de Jurisprudencia, FCE, 1995, p. 214.

72 *Méthodes de la science politique*, París, Presses Universitaires de France, 1959, p. 11.

73 Cfr. Jellinek, *Teoría general del Estado*, cit., p. 399.

74 Cfr. Schwartzberg, Roger-Gérard, *L'Etat spectacle. Essai sur et contre le star system en politique*, París, Flammarion, 1977, p. 301.

llamada “democracia de expertos”;<sup>75</sup> una tecnocracia, en fin, que haga su parte en el advenimiento del Estado del porvenir.

Habrá que ver lo que queda y lo que se haga al cabo de tantos derribes que ha presenciado nuestro siglo. En la República de Weimar y en la segunda República española, cayeron “las primeras bóvedas de una nueva construcción social”, como dijo Reyes Heróles hace ya medio siglo, cuando proponía un Estado Social de Derecho en que la libertad ocupara el primer plano y la propiedad sólo el segundo.<sup>76</sup> Luego fueron minadas, dichosamente, ciertas aventuras sombrías. Al final, más por su ineficiencia que por su dureza insoportable, se desplomó el último modelo del Estado absoluto. En su germen hubo una ilusión que se ha desvanecido; dice un antiguo marxista:

La ilusión no acompaña a la historia comunista... Tiene su fundamento en la imaginación política del hombre moderno... Así se explica que sólo haya podido desaparecer al desvanecerse aquello de lo que se nutría: siendo una creencia en la salvación por la historia, sólo podía ceder a un mentis radical de la historia.<sup>77</sup>

En el umbral del nuevo siglo —una expresión que conforta, como si tuviera una competencia mágica que no posee el umbral de cualquier nuevo día, aunque se trate, en rigor, de lo mismo— el hombre no parece abismarse en utopías. Busca solución a sus problemas concretos; requiere, para ello, de soluciones directas, inmediatas y tangibles. Sin embargo, para que las haya de veras, será preciso reanudar el hilo perdido; continuar la utopía, aunque le neguemos este nombre y reneguemos de ella. Porque todo hace suponer que para hallar esas soluciones en la vida corriente de todos los días, habrá que instituir un Estado de derecho justo que las provea con la fuerza de las convicciones y el vigor de los brazos de sus ciudadanos. Y eso es una utopía. En ese rumbo podemos movilizarlos, si no nos distraen las solicitudes que han olvidado la historia y que poco saben de los hombres.

<sup>75</sup> Cfr. Bouvier, *L'Etat sans politique...*, cit., p. 236.

<sup>76</sup> Cfr. *Tendencias actuales del Estado*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 39 y 46.

<sup>77</sup> Furet, François, *El pasado de una ilusión. Ensayo sobre la idea comunista en el siglo XX*, trad. de Mónica Utrilla, México, FCE, 1995, p. 11.

## LA JURISDICCIÓN Y LOS VALORES DE LA DEMOCRACIA\*

SUMARIO: I. *Democracia y jurisdicción*. II. *El juzgador*. III. *Poderes de la justicia*. IV. *Control de la constitucionalidad de la ley*. V. *Interpretación*. VI. *Un “activismo judicial”*.

### I. DEMOCRACIA Y JURISDICCIÓN

El tema general que se ha planteado —la relación entre la ética y el poder: una extraña relación, acaso contra natura, dice la voz del pueblo—, me sugiere un tema particular, en el que se refugian algunas implicaciones de aquél: el papel de la jurisdicción —una de las funciones que asume el poder— en la recepción y preservación de los valores de la democracia —uno de los espacios que la ética debiera ilustrar—.

Al referirme a la democracia, voy más allá de la acepción formal. Ésta se construye con las respuestas a un par de preguntas que enuncia Bobbio: “quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas” y “bajo qué procedimientos”.<sup>1</sup> Se trata de la democracia sin adjetivos, como dice Sartori: la democracia política,<sup>2</sup> o en otros términos, la que resuelve el gobierno “del” pueblo y “por” el pueblo. Pero no es esta la única versión posible: resta la democracia con adjetivos, para los seres humanos de carne y hueso, es decir, el gobierno “para” el pueblo, que todavía proclama la Constitución de la Quinta República francesa.<sup>3</sup>

Y la jurisdicción —potestad de resolver controversias, con la majestad de una sentencia— está llamada a servir los valores de ambas espe-

\* En González, Juliana (coord.), *Moral y poder*, México, Secretaría de Educación Pública, Academia Mexicana de Ciencias, Consejo Consultivo de Ciencias de la Presidencia de la República, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2000, pp. 99-108.

<sup>1</sup> *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, 2a. ed., 2a. reimp., México, FCE, 1977, pp. 24 y 25.

<sup>2</sup> Cfr. Sartori, Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, trad. de Miguel Ángel González Rodríguez, México, Tribunal Federal Electoral/Instituto Federal Electoral, 1993, p. 8.

<sup>3</sup> El artículo 2o., *in fine*, señala que el “principio” de la República francesa es: “*gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*”.



cies de la democracia. En un caso, deberá retener el poder en las manos del pueblo, asegurar la separación de los poderes del Estado, ceñirlos en el recinto de sus facultades, garantizar el espacio de la libertad. En el otro, habrá de impulsar la igualdad, concebida más como un punto de llegada que como un punto de partida,<sup>4</sup> mejorar la calidad de la vida, guarecer las condiciones que permitan a cada quien alcanzar, con el pleno ejercicio de sus potencialidades, su mejor destino.

Esa misión queda de manifiesto en textos como el muy explícito artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, que impone a los

poderes públicos (el judicial, obviamente, entre ellos) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

Por ello se asegura que la Constitución española “instala una jurisprudencia de valores”.<sup>5</sup>

## II. EL JUZGADOR

Todo lo anterior queda en las manos del agente de la jurisdicción, figura clave del proceso: el juzgador. No en balde se mira en éste, observado a trasluz, cierta función divina. Dios mismo es “supremo Juez”. A esto conducen diversas expresiones o pretensiones de la función jurisdiccional.

- a) Por una parte, se supone que el tribunal es competente para deslindar el vicio de la virtud, la bondad de la maldad, la inocencia de la culpabilidad; no sólo trabaja sobre la inmediata realidad; también se abisma en la conciencia. Es decir, se le atribuye de manera oficial lo que no se encomienda, también oficialmente, a ningún otro individuo.

4 Rubio Llorente sostiene que el principio de igualdad es, en cierto modo, el contenido esencial de la idea de justicia; y que “la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad”. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 644.

5 García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 148.

- b) Por otra parte, se inviste al juez con la autoridad de disponer de los bienes de sus conciudadanos: la vida inclusive, pero por lo menos el patrimonio y la libertad.
- c) Y por último, se reconoce que su palabra final —la sentencia— es la verdad legal, a la que se supeditan todas las supuestas verdades que el Estado pudiera pretender: así, la verdad legislativa o la verdad, mucho más precaria y subalterna, de la Administración. Los mayores poderes del Estado son, en fin de cuentas, las armas y la cosa juzgada, que *pro veritati habetur*. En su expresión más legítima, aquéllas sirven para sostener ésta, jamás a la inversa.

Así, el titular de la jurisdicción resulta ser dueño de vidas y haciendas, aunque no se le caracterice nunca de esta manera, reservada al poderoso arbitrario. Se habla, más bien, del “hombre bueno” que ofrecen las Siete Partidas;<sup>6</sup> y se confía en él, con una convicción o una devoción que se resumen en la sabida anécdota del molinero alemán, apremiado por Federico el Grande: el emperador no arrollaría el derecho del molinero mientras hubiese jueces en Berlín. No habría mejor estampa de integridad judicial y subordinación del poder imperioso al poder racional, que es uno de los rasgos preciosos en la construcción de la moderna magistratura.

La defensa del ciudadano ha tenido su baluarte en los magistrados: en nuestra tradición, el Justicia Mayor de Aragón; en la anglosajona, los grandes juzgadores: los Bracton, los Coke, los Mansfield, los Blackstone.<sup>7</sup> El juez llega a ser —en palabras de Rodolfo Stammmer— el modelo de la sociedad:<sup>8</sup> “cuando juzga, él solo es a la vez el pueblo y el Estado, cargado con toda la responsabilidad del Estado”.<sup>9</sup>

De ahí, pues, el papel de la jurisdicción —llamada en síntesis, o bien, en compendio de esperanza: “la justicia”— para el éxito del gobierno. Ludovico Settala, en sus reflexiones sobre el poder, dijo bien que no es verdad que los Estados se conserven “con dos cadenas de diamante: la fuerza y el miedo”, como repetía Dionisio de Siracusa. “Por el contrario, el imperio y la buena voluntad del pueblo se mantienen con la escrupulo-

6 Los jueces son “*homes bonos que son puestos para mandar e facer Derecho*”. Part. 3a., título 4o., ley 1a.

7 Cfr. Vázquez Sotelo, José Luis, *Sistemas jurídicos y formación de jueces y abogados*, Barcelona, PPU, 1995, pp. 28 y 29.

8 Cfr. *El juez*, trad. de Emilio F. Camus, Habana, Cultural, 1941, p. 111.

9 Sternberg, Theodor, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de José Rovira y Ermengol, México, Ed. Nacional, 1956, p. 206.

sa administración de la justicia”. Sin ella, ni siquiera Júpiter hubiera podido gobernar.<sup>10</sup>

Por ello el juez, que debe decidir con pleno conocimiento, con lucidez, con intermediación, con independencia, con imparcialidad, no podría desconocer al hombre que reclama la justicia, porque acabaría por ignorar la materia sobre la que juzga. En consecuencia, decae la figura de la diosa con vendas sobre los ojos, que a ciegas no sabría cómo se mueve la balanza ni sobre quién cae el filo de la espada; y prevalece —sostiene Gustavo Radbruch— la imagen que propone Crisipo: “los ojos muy abiertos” y la “mirada severa e imponente”.<sup>11</sup>

### III. PODERES DE LA JUSTICIA

Hoy se supone, generalmente, que los amagos de la fuerza se abaten sobre el individuo a partir del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, y que el Judicial debe actuar como protector del derecho subjetivo. No siempre fue así. En un momento, toda la fuerza se acumuló en el Legislativo, depositario de la *volonté générale* rusoyana, y se vio con desconfianza al juzgador, encomendero del monarca absoluto.<sup>12</sup> Esto explica la expresión de Montesquieu: el Poder Judicial es “en cierto modo nulo”, y otra: el juez es “la boca que pronuncia la palabra de la ley”.<sup>13</sup>

Las cosas ya no son así. El viraje ha sido total. Se expresa, a mi juicio, en una triple dimensión de la justicia contemporánea, resuelta a desempeñar una función activa en la preservación de la democracia y de los derechos de los gobernados, y armada con las atribuciones para hacerlo. Primero, la capacidad de juzgar no sólo acerca del caso justiciable que tiene a la vista, sino sobre la ley misma que se pretende aplicar. Segundo, la creciente facultad de interpretar las normas más allá de la letra escueta y de los antecedentes legislativos. Y tercero, la decisión de asumir una función reivindicatoria de los valores colectivos, al punto de ejercer el

10 Settala, Ludovico, *La razón de Estado*, trad. de Carlo Arienti, México, FCE, 1988, p. 90.

11 *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, 3a. reimp., México, FCE, 1951, p. 139.

12 Acerca de este desarrollo, *cfr.* Fernández Segado, Antonio, “Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad”, en Varios, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, D. García Belaunde y F. Fernández Segado (coords.), Dykinson, S. L., Madrid/Ediciones Jurídicas, Lima/Editorial Jurídica Veracruzana/Editorial Jurídica E. Esteva, Uruguay, Madrid, 1997, pp. 45 y ss.

13 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévez, 4a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 106 y 108.

“control de la virtud”, en expresión de Alesandro Pizzorno,<sup>14</sup> o bien, de emprender la “refundación de la República”, en frase de Massimo Morisi,<sup>15</sup> como adelante veremos.

#### IV. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

La primera dimensión mencionada, es decir, el juicio sobre la constitucionalidad de la ley y no sólo la aplicación de ésta al caso contencioso, obedece a dos factores de suma importancia. Uno de ellos es el principio de supremacía constitucional, asociado a la idea de que la Constitución no es apenas un proyecto político, sino una verdadera norma, que crea deberes y derechos exigibles. El otro, la generalizada entrega del control de constitucionalidad de leyes a los tribunales, no a los órganos políticos como se quiso alguna vez. Esto último proviene de los albores del constitucionalismo estadounidense, que son los albores del constitucionalismo universal. Hamilton acreditó la mayor confiabilidad del Poder Judicial, menos peligroso que los otros porque “no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento”.<sup>16</sup>

Cuando el juzgador es llamado a juzgar la ley, se opera el gran relevo del poder: un “destronamiento” del legislador, como lo califica el autor español Rubio Llorente.<sup>17</sup> Y es en este momento que la función jurisdiccional acude a proteger con más diligencia y eficacia los valores de la democracia insertos en la Constitución: ni el legislador ni el gobierno serán señores de sus propias decisiones; éstas se plegarán a la ley fundamental, y el tribunal será único “juez de la ley”.<sup>18</sup> La fecunda tesis, una pica en Flandes, con remotos antecedentes,<sup>19</sup> queda como mérito de una sentencia señera de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos,

14 Cfr. *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma, Editori Laterza, 1998, p. 13.

15 Cfr. “Giurisdizione e politica antiche domande sull’onda del caso italiano”, Institut de Ciències Polítiques i Socials, *Working Papers*, Barcelona, núm. 95, 1994, p. 4.

16 Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista (LXXVIII)*, trad. de Gustavo R. Velasco, 2a. ed., México, FCE, 1957, pp. 330 y 331.

17 Cfr. “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 583.

18 Favoreu, Louis, “Los tribunales constitucionales”, trad. de José Julio Fernández Rodríguez, en Varios, *La jurisdicción constitucional...*, cit., p. 104.

19 Así, el caso del doctor Bonham, resuelto por Edward Coke, en Inglaterra (1610). Cfr. Fernández Segado, “Evolución histórica y modelos...”, en Varios, *La jurisdicción constitucional...*, cit., pp. 51 y 52.

elaborada por Marshall, en el caso *Marbury contra Madison* (1803), el más famoso en la historia de la jurisprudencia estadounidense.<sup>20</sup>

## V. INTERPRETACIÓN

La función judicial a la que me vengo refiriendo no se agota en el control de la constitucionalidad. También alumbró en una tarea cotidiana y característica: la interpretación de las normas. Ésta incorpora una variante creativa en el traído y llevado silogismo judicial. El tribunal hace más que extraer una conclusión: debe fecundar la premisa mayor, actualizarla, ponerla al día, iluminarla. Ello implica una relectura de las leyes y, en fin de cuentas, como también se ha dicho, una intervención del juzgador en el proceso legislativo; y acaso mucho más que eso: la incursión en la política, bajo una divisa legal y moral. Así se humaniza el juez, autor de unas sentencias que también “están hechas de carne, hueso y sangre”.<sup>21</sup>

El alcance de la interpretación se observa muy acentuadamente en el desempeño de los tribunales estadounidenses. Señala García-Pelayo que éstos “han perdido la específica misión judicial para convertirse en tribunales con misión política y, en consecuencia, beligerantes dentro del complejo social americano”.<sup>22</sup> Es así que el juez extrae la decisión de su sentimiento —como en la etimología de la palabra sentencia—: se constituye en “hombre político que vive en sociedad, y que participa en la dinámica de aspiraciones económicas y morales, de apetitos y repugnancias, y hasta de ‘mitos’, y de todo aquello que puede denominarse, de manera comprensiva, corrientes ‘políticas’ de su tiempo”.<sup>23</sup>

20 Cfr. Rehnquist, William H., *The Supreme Court. How it was, How it is*, Nueva York, William Morrow and Company, 1987, p. 114.

21 Rovira Viñas, Antonio, “El derecho a la justicia”, en Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Costa Rica, Unión Europea/Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1996, p. 56.

22 *Derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1964, p. 438.

23 La “transformación de política en derecho es realizada de vez en cuando por el juez para el caso particular, como *lex specialis*, y no anticipadamente por el legislador, constituyendo lo que la teoría ha denominado la creación judicial del derecho, el ‘derecho libre’”. Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, pp. 66 y 67.

Esto es inevitable, y en todo caso sirve para dar sentido contemporáneo a los valores de la democracia, que no es un sistema perfecto y detenido. El tema se planteó, con una pregunta que fue al mismo tiempo respuesta, en la sentencia dictada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Borghis contra Falk Co.* (1911): “Cuando una Constitución del siglo XVIII forma la carta de libertad de un Estado del siglo XX, ¿han de ser sus preceptos generales construidos e interpretados con un espíritu del siglo XVIII?”<sup>24</sup>

El Poder Judicial de nuestro tiempo no ofrece un paisaje homogéneo. Muchos apremios lo determinan. Es “él y su circunstancia”. Una es la experiencia de la democracia perseverante, en proceso de evolución. Otra, la de las nuevas democracias. Otra más, por supuesto, la del autoritarismo. Y otra la de la transición.

## VI. UN “ACTIVISMO JUDICIAL”

En las últimas décadas ha cobrado nuevo vuelo la intervención judicial en la preservación de los valores democráticos por una vía inesperada. El terrorismo y, sobre todo, la corrupción, suscitaron un insólito activismo judicial. Ello se ha visto en la experiencia italiana de los juicios de *Mani pulite* (manos limpias), que marcan, a su manera, un punto de inflexión en la historia judicial. Adquiere ímpetu la intervención de los juzgadores en los procesos de renovación social y política. Esto hace de los tribunales un “poder depurador” que toma su impulso de la exigencia social insatisfecha por los otros agentes políticos y en la decisión de la magistratura de colmar el vacío que generó el repliegue del juego democrático en el parlamento. Cuando la oposición amaina y los personajes del congreso se “entienden”, los tribunales avanzan.<sup>25</sup>

Se habla de una revolución judicial —si no de un gobierno de los jueces—,<sup>26</sup> que va de la mano de la transición italiana hacia un nuevo régimen político, “porque de eso se trata” precisamente, refiere Morisi. El activismo judicial italiano ha recogido la “demanda de legalidad, de justicia y de moralidad pública”; ha logrado una adhesión casi “plebiscitaria”; es el “presupuesto para refundar la república y dotarla de nueva éli-

24 Cit. García-Pelayo, *Derecho...*, cit., p. 425.

25 Cfr. la descripción del caso italiano en Pizzorno, *Il potere dei giudici...*, cit., pp. 67 y ss.

26 Cfr. Morisi, Massimo, “Giurisdizioni e politica...”, en Institut de Ciències Polítiques i Socials, *Working Papers...*, cit., p. 3.

te, nuevas reglas de juego y nuevos principios de legitimación”.<sup>27</sup> Nunca antes se había confiado semejante designio a la judicatura.

A partir de referencias morales y políticas propias, que arraigan en la conciencia social, los tribunales realizan el “control de la pulcritud (*correttezza*) política”, o más todavía, el “control de la virtud”; ello significa un paso adelante entre los varios que se han dado en la relación de las instituciones judiciales con las instituciones representativas.<sup>28</sup> Se trata de un momento crítico: no se caracteriza por el antiguo allanamiento de la judicatura, sino por la insurgencia de ésta, que genera enfrentamientos entre los poderes que alguna vez fueron aliados.

Con oscilaciones y retrocesos, amagos y rupturas, la corriente muestra una dirección dominante: el Poder Judicial ha encontrado una nueva razón legitimadora en la custodia de los valores de la democracia. Esta es otra forma de ejercer el juego de frenos y contrapesos, muy distante de la que pudo observar —o imaginar— Montesquieu. En fin de cuentas, un poder no electo —por regla general— ha asumido el papel de contralor de los poderes electos; esta es una paradoja en el sistema de la democracia formal, pero una útil paradoja. El activismo judicial, si sortea la tentación de convertir a la justicia en espectáculo y elude el riesgo del protagonismo, que siempre acechan, habrá contribuido significativamente a la racionalización del poder y algo más: a la depuración de los poderosos, una forma eficaz de preservar la democracia.

27 *Ibidem*, p. 4.

28 Cfr. Pizzorno, *I poteri dei giudici...*, *cit.*, pp. 22 y 23.

## LA REFORMA JUDICIAL\*

Hace unos días se realizó en la ciudad de México el IV Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública, bajo los auspicios del laborioso Instituto Nacional de Administración Pública. En este encuentro, al que asistieron especialistas en administración pública de la mayoría de los países del continente, tuvo lugar un panel específico acerca de “La reforma del Estado en México y sus implicaciones políticas y administrativas en la vida del país”. En ese encuentro fueron presentados diversos panoramas sectoriales de la reforma del Estado, que abarcaron política, economía, control, reforma local (Distrito Federal) y Poder Judicial. Tuve a mi cargo la exposición de este último tema, al que dediqué las reflexiones que en seguida reproduzco.

La reflexión sobre una “reforma judicial” debe practicarse en el contexto y conforme a las pretensiones que la explican y justifican. De este modo se miden su pertinencia, su congruencia y su eficacia. Sólo así adquiere pleno sentido el análisis de la reforma judicial, porque sólo así lo tiene la reforma a la que aquél se aplica.

La reforma judicial es parte de la reforma del Estado, aunque no se agota en ésta, por supuesto. La decadencia de cierta variedad de Estado puso en boga la necesidad de reformar el Estado y ha propuesto, además, una serie de acepciones sobre lo que implica ese cambio. Es preciso, por lo tanto, decir de qué se habla cuando se alude a la reforma del Estado y, dentro de ella, a la de uno de sus poderes, que abarca buena parte de una de sus funciones, cuya importancia y visibilidad crecen hoy día: hacer justicia mediante el ejercicio de la jurisdicción, que desde luego no es toda la justicia que debe hacer o emprender el Estado.

\* Trabajo presentado en el panel acerca de “La reforma del Estado en México y sus implicaciones políticas y administrativas en la vida del país”, correspondiente al IV Congreso Internacional del CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo) sobre la Reforma del Estado y la Administración Pública. México, 21 de octubre de 1999.



A veces se aligera el contenido de la reforma del Estado, confundiéndola con una renovación administrativa. En ocasiones, se llega un poco más lejos: cambios de algún calado en el Poder Ejecutivo. Una versión modesta y casi geométrica de la reforma del Estado aparece cuando la obsesión consiste en modificar el volumen del aparato público; entonces se transita —en plan de reforma— del Estado voluminoso, que también puede ser “máximo”, al Estado enjuto, que también puede ser “mínimo”. En este orden, el tránsito iría en línea recta de Leviatán a la sardina, pasando por diversas estaciones de biología política.

También se ha creído que reforma del Estado es revisión de la estructura y las relaciones que guardan entre sí los Poderes o los planos o niveles del Estado. Entonces la reforma consiste en el gran reacomodo de las piezas y del papel que les incumbe: sea que vengan al caso los Poderes tradicionales —y los órganos que comienzan a formarse en torno, sin acomodo perfecto en alguno de aquéllos—, sea que se tomen en cuenta las atribuciones y las evoluciones del Poder central y de los poderes que encarnan en las autonomías o en las entidades federadas.

A mi juicio, nada de eso es verdaderamente reforma del Estado, aunque pueda funcionar como síntoma de que el Estado se está —o no se está— reformando. En esencia, el Estado es una terminal de un sistema de relaciones entre poder político, sociedad e individuos, que sirve al designio planteado como finalidad de “toda asociación política” desde la Declaración de Derechos de 1789 —que en este punto reprodujeron en México, casi literalmente, la Carta de Apatzingán y la Constitución de 1857—, es decir, la preservación de los derechos esenciales del ser humano. Por supuesto, ha pasado mucha agua bajo el puente en los últimos dos siglos: entre aquella fecha y este fin de siglo, ha crecido el catálogo de los derechos.

Este mismo proyecto político, moral y jurídico se puede referir con diversos términos, como “felicidad del pueblo”, para usar una expresión clásica, “justicia social”, un giro que todavía se localiza en varias Constituciones, o “bien común”, “desarrollo social” o “bienestar colectivo”, para ponerlo en fórmulas de uso corriente. El Estado se reforma cuando las relaciones que guarda con la sociedad y los individuos marchan —y además avanzan— en ese sentido. Otra cosa puede ser una reforma política o académica, insuficiente la primera e irrelevante la segunda, si no alcanzan los objetivos materiales, no sólo estructurales, que he mencionado.

Dentro de este concepto, la reforma del Poder Judicial corresponde a un doble propósito, que es al mismo tiempo su guía y su prueba de fuego:

por una parte, la protección de los derechos —y en éstos, las libertades—, y por la otra, el acceso a la justicia. Ambos propósitos adquieren contenido específico bajo una fórmula contemporánea, que admitimos pacíficamente: el Estado social y democrático de derecho.

La protección de derechos y libertades tiene su cimiento en la independencia judicial y en la supremacía —eficaz y militante— de la Constitución política, comprometida con valores sociales. De ahí que la nueva jurisprudencia —la gran jurisprudencia— deba ser una “jurisprudencia de valores”. El acceso a la justicia, por su lado, se expresa en dos dimensiones: acceso formal, como posibilidad —real— de plantear las propias pretensiones ante los órganos que deben juzgarlos, y acceso material como posibilidad —real asimismo— de obtener la satisfacción de los intereses legítimos a través de una sentencia justa.

Establecido así el marco de mis reflexiones, diría que en el proceso de una reforma del Estado —incierta todavía— será necesario considerar detenidamente y ajustar a las condiciones de la vida social específica (puesto que no se reforma al Estado en abstracto, sino se reforma un Estado concreto), la reforma judicial, o si se prefiere, la reforma del Poder Judicial ha procurado atender esos compromisos, que asume como sus deberes naturales. La forma de hacerlo está sujeta a debate, y los progresos obtenidos son diversos: desde notables en algunos campos, hasta modestos en otros. Hay presencias importantes y ausencias preocupantes. Obviamente, existen diversas valoraciones sobre este asunto. Ninguna afirma que se ha obtenido todo lo que se quería, y ninguna asegura que no se ha obtenido nada. Estamos en una estación del camino.

En el Estado moderno, el Poder Judicial es un verdadero poder por sí mismo, y se necesita imperiosamente que lo sea. Ya no puede constituir el poder “en cierta forma nulo” que previno “El espíritu de las leyes”. Y esto no sólo para que cumpla su función tradicional de resolver controversias, sino también la más reciente de interpretar el derecho progresivamente y fijar derroteros. Para todo ello debe ser independiente, y para que lo sea necesita unas normas que lo afirmen y una circunstancia que lo haga posible. Creo que hemos dado pasos adelante en ambos planos.

Señalé que entre los propósitos de la reforma judicial se halla la protección de los derechos y las libertades de los individuos. Esto supone erigir al Poder Judicial como protector del Estado de derecho y como administrador de las garantías que son el escudo de los particulares. Ni en aquella misión ni en ésta —mucho menos—, la reforma es puramente or-

gánica o procesal: va a la entraña de la transformación necesaria; revisa la relación Estado-sociedad-individuo, genera certeza y brinda tutela. Sin necesidad de crear un “gobierno de jueces”, se reconoce el papel de los jueces en el gobierno, dicho esto en su acepción más dilatada. Aquí opera lo que un maestro español ha llamado el “destronamiento” del legislador por el juzgador, que adquiere prestancia en el “juicio de las leyes” —al que me referiré adelante— y no sólo de las relaciones jurídicas que derivan de la aplicación de esas leyes.

Todo hace suponer que en el tiempo que se avecina crecerá la relevancia de la administración de justicia y aumentarán las expectativas en torno a ésta, como un dato de serenidad y objetividad en la conducción de la vida social. Esto, en virtud del proceso de cambio —no diré transición a la democracia ni “normalización democrática”, conceptos que exigirían muchas explicaciones y correcciones— que está ocurriendo en México. La intensidad del debate exige, en bien de la estabilidad, un desempeño jurisdiccional imparcial, equilibrado y prudente, como “último remedio” de la contienda. Esta es la contribución de la judicatura a la gobernabilidad. Por otra parte, esa intensificación del debate puede desencauzar la corriente, llevando a la vía judicial problemas que reclaman otros cauces. Y esa sería una piedra en el camino para la tarea judicial como agente de la gobernabilidad.

Entre las reformas de los últimos años, que viajan en el sentido de una verdadera reforma, figuran el nuevo régimen para la designación de los juzgadores de más alto rango, que aún tiene claroscuros, como los ofrece cualquier sistema de designación por los otros poderes. Este no escapa a los riesgos del juego de los partidos.

También cuenta aquí la creación del órgano de autogobierno, el Consejo de la Judicatura, heredado de una vasta tradición europea y latinoamericana, en la cual también existen tropiezos que debieron obligarnos a mayor cautela. Con ella debimos actuar, igualmente, en el primero e impetuoso diseño de ese órgano, para evitar un proceso que pudimos ahorrarnos: reformar la reforma antes de un lustro de vigencia. Sin embargo, la tendencia a deslindar lo jurisdiccional de lo administrativo, y a fortalecer por esta vía la independencia de la judicatura en el seno del Poder Judicial y frente a los otros poderes, representa un paso adelante en el rumbo adecuado.

Otro tema relevante es la carrera judicial, que finalmente ha llegado, quizá para quedarse. No han sido pocos los esfuerzos para lograr un ser-

vicio civil de carrera en nuestro país. Los obstáculos históricos, que atendieron a cierta lógica superada, operaron también en el servicio de la justicia, cuya extraordinaria delicadeza no requiere ponderación. Me parece un acierto la consagración constitucional de la carrera judicial, vinculada con los Consejos de la Judicatura y enlazada con la independencia judicial: como factor y como efecto de ésta. Se han dado ya los primeros pasos.

El sistema de garantías de los derechos y las libertades merece especial atención. Aquí ha habido movimientos de valor desigual. El juicio de amparo, que aloja diversas instituciones jurisdiccionales —del *habeas corpus* al control de la constitucionalidad—, sigue siendo la principal defensa del individuo frente al poder público, todavía no frente al poder social, como ocurriría si se aceptara el amparo de efectos horizontales que anhela un sector de la doctrina extranjera.

Ahora bien, en el ámbito del amparo las reformas han sido generalmente reducidas y han tenido que ver más con aspectos cuantitativos que cualitativos. Me explicaré. Se han creado más juzgados y tribunales y se ha modificado la competencia material de los órganos de conocimiento, en el proceso de redefinir las atribuciones de la Suprema Corte y de los tribunales de circuito. Esto enlaza con alguno de los aspectos del acceso a la justicia y con la paulatina construcción de una justicia constitucional específica. Empero, difícilmente se podría decir que el amparo es ya ese “recurso sencillo y rápido” que previenen instrumentos internacionales de los que México es parte. Por ello tenemos aquí una magna reforma por hacer.

La justicia administrativa, que es una pieza esencial del Estado de derecho —bajo las diversas modalidades que se han establecido— ha progresado conforme se afianza la subordinación del poder al derecho y se asegura el ámbito de libertades y facultades de los individuos. En México, es un hecho el avance del contencioso, confiado a tribunales cuya competencia crece. Este es, inclusive, uno de los signos característicos de la evolución judicial en los años recientes.

La reforma judicial de 1994-1995, que buscó llevar adelante la más ambiciosa transformación en la justicia, y de la que aún está pendiente una valoración puntual, confirmó opciones o aportó novedades que es preciso tomar en cuenta. Con éstas se impulsó lo que he denominado la reforma de la “macrojusticia”, esto es, el cambio en las instancias superiores del aparato judicial y en los procedimientos sobre constitucionalidad. Una nueva etapa de reformas, que complementara la del Poder Judi-

cial dentro de la del Estado, entendida bajo el concepto que considero preferible, debiera atender a la “microjusticia”. Es obvio que estas calificaciones están tomadas del debate sobre temas económicos y tienen aquí un significado semejante al que posee allá.

Con la reforma de 1994-1995 se confirmó la justicia constitucional a cargo de la Suprema Corte. Esto resolvió el tema en favor del sistema concentrado, no obstante una antigua norma constitucional, todavía vigente, que opta por el sistema de control difuso (artículo 133). Por otra parte, se amplió el régimen de las controversias constitucionales, que son, en esencia, un debate entre órganos del Estado —a menudo una confrontación más política que jurídica— a propósito de sus atribuciones constitucionales, y cuyos resultados han sido magros. Finalmente, se establecieron las acciones de inconstitucionalidad, oriundas de la justicia constitucional europea y latinoamericana, que en la realidad se han dirigido casi totalmente a materias electorales, lo cual refleja la “temperatura” de la sociedad mexicana.

El amparo, una institución multifacética, pudo ser el medio para arribar al control constitucional de las leyes con efectos absolutos. Empero, se optó por la acción de inconstitucionalidad, nuestra versión de lo que en otros medios se conoce como recurso de inconstitucionalidad. La legitimación activa se resolvió —como en varios países europeos, aunque más limitadamente— en favor de fracciones minoritarias de los órganos legislativos, y últimamente de la dirigencia de los partidos políticos, cuando se cuestiona la constitucionalidad de normas electorales. Algunas opiniones —que suscribo— sugieren adoptar la acción popular, como sucede en diversas legislaciones latinoamericanas; esto “democratizaría” la iniciativa de control constitucional: la disputa entre “poderosos” perdería la exclusividad que ahora tiene y aparecería en el escenario el derecho individual a la supremacía constitucional. Con ello ganarían la justicia y la democracia.

En esta línea de cambios, se hallan pendientes otras instituciones de alcance general o particular, ampliamente conocidas en derecho comparado, que acentúan el quehacer del Poder Judicial como defensor del Estado de derecho y de los derechos de los particulares. Me limito a mencionarlas: control preventivo de leyes, tratados y reglamentos; cuestiones de inconstitucionalidad; juicio de inconstitucionalidad por omisión; mandamiento de injunção, y *habeas data*.

Es importante tomar en cuenta los cambios en órdenes jurisdiccionales específicos —consumados o en ciernes—, que también forman parte

de la reforma judicial en amplio sentido. A este respecto hay que citar por lo menos tres novedades en esta década: a) la “judicialización” de los conflictos agrarios, con la creación de una jurisdicción especializada; b) la controvertida tendencia a la integración de los tribunales independientes en el Poder Judicial, como ha ocurrido con la justicia electoral; y c) la cuestionable “penalización”, no sólo judicialización, de la materia de menores infractores. Hasta ahora no han prosperado los frecuentes planteamientos de reforma en la jurisdicción laboral.

El *ombudsman* y ciertas instituciones aleñañas —como la que ya opera en el caso de controversias entre prestadores y solicitantes de servicios médicos— constituyen una de las aportaciones más significativas de los años recientes. Los mencionamos, a pesar de que no son organismos judiciales, por su papel en la solución extrajudicial de litigios, con todo lo que esto puede significar para el descargo del aparato de justicia. Obviamente, el éxito de estas instituciones —como de tantas otras, asociadas al tema judicial— arraiga en la cultura de la legalidad, que aún no ha llegado a su mejor edad.

En la justicia ordinaria se han planteado soluciones alternativas al proceso. Este es un camino que conviene ensanchar. Ha ganado terreno la autocomposición, a través de la conciliación, en un creciente número de materias. La penal no es excepción. Pese a esfuerzos e iniciativas estimables, sigue pendiente la gran reforma del enjuiciamiento ordinario, sobre todo en el ámbito de la justicia común, que establezca verdaderamente la concentración, la oralidad, la intermediación y la celeridad.

Una buena parte de los esfuerzos reformadores en el campo judicial, así como en otros estrechamente relacionados con éste, se ha dirigido a la persecución penal. La mayoría de las reformas procesales constitucionales y legales en los últimos lustros se concentra en este punto, como efecto de los abundantes y crecientes problemas de seguridad pública. Sin embargo, es evidente que los factores de ésta exceden, con mucho, la capacidad de los órganos de persecución y enjuiciamiento. La reducción del tema a sus dimensiones policiales y judiciales constituye un costoso error. Sin embargo, el apremio por hallar soluciones inmediatas y efectivas ha guiado cambios, más procesales que orgánicos y más normativos que materiales. En el nuevo marco preceptivo, que se está formando de prisa, las garantías se retraen y aparece, acaso sin deliberación, un sistema paralelo cuyas características y posibles consecuencias es necesario ponderar.

En el espacio asignado a esta exposición, necesariamente breve, no es posible ir más lejos. Baste con haber señalado por lo menos algunos de los más significativos capítulos de una reforma en marcha. Esos capítulos contienen las líneas generales de lo que pudiera ser, en poco tiempo, una justicia renovada, dentro de un Estado que efectivamente se renueva. Por lo menos hay tendencias en este sentido, que no debieran ocultar las que militan en contra. Se ha dicho que la justicia es el sector menos atendido —y por ello menos desarrollado— en el conjunto de las funciones públicas. Es posible que así sea, y si es así, hay que aceptar la necesidad de que la reforma judicial comience por la reforma en el modo de entender y atender la justicia. Esto ya no es un trabajo sólo de los jueces, sino del Estado en pleno y de una sociedad cada vez más exigente y comprometida.\*

\* En la bibliohemerografía más reciente sobre los temas examinados en este panorama, figuran los siguientes libros y artículos: Carpizo, Jorge *et al.*, “La jurisdicción constitucional en México”, en Varios, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, D. García Belaúnde y F. Fernández Segado (coords.), Uruguay, Madrid, Dykinson, S. L., Madrid/Ediciones Jurídicas, Lima/Editorial Jurídica, Veracruzana/Editorial Jurídica E. Esteva, 1997; Castro, Juvenino V., *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 1997; Fix Fierro, Héctor, “Poder Judicial”, en Varios, *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999; Fix-Zamudio, Héctor, *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*, México, Poder Judicial Federal, Consejo de la Judicatura Federal, 1997; Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996; Fix-Zamudio, Héctor y Fix Fierro, Héctor, *El Consejo de la Judicatura*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996; García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997; *idem*, *La justicia agraria*, 3a. ed., México, Tribunal Superior Agrario, 1997; *idem*, “Organización y atribuciones del Ministerio Público. Examen de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de 1996”, en Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, *Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, México, 1996, t. VI, pp. 27-56; *idem* “La legislación orgánica de la Procuraduría General de la República”, *Anuario Jurídico 1996*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 47-59; Melgar Adalid, Mario, *El Consejo de la Judicatura Federal*, México, Porrúa, 1997; Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo* (apéndice: “La reforma judicial”), México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995; Varios, “La administración de justicia”, *Revista de Administración Pública*, México, núm. 95, 1997; Varios, “Las nuevas Procuradurías”, en *ibidem*, núm. 97, 1998, y Varios, *La justicia mexicana hacia el final del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Senado de la República, LVI Legislatura, 1997.

## ESTADO SOCIAL Y EMPRESA PÚBLICA. EL RÉGIMEN DE PETRÓLEOS MEXICANOS\*

SUMARIO: I. *Consideración preliminar. La alternativa.* II. *Estado social y compromiso constitucional. El derecho al desarrollo.* III. *Instrumentos del Estado social. Regulación, planeación e intervención.* IV. *Revolución, Constitución y Estado social en México.* V. *Naturaleza y formación de las empresas públicas.* VI. *Consideraciones complementarias sobre las empresas públicas en México.* VII. *Raíz y sentido de Petróleos Mexicanos.* VIII. *Antecedentes e itinerario del conflicto.* IX. *La expropiación.* X. *Régimen constitucional del petróleo.* XI. *Petróleos Mexicanos en la economía nacional.* XII. *Legislación aplicable a Petróleos Mexicanos como empresa pública.* XIII. *Legislación específica sobre el petróleo y la industria petrolera.* XIV. *Empresa pública petrolera y eficiencia operativa.*

### I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR. LA ALTERNATIVA

La empresa pública es una “criatura” del Estado social. En él tiene su fuente y su designio. También corre su suerte. En el Estado “máximo” predominan las empresas públicas —de Estado o colectivas—; en cambio, en el “mínimo” se restringen, retroceden. Se hallan sujetas, finalmente, a los grandes relevos dogmáticos, que tienen parte de su cimiento en la eficacia económica y parte en los juicios y prejuicios acerca de la libertad y la justicia: de un lado, el estatismo y sus exigencias nacionalizadoras; del otro, el mercado y sus demandas privatizadoras.

En el llamado Estado mínimo, que se ha convertido, para muchos, en un paradigma, el poder público retrocede —tanto como sea posible— a sus funciones nucleares; es decir, a su radicación original e inevitable. De tal suerte, el Estado mínimo resulta ser, al mismo tiempo, un Estado pri-

\* En *Pemex Lex*, México, número especial, marzo de 1997, pp. 16-64. Véase el texto “Anteproyecto de Ley que establece las bases para la organización y operación de Petróleos Mexicanos”, que se encuentra publicado a continuación de este artículo.



mitivo; se le exime de los trabajos de Hércules que propone el desarrollo individual y colectivo; sólo observa, vigila, modera y reprime.

Por otra parte, el Estado ampliado o extendido —caeríamos en un equívoco si hablásemos de Estado “máximo”— asume la carga del desarrollo; además de comprometerse con la seguridad —razón lógica, e inclusive histórica, del poder político—, se interesa en la justicia. Ambos son valores centrales del orden jurídico; de ahí que esta forma del Estado pueda describirse de otra manera a partir de la clásica proposición del Estado de derecho: como un Estado de derecho social (o Estado Social de Derecho) o de derecho justo. Aquí el poder público se vuelve providencial, y por ende, paternalista. Obviamente, hay diferencias de fondo —sustanciales e irreductibles— entre las diversas versiones del Estado extendido; una cosa es leviatán, bajo las modalidades más severas del autoritarismo, y otra es el benigno *welfare state*.

En el curso de una historia breve todavía, la exaltación de la libertad humana trajo consigo pretensiones liberadoras en todos los órdenes de la vida. Establecida la autonomía del hombre, fijados sus derechos naturales, confinado el poder público a una función de gendarmería —que nunca fue, sin embargo, tan neutral y aséptica como se supuso—, fluyeron fácilmente las consecuencias. Una de ellas, la libertad económica: libertad frente al poder público, pero no —porque se creyó que sería “contra natura”— frente a las leyes cuasinaturales que presiden los procesos económicos.

El mundo de la economía se asemejaba —dijeron— al de la naturaleza. Cierto que sus leyes no tienen el rigor inalterable de las leyes naturales; pero no menos cierto que cuenta con esas leyes, que en ellas se instala el progreso, que la sociedad política no puede contrariarlas, so pena de pagar un alto precio: padecería la sociedad económica. En suma, una “mano invisible” arregla el curso de las cosas; promueve la riqueza; genera la felicidad del pueblo, objetivo de todo buen gobierno. Ese es el marco de ideas, la ideología, en suma, que condujo una concepción de la vida social y de la acción del Estado, y que la conduce, floreciente, todavía.

En el acervo de los derechos naturales e inalienables del hombre, que proclamó la Déclaration de 1789, figuraban puntualmente los que así parecieron —naturales, inalienables— al hombre que llegaba al término del siglo XVIII; un hombre histórico, por lo tanto, sujeto a una experiencia y a una circunstancia: libertad, seguridad, propiedad, resistencia a la opresión. Si se añade la regla de igualdad en este guión de la “buena vida”

ciudadana, se tendrá completo el panorama de aquel tiempo que a veces parece remoto y a veces cercano.

El poder se había reunido —con algunos vertederos y no pocas grietas deliberadas— en las manos del rey absoluto. Éste disponía —más o menos, en el continente europeo— de la vida y la hacienda de sus vasallos. La tierra, sustancia y factor de la riqueza, se hallaba en manos de un estamento acaudalado; en torno giraban los artesanos, los comerciantes, los profesionales, pequeños actores de una sociedad inmóvil. El pensamiento discurría entre rejas: con un solo parlamento y permisos oficiales.

En consecuencia, no había libertad, igualdad, seguridad, propiedad. De ahí que la *Révolution* se creyera a salvo —en el primer tiempo— al restituir o instituir aquellos derechos fundamentales y acoplarles unas defensas que los resguardasen: la resistencia a la opresión —hasta culminar en un derecho revolucionario—, la división de poderes y un régimen de garantías, cuya elaboración ha sido uno de los campos más fértiles de todo el derecho subsecuente.

Los rigores de la Revolución Industrial, la redistribución de la riqueza —que pasó de una clase a otra, ambas elevadas y reducidas—, los desatinos de una libertad sin freno (hasta donde la imaginación alcance; lo asegura el derecho), los excesos de la igualdad absoluta (todos iguales: débiles y fuertes, sanos y enfermos, pobres y ricos, bajo el mismo rasero), las calamidades de la “mano invisible”, pronta a reducir salarios y sanear la economía con el desempleo, y lenta en hacer justicia y proveer al pueblo el pan de cada día, hicieron dudar —eso por lo menos: “dudar” primero— de las bondades del orden prevaleciente y de la suficiencia de los derechos naturales.

Había diversos caminos para resolver o aliviar el problema. Uno, como siempre, la utopía: nuevas formas de sociedad política y económica, presididas por viejas normas morales, todas fincadas en el “amor al prójimo”. Otro, la revisión del orden establecido, por diversos medios y con distintos instrumentos: desde la inversión de la historia, para reconstituir un poder absoluto que organizara la justicia, hasta la conciliación de libertades y pretensiones, para crear un orden equitativo que brindase a cada ciudadano condiciones de vida razonables, a partir de un mínimo irreductible. Este último método se sostenía en cierta idea sobre la dignidad humana. Cada ruta tuvo su alcance o consecuencia: sea el Estado totalitario, sea el Estado Social de Derecho.

La preocupación por zanjar paradojas —acotar la libertad, respetándola; y limitar la igualdad, defendiéndola— y reanudar la historia con un compromiso de justicia, demolió el Estado gendarme y edificó en su sitio otra versión del poder político. Se entendió, lúcidamente, que el poder político desprovisto de otras potestades llega a ser ilusorio en la lucha contra la mano invisible y las muchas manos visibles del proceso económico; y que, por lo tanto, es preciso que también asuma otras potestades: en la economía, en la educación y la cultura, en la promoción de rumbo para la vida colectiva.

En resumen, si el poder político no cuenta con aquellas atribuciones aparentemente externas, deja de ser poder para constituirse en mero instrumento, y se pone al servicio de los poderes genuinos, que actúan en la sombra o a la luz del día. Entonces padecen los ciudadanos que no forman parte de esos poderes genuinos; esto es, padece la mayoría.

## II. ESTADO SOCIAL Y COMPROMISO CONSTITUCIONAL. EL DERECHO AL DESARROLLO

El Estado social sometió a revisión, por lo tanto, el alcance de los derechos fundamentales, sin derogar ninguno, y se planteó la forma de difundirlos a los más en lugar de concentrarlos en los menos. Esto se hizo y documentó adecuadamente. El “documento adecuado” para las nuevas funciones del Estado —que de este modo consumaba una de sus reformas históricas— fue la Constitución nacional, que dio un paso más allá de las declaraciones ortodoxas y la creación de órganos y distribución de facultades entre ellos. El paso más allá consistió en la reorganización de las relaciones entre el Estado, la sociedad y los individuos; cuando esto ocurre de veras, existe una verdadera reforma del Estado. Eso sucedió al cabo del siglo XVIII y también en los albores del XX. Está ocurriendo en la víspera del XXI.

En los últimos lustros se habla con insistencia de la reforma del Estado, y se proponen acciones para conseguirla. Ya mencioné los datos esenciales que determinan, en mi concepto, una verdadera reforma del Estado: nuevo régimen de relaciones entre el poder público, la sociedad y el individuo. José Luis Ayala Espino, al analizar los límites del Estado y del mercado, en un ensayo sobre economía política del Estado, refiere que en los distintos enfoques y marcos conceptuales acerca de la reforma estatal existen diferencias instrumentales y valorativas.

Sin embargo, la reforma es concebida generalmente como un medio para lograr la modernización, elevar la eficiencia y la competitividad globales, ampliar la democracia y garantizar la justicia social. A estos objetivos se les atribuye un peso específico diferente de acuerdo a los enfoques y necesidades de los distintos países.

Luego este autor señala que dichas

diferencias reflejan los valores, ideologías e instrumentos de los paradigmas. La necesidad de la reforma parte de la propia crisis del Estado, en la medida en que éste se volvió variable relevante para la operación exitosa del sistema, pero también se convirtió, en el tiempo, en una restricción.

La contrapartida de la reforma del Estado —dato, ella misma, de esa reforma— se integra con los nuevos derechos de la persona. El hombre de la segunda mitad del siglo XIX y los primeros años del XX ya no era el mismo que un siglo antes desafió y venció al absolutismo. Las experiencias, las suspicacias, las exigencias eran diferentes; no por resta que sustrajera las de ayer a las de ahora, sino por suma que agrupara todas. Para el ciudadano de 1900 los derechos de 1800 no eran suficientes; había sufrido sus excesos y echaba de menos todo lo que dejaron fuera en sus defectos. Se requería un nuevo catálogo. En él se hallarían los “derechos sociales”: derechos de segunda generación, como también se ha dicho, que implican prestaciones y promociones —no apenas abstenciones— del poder público.

Si se miran las cosas a fondo, el conjunto de los derechos humanos que arriban hasta nuestros días —primera, segunda, tercera generaciones— se concreta en un derecho: al desarrollo. Esto quiere decir un derecho al desenvolvimiento del individuo, de manera que realice su destino, despliegue sus potencialidades, confiera pleno sentido a su existencia. Este derecho no se confunde con una atribución semejante en favor de los pueblos, aunque ciertamente lo supone: el desarrollo de los pueblos puede figurar y funcionar como *conditio sine qua non* para el de los individuos, esto es, para la satisfacción del derecho particular de cada uno, pero no sustituye al derecho de cada persona. Más aún, el macro desarrollo nacional puede militar en contra del derecho particular; la concentración de los beneficios del desarrollo lesiona o posterga —para la mayoría— el derecho al desarrollo personal.

El compromiso social del Estado, fijado a través de la Constitución —tema sobre el que volveré en otro lugar de este trabajo—, ha modificado en buena medida la tipología de las normas constitucionales. Paolo Biscaretti di Ruffia observa que en las leyes de este carácter coexiste una amplia gama de contenidos normativos. Hay disposiciones obligatorias o preceptivas, que inmediatamente hacen surgir derechos en favor y obligaciones a cargo de sus destinatarios, ejercitables o exigibles por vía judicial. Existen, asimismo, determinaciones organizativas o institutivas, que crean órganos o instituciones y manifiestan su composición y las atribuciones que se les confieren, sin entrar en el detalle orgánico y funcional propio de la legislación secundaria. Por último, hay disposiciones directivas o programáticas que establecen las directivas de acción a las que debe ajustarse el legislador ordinario y que desde luego conducen las actividades de la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades discrecionales. El compromiso constitucional mexicano se vale, desde luego, de las tres especies de normas; entre ellas destacan las programáticas, en las que se alojan los ideales y proyectos de la nación. El artículo 27 reserva a la nación el dominio y la explotación de los hidrocarburos; en tal virtud, establece una restricción inmediata y efectiva sobre la propiedad privada potencial. A su turno, otros preceptos que diseñan el horizonte ético de la nación mexicana —escriturado en la ley fundamental, si se permite la expresión; así, los artículos 25 y 26— señalan la forma y el rumbo para el aprovechamiento social de los bienes excluidos del dominio privado.

### III. INSTRUMENTOS DEL ESTADO SOCIAL. REGULACIÓN, PLANEACIÓN E INTERVENCIÓN

Para cumplir sus designios, el Estado social se vale de dos instrumentos. Es así como aquél se enfrenta al mercado, en cada una de las etapas por las que atraviesa esa antinomia tenaz: Estado-mercado. Primero amplía el espacio, el vigor y el horizonte de sus regulaciones. La ceñida regulación de antaño se ve sustituida por una regulación profusa. El ejemplo más claro de esta novedad es el derecho de planeación, que hace lo que no hizo el antiguo derecho: proponerse un destino y enfilear a la sociedad en esa dirección, con todos los instrumentos al alcance del Estado.

No ha sido uniforme el método de la planeación. En unos casos se practicó dentro de un modelo fuertemente autoritario, que sencillamente “devoró” a los hombres y a los grupos, alojados en la entraña de un le-

viatán actualizado. En otros casos la planeación se fraguó bajo un modelo democrático; entonces todos participan en la formación del plan, y consecuentemente en su ejecución. La rectoría económica del Estado tiene el sentido y los matices que le imprime cada uno de estos métodos de planeación.

Miguel de la Madrid, quien en su ejercicio como presidente de la República inició la reforma constitucional que traería consigo el régimen de planeación, señala que este sistema fue adoptado por los gobiernos mexicanos desde la Ley sobre Planeación General de la República de 1930. El Partido Nacional Revolucionario expidió el Plan Sexenal 1934-1940. Desde entonces aparecieron diversos actos de planeación, que culminaron el Plan Nacional de Desarrollo 1980-1992, que fijó las bases de un sistema nacional de planeación democrática. En 1982 fue reformada la Constitución para incorporar en ella disposiciones cuyo conjunto —con las normas preexistentes— integran el “capítulo económico” de la ley fundamental. Entre aquéllas figuran los mandamientos de los artículos 25 y 26, acerca de la planeación del desarrollo.

Es importante para los fines de este trabajo referir que el segundo párrafo del artículo 26 estatuye que “los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación”. De tal suerte se remite a un examen sistemático de la ley suprema que permita definir ese “proyecto nacional”, entendido como la más alta pretensión del pueblo sobre su destino; un haz de aspiraciones y determinaciones; en otros términos, el diseño que resulta de las decisiones políticas fundamentales de la nación mexicana. En este punto cobra relieve y prestigio la orientación social del orden jurídico presidido por la Constitución; el espíritu social de 1917 ilumina el proyecto nacional.

Dice también la ley suprema que el sistema de planeación democrática del desarrollo debe imprimir “solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación”. De esas prevenciones se desprende el régimen adoptado por la Ley de Planeación. Ésta dice —artículo 2o.— que la planeación deberá realizarse “como un medio para el eficaz desempeño de la responsabilidad del Estado sobre el desarrollo integral del país y deberá tender a la consecución de los fines y objetivos políticos, sociales, culturales y económicos” que contiene la Constitución.

Como se advierte, la planeación —método para la recepción y actuación del orden social querido por la ley suprema— no se contrae al creci-

miento económico, sino se halla estrechamente vinculada con un verdadero proceso de desarrollo, que necesariamente es un proceso de democratización integral. De tal suerte, el artículo 26 constitucional y su ley reglamentaria se enlazan con la norma toral del artículo 3o.

El segundo gran instrumento del que se vale el Estado social es la intervención directa en las relaciones colectivas. Ya no sólo regulación, pues, sino además injerencia, presencia, actuación, protagonismo. Los espacios que deja la actividad privada, aquéllos que es conveniente cubrir de inmediato o compartir con ella, e inclusive los que procede ocupar en exclusiva, son el campo de esas intervenciones del Estado que ha sido ordenador y se convierte, además, en actor.

La novedosa misión “benefactora” de Estado, en su versión de protagonista de numerosas actividades que antes le fueron ajenas, condujo a una reflexión sobre la mejor forma de cumplir ese desempeño. Era evidente que el poder público no había sido “pensado” ni estaba adecuadamente “equipado”, si se le veía en su organización tradicional, para el desempeño de labores como productor de bienes o prestador de servicios diferentes de los que tradicionalmente le correspondieron: policía (seguridad, en amplio sentido) y justicia, entre los originales y esenciales.

Por ello se tuvo que inventar otra forma del Estado; una ampliación orgánica que correspondiera a la ampliación funcional. Si se trataba de ingresar en el torrente de la producción y el servicio, había que hacerlo de manera que resultaran a salvo dos datos de la nueva composición: su adhesión al Estado y a los fines sociales de éste, por una parte; y su competencia para actuar en la materia de su atribución, con funcionalidad y eficacia, que no tendría si solamente constituyera una extensión de las oficinas públicas tradicionales.

Es así que surge el sector paraestatal, esto es, un conjunto de cuerpos paralelos al Estado denominado central. La frontera es tenue, pero no incierta. El sector paraestatal es Estado para determinados propósitos; no lo es en determinadas competencias. En otros términos, participa sólo relativamente de la naturaleza del Estado. Se distingue ante todas las miradas y para los fines de las relaciones jurídicas que le conciernen, por ciertos elementos: uno es la personalidad propia, que implica autonomía relativa y capacidad de convenir y actuar; otro es el patrimonio específico que tiene atribuido para el cumplimiento de sus fines institucionales.

El sector paraestatal es, finalmente, una expresión natural del sistema llamado de economía “mixta”; en éste la actividad económica de los par-

ticulares —expresiva de la economía privada de mercado— concurre con la iniciativa económica pública; de ahí la condición de “mixta”, que sube de punto si otros sectores se incorporan al conjunto; así, el denominado sector “social” de la economía.

Pero los pueblos no existen a solas en el planeta, cada uno dejado a su propia autoridad y a sus propias fuerzas. La autarquía es un sueño. Lo fue en el mundo antiguo; lo es, absolutamente, en el mundo moderno. La asimetría entre los pueblos, la desigualdad real entre los Estados, la intensa comunicación de ideas, bienes y personas, han establecido un orden internacional que pone a prueba el concepto y la práctica de la soberanía, como antes quedaron a prueba —y a menudo naufragaron— las autonomías de los individuos.

En tal virtud, se requiere que la fuerza del Estado, tomando la representación y organizando la fuerza de la nación, se constituya en garantía de la independencia de ésta; una independencia más o menos efectiva, no solamente nominal. Para ello sirvieron alguna vez los ejércitos; sin embargo, aquellas desigualdades de las que hablé, verdaderos abismos, disuaden el empleo de las armas. Es preciso echar mano de otros instrumentos. Estos constituyen la nueva trinchera; de su eficacia y suficiencia dependerán los movimientos virtuales en las fronteras.

El Estado político, económico, social, educativo, cultural, que es el garante de la soberanía en el interior, es también el gladiador en la frontera. De ahí que las naciones débiles suelen asociar la soberanía —tan cara e incierta— a la intervención del Estado, y sientan que cada paso atrás en las funciones de éste puede significar una cesión en el punto de la soberanía; los territorios que se abandonan en la retirada difícilmente se ocuparán otra vez. Dentro pueden florecer los poderes privados, nuevo gobierno nacional; y de afuera pueden llegar los poderes trasnacionales, nuevo gobierno universal. La idea de un mundo global, que ha caminado con asombrosa celeridad, actualiza estos riesgos.

#### IV. REVOLUCIÓN, CONSTITUCIÓN Y ESTADO SOCIAL EN MÉXICO

Este ha sido, aproximadamente, el itinerario del Estado social, sustento y continente de la empresa pública. Bajo esta perspectiva, siempre ilustrada por las circunstancias particulares, puede mirarse el caso de México. Aquí y en todas partes resulta evidente que “la constitución es tan



sólo un compromiso, no pudiendo ser otra cosa”, como dice Karl Loewenstein;

presenta una situación de equilibrio temporal entre las fuerzas sociales que participan en su nacimiento... Los grupos que participan en el acto de creación constitucional se esfuerzan, a través de una mutua acomodación de sus intereses, por conseguir un equilibrio aceptable para todos ellos, y que presente el máximo acercamiento entre la constitución real y legal...

Vale la pena recordar que en la historia constitucional de México hubo tendencias sociales, muy anteriores al ordenamiento de Querétaro. Son célebres las peticiones que en este sentido produjeron Ignacio Ramírez y Ponciano Arriaga. Este singular constituyente propuso a sus colegas liberales del Congreso de 1856-1857 un voto particular extraordinario en el que se revisaron las gravísimas condiciones en que se hallaban los habitantes de México, sometidos por un régimen injusto de distribución de la riqueza y remuneración del trabajo personal.

En el Congreso de aquel medio siglo quedaron en receso los planteamientos de Arriaga. El eminente jurista Vallarta, que aceptó las razones de su colega diputado, sugirió, sin embargo, que se excluyesen de las fórmulas constitucionales, en aras de la ortodoxia legislativa, pero también para no poner obstáculos al desarrollo industrial del país. El liberalismo puro, pues, dominó al liberalismo social. Pero el germen estaba sembrado y afloraría en Querétaro, sesenta años después.

Es verdad que la primera antorcha de la Revolución mexicana, en manos de Madero, quería encender las libertades políticas y restituir al pueblo, en general, las otras libertades individuales apesadas por el porfiriato. En este sentido, el énfasis se puso en el derecho al sufragio, en la no reelección —que alguna vez fue bandera del mismo Díaz— y en la libertad personal. Pero también es verdad que los seguidores de Madero, las legiones de campesinos, peones acasillados, sujetos de leva, candidatos a Valle Nacional, tenían las esperanzas cifradas en la tierra.

Hasta aquí llegaba una antigua historia que se inauguró con la invasión española de Mesoamérica. El dominio sobre las almas se complementaba con el dominio sobre la tierra. Entonces quedaron semienterrados los títulos agrarios prehispánicos. La historia siguiente apunta en una sola dirección: concentración del dominio en unas pocas manos, sean de la Iglesia, sean de los hacendados; el liberalismo y la Reforma no reme-

diaron la suerte de las comunidades; éstas aguardaron el arribo de una Revolución que Madero puso en movimiento. La “bola vino y nos levantó” —dijo Azuela en “Los de abajo”, la celebrada novela. Levantados, pues, los peones reclamaron sus antiguas tierras. La memoria y la experiencia condujeron su solicitud.

Otro dato concurre con la exigencia de los peones. El incipiente proletariado, que laboraba en las minas y los telares, también tenía cuentas por cobrar. Resintió los excesos característicos del capitalismo salvaje y elemental: trabajo extenuante, horarios excesivos, salarios miserables, labores agobiantes para mujeres y niños, justicia desigual, prohibición de acciones colectivas, represión policial y militar. Alguna vez —como en Cananea—, la represión estuvo a cargo de “rangers” convocados por “patriotas” funcionarios mexicanos. También los obreros, unos pocos en comparación con los campesinos, tenían en mente algo más que elecciones libres y sufragio efectivo cuando se sumaron a la Revolución.

La segunda etapa revolucionaria, cuya acta de nacimiento es el Plan de Guadalupe, comenzó asimismo con peticiones políticas. Al centro se hallaba el derrocamiento de Huerta y el rescate de la Constitución liberal de 1857. Por eso encabezó Carranza un movimiento “constitucionalista”. Las adiciones al Plan de Guadalupe y el conocido discurso de don Venustiano en Hermosillo, el 24 de septiembre de 1913, hicieron abrigar esperanzas a los anhelantes de un nuevo rumbo social.

En 1916, cumplida la segunda etapa de la Revolución mexicana —un movimiento esencialmente agrario—, excluidos del poder los antiguos terratenientes y los dueños de minas y factorías, suprimido el ejército federal, los diputados constituyentes pudieron incorporar en la ley suprema un nuevo equilibrio, que distaba mucho de ser el recogido en la carta de 1857. Efectivamente, en el diseño de la nueva sociedad y, por lo tanto, de la Constitución destinada a reconocerla y preservarla, sólo tomaron parte los grupos victoriosos en la contienda armada, moderados y radicales, pero en todo caso revolucionarios; no intervinieron —salvo en forma relativa y secundaria— los derrotados de entonces: terratenientes, industriales, militares del porfiriato, dirigentes eclesiásticos, intelectuales del antiguo régimen. Por supuesto, el país no se conservó inmóvil en los años siguientes; otras fuerzas acudieron a matizar las decisiones constitucionales, ora para suavizarlas, ora para exaltarlas. De ahí han resultado múltiples reformas, de forma y fondo. En muchas de ellas aparecen los rumbos emergentes.

Con frecuencia y con razón se dice que México inauguró una nueva técnica constitucional; desbordó el patrón constituyente derivado de la Constitución de los Estados Unidos de América e instaló en la ley fundamental un creciente número de derechos o garantías sociales. Hasta aquí llegarían o de aquí se deducirían diversos desenvolvimientos a propósito del Estado interventor y la empresa pública. Loewenstein clasifica las Constituciones conforme a su contenido ideológico. Bajo este enfoque, hay Constituciones ideológicamente neutrales o puramente utilitarias, al paso que otras están “cargadas con un programa ideológico”. Los textos de la última parte del siglo XVIII y el XIX estuvieron imbuidos de ideología liberal. Otra cosa se vería en los siguientes años. El mismo autor cita a la Constitución mexicana de 1917 como ejemplo de “constitución condicionada ideológicamente”; aquella tiene una “expresa orientación hacia un orden social de tipo socialista”.

El estilo de la Constitución de 1917 deriva de su fuente y de sus personajes: la Revolución mexicana y los ejércitos revolucionarios. En el otro lado del océano se promovía igualmente la renovación constitucional; ahí aparecían o aparecerían sendas Constituciones “de profesores”, elaboradas por juristas ilustres. No sucedió lo mismo en México, pese a la primera tentativa por expedir, bajo la capa de reformas a la carta de 1857, un texto ortodoxo. Pesaba en el ánimo del Constituyente la “cuestión social”.

Sin embargo, el proyecto presentado por el Primer Jefe en 1916 causó lo que Pastor Rouaix definiría, años más tarde, como un “desconsuelo” entre muchos diputados constituyentes. Por eso se concibió un segundo piso de la Constitución, inmediatamente después de conocidas —con ese “desconsuelo”— las propuestas carrancistas en materia de propiedad y trabajo. Sin prescindir de la propiedad privada, urbana y rural, ni de la libertad de trabajo, había que recrear la idea y la formulación constitucional. Era preciso ponerle pistolas al Santo Cristo, para decirlo —a contrario— con las palabras del diputado Macías.

Data de entonces la edificación del Estado social en México; así sucedió, en cuanto la Constitución de 1917 interfirió profundamente en las relaciones agrarias y laborales, asumió para la nación la propiedad originaria de las tierras y las aguas, estableció la posibilidad de imponer en todo tiempo a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, reguló la educación y reafirmó las decisiones de la Reforma a propósito de las corporaciones religiosas. Al hacerlo así y depositar en el

Estado la misión de llevar adelante aquel extenso programa renovador, el Congreso estaba alumbrando un Estado social, regulador e intervencionista.

Posteriormente se observaría un avance en el sentido propuesto desde 1917, con ocasionales retrocesos y no pocas modalidades dictadas por la imaginación y las circunstancias. En general, se caminó hacia adelante, con cierta premura. Los pasos impresos en la ley fundamental tuvieron signo democrático; no faltaron, sin embargo, las condenas enérgicas; entre ellas, el señalamiento directo de Vera Estañol que acusó a la Constitución de “bolchevique”; este cargo se repetiría a intervalos regulares, con esa u otras palabras. Empero, lo cierto es que los procesos mexicano y soviético caminaron muy distanciados; el de aquí jamás tuvo en el horizonte, ni expreso ni implícito, un destino totalitario.

Algunos de los cargos más severos enderezados contra la Revolución y la Constitución se relacionaron con las decisiones de la nación en materia inmobiliaria, y a menudo con las reivindicaciones del subsuelo. Es interesante tomar nota de esta circunstancia. Quizá los críticos veían en el horizonte la posibilidad de que la nación misma, y no ya los particulares, aprovechara esa inmensa porción de la riqueza nacional. De esto me ocuparé adelante.

## V. NATURALEZA Y FORMACIÓN DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

En el camino adoptado por la carta de 1917 aparecieron, en diversas fraguas, las empresas públicas. Antes de continuar la exposición de este asunto, conviene fijar el alcance de aquella expresión. ¿Qué son, en efecto, las empresas públicas? Menudean las definiciones, porque existe un universo, nutrido y complejo —aunque a la altura de estos años, cada vez menos nutrido y menos complejo—, poblado por entes, unidades, entidades, personas, órganos, organismos, instituciones, etcétera, a las que se recoge con frecuencia bajo aquella dilatada denominación.

Evidentemente, la empresa pública constituye una especie del género empresa. Por eso resulta necesario establecer primero la naturaleza de ésta. El profesor Jorge Barrera Graf sostuvo que “la empresa o negociación mercantil es una figura de índole económica, cuya naturaleza intrínseca escapa al derecho”.

Es imposible definir jurídicamente a la empresa —refiere el mismo tratadista— en virtud de

su carácter complejo y proteico, la presencia en ella de elementos dispares, distintos entre sí, personales unos, objetivos o patrimoniales otros, como son su titular (el empresario), que tanto puede ser un individuo, como una sociedad, un organismo estatal o una sociedad controlada por el Estado (en las empresas públicas), y un personal heterogéneo y variable, con diferente grado de vinculación con aquél; la presencia de un patrimonio, o sea, la hacienda, compuesto de bienes, obligaciones y derechos de índole varia; la existencia de relaciones propias y exclusivas de ella, como la clientela, la llamada propiedad comercial, el aviamiento, o sea, la actividad intelectual y hasta moral del empresario, así como ciertos derechos como los de la propiedad inmaterial (nombre comercial, patentes, marcas), y un régimen punitivo propio, que prohíbe y sanciona la competencia desleal y que establece límites a su concurrencia en el mercado...

Considero que para establecer la naturaleza de la empresa pública es conveniente tomar en cuenta los diversos elementos que concurren en ella, los motivos y las finalidades que determinan su creación y operación, el grado de autonomía de personalidad y de gestión patrimonial que se les reconoce, así como el régimen de planeación, programación, presupuestación, evaluación y control específicos al que se encuentra sujeta.

Sobre esas bases y habida cuenta del derecho positivo mexicano, la empresa pública puede ser considerada, según he afirmado en otras oportunidades, como una unidad de producción de bienes o prestación de servicios que poseen una contrapartida patrimonial directa, formada por decisión inmediata del Estado (incluso en los casos de constitución de una sociedad mercantil o de un fideicomiso, pues siempre se requiere la autorización gubernamental para la participación estatal), con recursos que éste o sus conductos paraestatales reciben de fuentes fiscales o crediticias, o de asociación con capitales privados o sociales, o de la aplicación de los precios y las tarifas por los bienes y servicios que ponen a disposición del público, y sujeta al cumplimiento forzoso y directo de los planes y programas gubernamentales y a un régimen específico de control autoritario.

Mi recordado colega José Francisco Ruiz Massieu propuso esta caracterización:

organización autónoma de los factores de la producción, dirigida a producir o distribuir bienes o servicios en el mercado, con personalidad jurídica o que se manifiesta a través de una fiduciaria; organización en la que el Estado (o algún ente paraestatal) ha hecho un aporte patrimonial que deberá pasar a formar parte del capital social o del patrimonio fiduciario.

Agrega: “Resumiendo, se trata de una entidad económica personificada en la que el Estado ha contribuido con capital por razones de interés público, social o general”.

La ley mexicana no define a la empresa pública. El artículo 90 de la Constitución, conforme al texto aprobado en 1981, se limita a deslindar entre la administración central y la descentralizada o paraestatal. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sucesora de la tradicional Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, desarrolla la línea constitucional e integra la administración pública paraestatal con organismos descentralizados, empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, organizaciones auxiliares nacionales de crédito, instituciones nacionales de seguros y de fianzas, y fideicomisos (artículo 1o., tercer párrafo). La Ley Federal de Entidades Paraestatales expedida en 1986, se remite a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal para precisar cuáles son las entidades de aquel carácter (artículo 2o.).

Algunos tratadistas —como Jorge Witker e Ismael Eslava— incluyen también a ciertos órganos desconcentrados en el catálogo de las empresas públicas. Reconocen que estos órganos tienen la misma personalidad jurídica que las dependencias centrales correspondientes, pero se manejan con relativa discrecionalidad en el ámbito de las numerosas facultades que les han sido delegadas. En la mayoría de los casos realizan actividades que generalmente no son productivas desde un punto de vista económico. Ejemplo de esta hipótesis de empresas públicas es la Dirección General de Correos, hoy Servicio Postal Mexicano.

Como se ve, las caracterizaciones legales se refieren a la empresa pública a propósito de las empresas de participación estatal; esto implica que tienen aquella naturaleza, inequívocamente, las sociedades mercantiles por acciones en las que el Estado cuenta con determinada participación de capital y puede adoptar ciertas decisiones corporativas.

Este concepto resulta demasiado estrecho. En efecto, deja fuera a las más importantes instituciones productoras de bienes o prestadoras de servicios con que cuenta la nación a través del Estado mexicano, sólo porque éstas se hallan integradas, a diferencia de lo que puede y suele ocurrir en otros países, bajo una forma jurídica diversa de la societaria mercantil, es decir, conforme a la figura del organismo descentralizado. Cabe decir desde ahora que en el repliegue del Estado participativo las sociedades de capital público se han reducido, hasta casi extinguirse; sobreviven los or-

ganismos descentralizados. En consecuencia, me atenderé a la amplia caracterización de la empresa pública que apunté líneas arriba.

En otras palabras, considero posible decir que la condición de empresa tiene que ver con la naturaleza y los fines de la entidad, y por ello resulta genérica con respecto a las categorías específicas, en tanto que el concepto organismo se ciñe más bien a la figura jurídica de derecho administrativo bajo la cual se constituye el ente paraestatal. Así las cosas, en el rubro de empresas pueden figurar diversos organismos (por ejemplo, Petróleos Mexicanos o la Comisión Federal de Electricidad), en tanto que no todos los organismos son empresas (no lo son, por ejemplo, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, el Instituto Nacional de Investigaciones Nucleares y la Comisión Nacional del Deporte).

La genealogía de las empresas públicas mexicanas es muy rica. Seguiré ahora, en síntesis, la exposición que se hace en la obra *Las empresas públicas en México*, de Alejandro Carrillo Castro y el autor de estas líneas, con la intervención de diversos académicos y funcionarios. En la etapa colonial hubo injerencias económicas de la Corona española, destinadas a fortalecer las actividades económicas de la metrópoli y su posición hegemónica; tal fue el caso de los estancos.

Conseguida la independencia política era preciso adelantar una razonable organización económica que alentara el desarrollo. Mil y una vicisitudes sufrieron política y economía en aquellos años violentos y desordenados. Pese a todo aparecieron organismos promotores del desarrollo, a cargo del Estado, como el Banco de Avío, el Banco de Amortización de la Moneda de Cobre y la Caja de Préstamos para Obras de Irrigación y Fomento de la Agricultura. El Estado, cuyas finanzas estuvieron siempre fuertemente comprometidas, hasta el punto de que sus vaivenes atrajeron diversos conflictos con las potencias de su tiempo, entendió perfectamente dónde había que poner el énfasis: en la promoción del desarrollo mediante la provisión del recurso más escaso: el dinero. De ahí que las incipientes empresas públicas fueran instituciones financieras, mejor que productoras de artículos para la producción y el consumo o distribuidoras de bienes.

Al adquirir el Estado la principal responsabilidad en la promoción del desarrollo nacional, bajo la letra y el espíritu de 1917, su participación en los procesos económicos subió de punto. En el libro que antes mencioné, se propone una hipótesis para narrar y entender el desenvolvimiento de la

empresa pública en México. Al respecto, existen tres etapas; la tercera se halla dividida en dos periodos.

La primera etapa en este itinerario se denomina de “crecimiento coyuntural”. Se extiende hasta 1946. En ese periodo surgen numerosas entidades, aparejadas por la intervención pública en la economía, aún carente de un plano rector que descifrara el conjunto y estableciera claramente las líneas para la formación del sector paraestatal. La enorme importancia del primer gran jalón del Estado como empresario se advierte con la simple referencia a algunas de las empresas que causaron alta en aquellos años: por su orden, Banco de México, Banco Nacional de Crédito Agrícola, Nacional Financiera, Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, Comisión Federal de Electricidad, Comisión Nacional de Fomento Minero, Petróleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México —por lo que hace a la parte accionaria en manos privadas—, Guanos y Fertilizantes de México, Compañía Nacional de Subsistencias Populares, etcétera.

La segunda etapa —según este plan expositivo convencional— se caracteriza por el establecimiento de mecanismos de control de las entidades paraestatales. Va de 1947 a 1958. Se alude a aquella fecha, porque en ella fue expedida la primera Ley para el Control, por parte del gobierno federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal. En esta época actúa, como pieza clave, la Comisión Nacional de Inversiones.

La tercera etapa corre a partir de 1959, año del que data la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, que rediseñó el régimen del sector paraestatal y el sistema de controles por parte del gobierno. Como antes mencioné, esta etapa se ha dividido en dos periodos: el primero va de 1959 a 1976; se identificó por la planeación ligada a los ingresos, en un modelo centralizado; el segundo discurre entre 1977 y 1982 (última fecha que menciona la obra que vengo citando) y se caracterizó por la planeación y el control ligados a los objetivos de los programas de gobierno, en un modelo desconcentrado o sectorial.

Hasta el año últimamente señalado, en que concluye la expansión del sector paraestatal, habían prevalecido diversos criterios para la recepción en éste de las entidades económicas privadas o la creación de nuevas entidades (organismos descentralizados, sociedades públicas o mixtas, fideicomisos públicos). A ellos me he referido en publicaciones anteriores. En seguida expongo sumariamente dichos criterios, en la inteligencia de que hay entidades paraestatales —inclusive entre las que cito como ejemplos



en cada caso— que pueden ser consideradas bajo más de un criterio. El Estado intervino en el proceso económico, por medio de entidades paraestatales, considerando:

- a) La necesidad de reasumir el dominio directo y el aprovechamiento inmediato de algunos bienes para garantizar, por conducto de este manejo autónomo de la riqueza, la independencia económica y, por lo tanto, la capacidad de decisión política, tanto en el interior del país —frente a los demás agentes sociales internos—, como en su trato con el exterior, esto es, con fuerzas públicas o privadas externas. A este supuesto se ajusta, por ejemplo, la reivindicación del aprovechamiento directo del petróleo a través de Petróleos Mexicanos.
- b) La conveniencia de intervenir en el ámbito de la producción y de la distribución, sin desplazar la gestión privada, para asegurar el bienestar de la población consumidora mediante una presencia estatal suficiente en el aparato de la producción o el comercio, cosa particularmente importante como reacción frente a la concentración de la riqueza que se presenta en países en acelerado proceso de desarrollo, y que desemboca en el hecho de un “poder sin responsabilidad”. En esta hipótesis se sitúan, por ejemplo, la Compañía Nacional de Subsistencias Populares y las empresas petroquímicas “secundarias” formadas a través de la banca nacional de desarrollo (Nacional Financiera) o instituciones tenedoras de acciones (*holding*) de carácter estatal (Fomento Industrial SOMEX).
- c) La necesidad de acometer el establecimiento y la permanencia de la infraestructura que sostenga el desarrollo de las tareas económicas, culturales y sociales que el país requiere. A este criterio se ajustan la Comisión Federal de Electricidad, Ferrocarriles Nacionales de México, Aeropuertos y Servicios Auxiliares, Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Teléfonos de México, en lo que toca a la economía; por lo que hace a las tareas de carácter social, es ejemplar el Instituto Mexicano del Seguro Social.
- d) El imperativo de actuar para cumplir los objetivos que los planes de desarrollo indican. Este propósito fue ponderado por el Plan Nacional de Desarrollo Industrial de 1979, habida cuenta de “la ubicación nodal de las empresas industriales del Estado en el Plan. La multi- y naturaleza de sus vínculos con otras ramas, y la fuerza dinámi-

ca que resulta de su magnitud y ritmo de expansión, hacen del sector paraestatal la pieza clave en la ejecución del Plan”. Además de las grandes empresas aludidas de este modo, cabría mencionar a otras creadas *ex profeso* para alcanzar objetivos de la planeación, como las empresas de construcción naval (Astilleros Unidos de Veracruz, S. A.) y metalmecánica (NKS).

- e) La conveniencia de rescatar y mantener, por razones económicas y sociales, unidades de producción y de servicio, así como fuentes de empleo que se hallaban en trance de desaparición por el manejo desafortunado e ineficiente de una administración privada. A este rubro, explicable en su circunstancia, quedan adscritas varias de las entidades que llegaron al sector paraestatal en condiciones ruinosas y que el Estado sostuvo a pesar de su escasa o nula rentabilidad. Los ejemplos abundan; entre los más conocidos figuran Ayotla Textil, Fundidora de Monterrey, los ingenios azucareros, etcétera.
- f) La pertinencia de allegar mayores recursos de fuentes diversas de la fiscal y de la crediticia pública, para fortalecer el desarrollo de la economía, en los términos requeridos por los diversos planes y programas del Estado.

En un examen de carácter general, Ayala Espino indica que la participación del Estado a través de las empresas públicas, se ha orientado preferentemente hacia tres sectores, a saber: a) actividades productoras de capital social básico, esto es, energía y servicios de transporte. Aquí se apoya la rentabilidad global de la economía. El Estado sustituye al agente económico que desarrollaba este género de tareas; b) actividades productoras de insumos intermedios de uso difundido, que generalmente son intensivos en capital. También se apoya la rentabilidad global de la economía. El Estado sustituye o complementa a los agentes económicos privados, y c) actividades productoras de bienes diferenciados en oligopolios concentrados. Se pretende regular la competencia o transferir recursos entre empresas pertenecientes a un *holding*.

En 1982 comenzó una cuarta etapa. Este año marcó la fecha culminante en el número y calidad de las entidades paraestatales y en la idea de ampliación del espacio económico del Estado. De entonces datan, por ejemplo, la expropiación bancaria y la reforma constitucional que nacionalizó el servicio público de banca y crédito, poderoso instrumento para la conducción económica. Pero también entonces entra en crisis el inter-

vencionismo estatal y se inicia la revisión de este concepto y de la práctica correspondiente. Poco después llegaría el auge de la “reforma del Estado”, un movimiento mundial que en las décadas de los ochenta y noventa, sobre todo, alcanzó a México.

En esta etapa hay diferentes periodos. Uno de ellos, el primero, buscó racionalizar el sector paraestatal, ajustando su dimensión y contenido. El segundo se caracterizó por la ininterrumpida reducción del sector paraestatal económico, bajo una política abierta de privatización, entendida como medio, entre otros, de la reforma estructural de la economía. En esta dirección marcha el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000.

Antes de cerrar este apartado mencionaré algunas reflexiones acerca de las empresas públicas en la hora actual. En una perspectiva amplia y general acerca del presente y el futuro de la empresa pública —extendida sobre la situación de la materia a escala mundial—, Marcos Kaplan expone que

ante la evidencia de las limitaciones y frustraciones reales de las empresas públicas, y del incremento de las críticas provenientes del sector privado y de otros grupos significativos, el Estado comienza a responder con el refuerzo de su tutela y con una variedad de restricciones y reorientaciones impuestas a los papeles, funciones, estructuras, actividades y alcances de aquéllas, en decisiones y acciones en cuyo horizonte puede percibirse —en su momento y sobre todo retrospectivamente— los elementos de una estrategia y una política de privatización.

Kaplan resume las justificaciones y objetivos aducidos en torno a la privatización como tendencia mundial. Se considera necesario mover las fronteras entre el Estado y el sector público, de un lado, y la economía y el sector privado, del otro, disociando extensamente al Estado de la gestión económica y prohijando la expansión de la libre empresa y la competencia en el mercado económico. En un contexto de austeridad y recuperación, muchos estados han optado por transferir al sector privado las empresas públicas que reciben apoyos del Estado, para aliviar las cargas presupuestales y evitar o moderar el déficit en el sector público. En la misma corriente, se advierten las ventajas de abrir las grandes empresas al capital privado para “dinamizar” la economía. La estrategia de privatización suele aparejar una propuesta de capitalismo popular.

No sobra mencionar las presiones que se ejercen sobre las empresas públicas a partir de cierta forma de acreditar su eficiencia, entendida

como pertinencia o conveniencia. Los criterios para evaluar a la empresa pública —y al conjunto de las empresas paraestatales—, y por ende para resolver sobre su desarrollo, su presente y su destino, suelen moverse entre el estrictamente social y el rigurosamente económico.

La exageración o desmesura en este segundo criterio conduce a ver en el Estado —o en la nación— a un mero inversionista, atenido a la rentabilidad de su inversión.

Por desgracia —escribe Jorge Ruiz Dueñas—, la evaluación del desempeño de las empresas públicas en las economías de mercado tiende a seguir una pauta crematística; por lo cual, cada vez con mayor frecuencia, la eficacia es confundida con la eficiencia productiva y financiera; más aún, erróneamente se le reduce a un inapropiado concepto de rentabilidad.

También puede haber desmesura en la aplicación de un criterio supuestamente social, reacio al examen objetivo de la realidad, que podría llegar a conclusiones desfavorables para tal o cual empresa precisamente a partir de consideraciones sociales rigurosas. Si esto sucede, es posible que se sostenga a ultranza una empresa pública, sin ponderar con equilibrio las ventajas y desventajas que representa su operación.

## VI. CONSIDERACIONES COMPLEMENTARIAS SOBRE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN MÉXICO

En este punto es preciso tomar en cuenta otros factores que influyen en los procesos políticos y sociales de nuestro país. Las empresas públicas son del “pueblo”; en otros términos, pertenecen a la nación, como luego veremos al abordar el caso de Petróleos Mexicanos. Bajo esta perspectiva, el Estado debe ser visto como un administrador de esos recursos, por encima de su carácter de propietario legal de ciertos activos industriales, comerciales o financieros. Esta propiedad corresponde a la ficticia personalidad jurídica del Estado, diversa de la realidad sociológica de la nación. La idea que aquí manejo posee diversas implicaciones, que no examinaré ahora. Entre ellas figuran las vinculadas a la privatización o “desincorporación” de las empresas públicas.

Desde otro ángulo, el control de la economía a través de empresas públicas que poseen una influencia descollante o determinante en aquélla, se asocia a la concentración de poder en el Ejecutivo mexicano, que re-

viste características singulares, a su vez nutridas en una realidad típicamente nacional. No es mi propósito analizar aquí, valorándola, la conveniencia o inconveniencia de esa amplia asunción de poder en manos del Ejecutivo. Además, el Plan de Desarrollo que prevé la Constitución emana directa y exclusivamente del Ejecutivo, si bien éste debe consultar a los actores sociales y actuar en consecuencia. A esto se alude cuando se habla de un régimen de planeación “democrática”, diverso de uno de planeación “centralizada” o “autoritaria”.

Ahora bien, en todo caso la administración de las empresas, más la elaboración del Plan de Desarrollo al que aquéllas se hallan necesariamente subordinadas, concurre a subrayar el perfil “poderoso” del Ejecutivo mexicano. Si de éste se desprenden las entidades paraestatales, en la misma medida se desincorporan instrumentos de poder. La reforma del Estado, en los términos en boga, apareja, como antes dije, una reducción del sector paraestatal. A su turno, la revisión del Ejecutivo trae consigo la reducción de esos instrumentos, a cambio de retener los de carácter normativo o regulatorio, que también es posible condicionar o matizar a la luz de diversas intervenciones de particulares.

Aquí pueden entrar en juego —y ocasionalmente en conflicto— diversas versiones de la democracia: de un lado la “integral” o “social”, que tendría su defensa en un Estado vigoroso, moderador o corrector del natural desequilibrio social; del otro la puramente “participativa”, que pudiera llevar a las decisiones públicas el peso de los grandes agentes económicos privados. Es obvio que entre estos extremos hipotéticos pueden presentarse, y de hecho así sucede, muchas fórmulas intermedias, de conciliación o avenimiento.

## VII. RAÍZ Y SENTIDO DE PETRÓLEOS MEXICANOS

La empresa paraestatal Petróleos Mexicanos cumple un papel de primer orden en el conjunto de la economía nacional, pero también en el plano de las grandes decisiones estratégicas, que poseen una doble proyección, por lo menos: económica y política. Nace y persiste en un espacio particularmente significativo en el curso de nuestra historia, sobre todo en la etapa que corre entre la caída del porfiriato y las decisiones reivindicadoras nacionalistas, profundamente comprometidas con la soberanía de México y sus luchas más notables por conseguir, consolidar y mantener la independencia política, social y económica.

Esto tiene que ver con la autonomía de la nación mexicana. Ahí se halla la raíz de Petróleos Mexicanos, y ahí mismo residen su razón y su destino. A diferencia de lo que pudiera ocurrir con otras riquezas minerales y otras grandes empresas públicas del mundo moderno, el recurso petrolero, alojado en yacimientos del subsuelo, y Petróleos Mexicanos, la entidad que explora, extrae, transforma y enajena esa riqueza, revisten un sentido que va más allá de su relevancia económica y su precio de mercado. El valor de esos bienes y de la entidad que los custodia y aprovecha no se confina en motivos estratégicos, por la energía que de ahí procede o el apoyo que de ellos recibe la industria. Se halla por encima de la eficacia que tiene el petróleo como energético en un mundo que aún confía en los hidrocarburos para mover su maquinaria.

En México, el petróleo tiene un significado moral o patriótico que explica la extrema “sensibilidad nacional” cuando se trata de asuntos del petróleo y sus derivados o de la gigantesca empresa petrolera. Por ello la “venta” de PEMEX o el compromiso de la factura petrolera con los agentes financieros internacionales —o con un gobierno extranjero— conmueven profundamente a la opinión pública. No sucedería lo mismo si se tratara de bienes diferentes, vistos como simples mercancías al lado de otros artículos de comercio.

El tema del petróleo se asocia íntimamente con el dominio y la suerte del subsuelo de México; más aún, con todos los asuntos vinculados con la tierra, desde la invasión española hasta nuestros días. En otras oportunidades he abordado estos problemas, a propósito de la cuestión agraria. Ya dije que la injerencia europea en Mesoamérica se apoyó en un doble dominio sobre el Nuevo Mundo. Por una parte, la propiedad de la tierra, en diversas formas y modalidades; por la otra, el gobierno del espíritu; para esto sirvieron las leyes de Dios —reveladas a su Iglesia— y la cruz que las resume; para aquéllo, las leyes del hombre y la espada que las guarece.

En este orden de consideraciones hay que tomar en cuenta un doble plano en el dominio de la tierra: por una parte, lo que ahora llamamos dominio original de la nación; por la otra, la propiedad o las formas de aprovechamiento que la nación concede a los particulares. Antes de arribar a este deslinde hubo una larga historia en el uso de los cuantiosos bienes del subsuelo. Varios siglos de explotación minera crearon grandes fortunas privadas y apuntalaron la economía de la metrópoli española. En la etapa colonial, el petróleo no tuvo el papel que luego jugaría. La atención se concentró en los minerales metálicos.

No tiene caso referir aquí las vicisitudes del aprovechamiento petrolero hasta el arribo de la Revolución mexicana. Antes de ésta ingresaron poderosos intereses extranjeros al control de los productos del subsuelo, entre ellos el petróleo. Dispusieron, expresa o implícitamente, del apoyo de sus gobiernos, observadores cercanos de las vicisitudes, los riesgos y las soluciones que ocurrían en este campo de una economía relevante para las potencias, sea en época de paz, sea en tiempos de guerra.

El gobierno de Madero, que no tuvo oportunidad de desarrollar una política incisiva en el renglón del petróleo, estableció en junio de 1912 un impuesto especial del timbre sobre el petróleo crudo, a razón de veinte centavos por cada tonelada producida. En esos meses turbulentos ya se cuestionaba la explotación del petróleo por compañías extranjeras. El diputado José María Lozano entusiasmó a los legisladores del momento con una declaración que recordaba la ominosa tesis de Monroe; al presentar un proyecto en la Cámara de Diputados, dijo: “las tierras petroleras de México, para los mexicanos”. Asomaba el nacionalismo, hondamente involucrado en los asuntos del petróleo.

Madero quiso ir más lejos, refiere Lorenzo Meyer. Dispuso la inscripción de las empresas extranjeras en un registro oficial, a lo que aquellas se negaron rotundamente, como también se opusieron a las disposiciones fiscales que en materia de petróleo pretendía adoptar el gobierno de Veracruz.

Los petroleros norteamericanos en México —sigue diciendo Meyer—, junto con el embajador Wilson y otros círculos de negocios con intereses en este país, pidieron al presidente Taft que, en vista de los peligros que amenazaban las vidas y bienes norteamericanos al sur de la frontera, empleara la única solución posible, a saber, la pacificación de México por fuerzas estadounidenses.

Durante los años de lucha armada, la industria petrolera, siempre en manos foráneas, quedó más o menos a salvo. Las tropas revolucionarias no avanzaron sobre la zona productora de petróleo. Se intentó arrancar al gobierno mexicano una declaración de neutralidad sobre aquella, y en todo caso las fuerzas estadounidenses hicieron acto de presencia para establecer el interés que tenía Estados Unidos en que la extracción de petróleo prosiguiera normalmente. José López Portillo y Weber refieren:

La frontera que prácticamente se trazó entre la región productora y la dominada por Carranza, estaba protegida desde el mar por la flota yanqui, que patrullaba la costa del golfo, de Tuxpan a Tampico, con sus enormes cañones amenazantes siempre vueltos a tierras mexicanas. Y así continuó mientras no cayó Carranza. Así la vi yo en 1919.

## VIII. ANTECEDENTES E ITINERARIO DEL CONFLICTO

Siempre hubo problemas entre las compañías petroleras y el gobierno mexicano. En los constantes enfrentamientos se fue precisando la importancia del petróleo y la trascendencia de asegurar el control de México sobre las decisiones en esta materia. Las resistencias de los extranjeros eran permanentes, como lo fueron los esfuerzos del gobierno federal por afirmar la jurisdicción mexicana en estos asuntos.

Creció la conciencia de que la nación, representada por su gobierno, no podía permanecer ajena a los beneficios de la explotación petrolera, percibidos únicamente a través de reducidos impuestos y de magros salarios cubiertos a los técnicos y obreros mexicanos. Bajo estos conceptos, en el periodo presidencial de Abelardo L. Rodríguez se estableció una sociedad mixta —paraestatal, por la integración de su capital— que permitiría al Estado y a inversionistas mexicanos extender la presencia nacional en el aprovechamiento del petróleo. La nueva empresa se denominó Petróleos de México, S. A., PETROMEX por sus siglas. Tuvo como gerentes generales a Primo Villa Michel y a Pascual Ortiz Rubio, sucesivamente.

PETROMEX no pudo llegar tan lejos como se quiso. Alcanzó menos del 2% de la producción nacional de petróleo, según se informa en la excelente crónica de la industria petrolera elaborada por Lourdes Celis Salgado. En la etapa presidencial de Lázaro Cárdenas, PETROMEX cedió el lugar a la Administración General del Petróleo Nacional, organismo público dependiente del Ejecutivo Federal. Se avecinaba la era de Petróleos Mexicanos.

Al gobierno y las compañías extranjeras, conocidos personajes de un conflicto incesante, vino a sumarse otro actor, que al cabo de algunos años jugaría una función de primer orden en las más graves decisiones adoptadas por el Estado mexicano: los trabajadores de la industria petrolera. En un primer momento hubo diversos sindicatos en el conjunto de las empresas del ramo. Tampoco fueron fáciles las relaciones entre las



compañías y sus trabajadores. Las discrepancias laborales culminaron, a veces, en huelgas. Los trabajadores del petróleo lograron atraer la solidaridad de otros sindicatos, entre ellos los ferrocarrileros, y templaron su ánimo en la lucha obreropatronal, que los prepararía para el momento culminante en 1938.

El primer intento formal de consolidar a todos los trabajadores de la industria en un solo órgano sindical, defensor de sus derechos de clase, se concretó en 1933, mediante una Federación de Trabajadores de la Industria del Petróleo y sus Derivados (FSTIPD). La Federación no tuvo éxito ni logró permanencia. De ahí que poco después los representantes de una alianza obrera solicitaran al presidente Cárdenas “su ayuda para la formación de un sindicato único de la industria petrolera de la Nación para formar un solo frente, único y capaz de sostener nuestra lucha contra el explotador del trabajador: el capital”. En 1935 se constituiría el Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana (STPRM).

Un año más tarde se iniciaría el largo y accidentado camino que desembocó en la expropiación de la industria petrolera, el establecimiento de la gran empresa pública y la nacionalización del aprovechamiento de los hidrocarburos. El recorrido comenzó y se desarrolló al calor de una lucha obreropatronal. En la última etapa se produjo la intervención decisoria del gobierno para cumplir su deber ante la nación soberana, por medio de uno de los más notables actos de Estado en la historia de México durante el siglo XX. Por eso ha podido decir Jesús Silva Herzog, actor y cronista de aquellos días, que

el gobierno de México no llegó a la expropiación obedeciendo a planes preconcebidos, como alguna gente mal informada o sin escrúpulos lo ha afirmado. El gobierno llegó a la expropiación obligado por la conducta altanera y torpe de las compañías petroleras, llegó a la expropiación porque era el único camino que le quedaba para salvar el decoro y la dignidad del país, consciente de la enorme responsabilidad histórica que significa.

Las empresas petroleras se negaron a atender las demandas de sus trabajadores; la razón, incapacidad económica. Entonces los trabajadores optaron por una vía autorizada por la legislación laboral: el conflicto de orden económico. En tal virtud, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje designó a una comisión de peritos que examinaran la economía de las empresas y emitiesen el dictamen correspondiente. La comisión se integró por Efraín Buenrostro, subsecretario de Hacienda, Mariano Mocte-

zuma, subsecretario de Economía, y Jesús Silva Herzog, quienes contaron con el auxilio de un centenar de colaboradores que trabajaron con precisión y diligencia.

El dictamen de la comisión, un documento de gran valor histórico, examinó los argumentos de las empresas, concentrados en el alegato de la incapacidad económica para satisfacer los requerimientos de los trabajadores, y aportó conclusiones terminantes para fijar la suerte del conflicto. Mencionaré algunas de éstas, particularmente orientadoras. Así, la número 4 expone: “Las principales empresas petroleras que operan en México han obtenido utilidades de la explotación del subsuelo positivamente cuantiosas...”. Las marcadas con los números 19 y 24 señalan que los salarios reales de la inmensa mayoría de los trabajadores petroleros eran inferiores a los prevalecientes en la industria minera y en Ferrocarriles Nacionales de México.

La conclusión número 23 especificó: “Los precios a que según las contabilidades de las empresas petroleras venden sus productos son invariablemente inferiores a los precios que aparecen en las publicaciones especiales, que reflejan con toda exactitud las condiciones del mercado.” La número 24: “Los precios a que las compañías venden los productos derivados del petróleo en México son considerablemente más altos que los precios a que venden esos mismos productos en el exterior”. En diversas conclusiones se detallan estos puntos, empresa por empresa. La 29 sostiene: “Los precios a que las compañías petroleras venden sus productos derivados del petróleo en México, son de tal manera elevados que es evidente que constituyen un obstáculo para el desarrollo económico de la nación”.

La conclusión 37 apunta: “Las utilidades de las empresas petroleras que operan en México, son considerablemente mayores que las de las que operan en los Estados Unidos”. Finalmente, la última conclusión —número 40— contiene las consideraciones que servirían para sustentar el laudo de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. En efecto, resume las cosas de este modo:

Las compañías petroleras demandadas han obtenido en los tres últimos años (1934-1936) utilidades muy considerables; su situación financiera debe calificarse de extraordinariamente bonancible y, en consecuencia, puede asegurarse que, sin perjuicio alguno para su situación presente ni futura, por lo menos durante los próximos años, están perfectamente capaci-

tadas para acceder a las demandas del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana hasta por una suma anual alrededor de 26 millones de pesos.

El 18 de diciembre de 1937, tras cuatro meses dedicados al estudio del dictamen, el grupo 7 de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje emitió un laudo favorable a los trabajadores. Las empresas demandaron entonces el amparo de la Suprema Corte de Justicia. El 1 de marzo de 1938, la cuarta sala de este tribunal —competente para conocer de asuntos laborales— negó el amparo contra el laudo impugnado. La sala estaba presidida por el ministro Salomón González Blanco. Al resolver este amparo la integraban también los ministros Alfredo Iñárritu, Octavio M. Trigo y Hermilo López Sánchez. Se excusó de votar el ministro Xavier Icaza, acusado de parcialidad por las empresas petroleras en vista de su estrecha amistad con Vicente Lombardo Toledano.

Las compañías se negaron a cumplir el laudo, arguyendo con insistencia falta de capacidad económica para atender la irrevocable resolución de la justicia mexicana. Acudieron ante el presidente Cárdenas, desafiantes. No tuvieron éxito. Entre tanto, en México abundaban las expresiones de apoyo al gobierno de la República. Las compañías multiplicaron sus gestiones en el país y en el extranjero; el propósito de estas acciones era evitar la aplicación de las leyes de la República, habida cuenta de que bajo el mandato de éstas se había emitido un laudo, convalidado por la Suprema Corte de Justicia, que los quejosos se negaban a cumplir.

## IX. LA EXPROPIACIÓN

Al cabo de jornadas intensas, a las diez de la noche del 18 de marzo de 1938, el presidente Cárdenas se dirigió a la nación por medio de la radio. Refirió la rebeldía de las empresas extranjeras y analizó las circunstancias económicas, sociales y políticas en que se producían estos acontecimientos, así como sus posibles repercusiones sobre la vida del país. En seguida anunció la decisión de aplicar la Ley de Expropiación. El correspondiente decreto fue firmado en la madrugada del 19 de marzo. Así se consumó un acto de Estado en el que prevalecieron el valor, la lucidez y el patriotismo. El porvenir acreditaría el acierto de la decisión adoptada por el presidente Cárdenas.

El decreto presidencial expropió, por causa de utilidad pública y en favor de la nación —precisamente de la nación, no del Estado mexicano— todos los bienes muebles e inmuebles que hasta ese momento había sido propiedad de las empresas Compañía Mexicana de Petróleo El Águila, S. A.; Compañía Naviera San Cristóbal, S. A.; Compañía Naviera San Ricardo, S. A.; Huasteca Petroleum Company; Sinclair Pierce Oil Company; Stanford y Compañía Sucesores, S. en C.; Penn Mex Fuel Company; Richmond Petroleum Company de México; California Standard Oil Company of Mexico; Compañía Petrolera El Agwi, S. A.; Compañía de Gas y Combustible Imperio; Consolidated Oil Company of Mexico; Compañía Mexicana de Vapores San Antonio, S. A.; Sabalo Transportation Company; Clarita, S. A. y Cacalilao, S. A.

La expropiación petrolera provocó, como cabía esperar, reacciones lesivas para los intereses de México. Se produjeron dentro y fuera, hostilizando los primeros pasos de la nueva industria mexicana, que debía enfrentar obstáculos múltiples y poderosos. El gobierno de la Gran Bretaña suspendió sus relaciones con el nuestro, a partir de ciertas apreciaciones formuladas por aquél en torno a la expropiación de bienes de la empresa El Águila.

En su informe de gobierno del 1 de septiembre de 1938, el presidente Cárdenas analizó la situación en esta materia. Expuso el apoyo recibido del pueblo de México —al 19 de agosto los donativos populares para cubrir la indemnización a los expropiados, alcanzaba a 2,016,263 pesos, 25,290 dólares y 33,800 pesos oro nacional—, así como de la nueva administración de la industria y de los técnicos y trabajadores que prestaban sus servicios en ella. Asimismo, manifestó que se estaban superando los problemas surgidos en esta etapa y que se pagaría en la forma debida la indemnización correspondiente.

En ese informe de 1938, Cárdenas dijo al Congreso:

Y para evitar en lo posible que México se pueda ver en lo futuro con problemas provocados por intereses particulares extraños a las necesidades interiores del país, se pondrá a la consideración de Vuestra Soberanía que no vuelvan a darse concesiones del subsuelo en lo que se refiere al petróleo y que sea el Estado el que tenga el control absoluto de la explotación petrolífera.

## X. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL PETRÓLEO

Veamos ahora la evolución constitucional que atañe a Petróleos Mexicanos. En el texto original del artículo 27, según resultó de las deliberaciones constituyentes de 1916-1917, no hubo referencia al aprovechamiento del petróleo, aunque se estableció claramente que corresponde a la nación el dominio directo del “petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos” (cuarto párrafo *in fine*). Esta disposición constitucional suscitó el embate de los defensores del antiguo régimen, que aquí tenía uno de sus enclaves más destacados: el régimen de la propiedad, esto es, el sistema de la riqueza y sus implicaciones políticas.

Jorge Vera Estañol, en un alegato vehemente contra el carrancismo y la ley fundamental de 1917 —que analiza diversos extremos de ésta; y en el que predomina el examen de puntos relacionados con la propiedad—, impugnó frontalmente la norma constitucional. “Desconocer la individualización de la propiedad que por acto de la Corona (española) o de los gobiernos nacionales había salido del dominio civil del Estado, era sencillamente un despojo incalificable.” Inmediatamente después, el abogado Vera Estañol particularizó el motivo de sus preocupaciones: ese incalificable despojo se consumaba precisamente con “el carbón de piedra, el petróleo, los carburos de hidrógeno y otras substancias del suelo y del subsuelo. La nación, dueña de estas riquezas, había renunciado a ellas para convertirlas en propiedad privada por acto de su soberana voluntad”. Al parecer, y salvo el ejercicio de la facultad expropiatoria, desde entonces quedó sellada la suerte de esos recursos: en la línea de pensamiento de Vera Estañol, ni siquiera otro acto de soberana voluntad nacional podía enmendar la privatización de aquéllos. Tal vez el crítico intuíra la posibilidad de que más tarde la nación misma, y no ya los particulares a título de concesionarios, aprovechara directamente —y en beneficio de ella misma— los cuantiosos recursos del subsuelo.

Antes señalamos la advertencia del presidente Cárdenas, formulada en el informe del 1 de septiembre de 1938, sobre la exclusión de concesiones en esta materia. La experiencia histórica suministró una severa lección: en lo sucesivo, la nación mexicana no sólo sería propietaria del petróleo, sino además asumiría en exclusiva, por conducto de un órgano del Estado, el aprovechamiento de esta sustancia y sus derivados.

Fue así que el Ejecutivo inició la reforma del cuarto párrafo del artículo 27 en diciembre de 1938. La propuesta mereció opinión favorable

de la Comisión de Puntos Constitucionales en la Cámara de Diputados. El dictamen fue aprobado sin discusión y por unanimidad de votos. La misma suerte corrió en la Cámara de Senadores. Concluido el proceso de reforma constitucional, la adición fue publicada el 9 de noviembre de 1940. En consecuencia, la parte final del párrafo cuarto del artículo 27 pasó a decir: “Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones y la ley reglamentaria respectiva determinará la forma en que la nación llevará a cabo las explotaciones de esos productos”.

La reforma de 1960 no modificó el texto sobre petróleo, pero aportó otra conclusión al cuarto párrafo. En su porción final, éste nacionalizó la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En 1975, una nueva reforma constitucional alojó en el cuarto párrafo una referencia a los minerales radiactivos; así, aquella porción del artículo 27 dijo:

Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radiactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva...

Este es el texto que persiste.

En la Constitución existe otra referencia al petróleo, los demás hidrocarburos y la petroquímica básica, así como —implícitamente— a la empresa Petróleos Mexicanos. El vigente artículo 28, cuyo texto fue ampliamente revisado en 1982-1983, y que forma parte de lo que convencionalmente se conoce como capítulo económico de la Constitución, distingue entre áreas estratégicas y prioritarias, ambas referidas a la materia económica. Cada una representa un peldaño o nivel en la atención del Estado, habida cuenta de su diverso impacto en la vida nacional. De ahí que en los renglones estratégicos el Estado —como representante de los intereses de la nación, no como titular de intereses propios— actúa en forma exclusiva, en tanto que en los calificados sólo como prioritarios, concurre con otros sectores dentro del marco de economía mixta. Entre los renglones estratégicos figuran el petróleo, los demás hidrocarburos y la petroquímica básica.

Esta norma constitucional proviene de la reforma iniciada al final de 1982 por el presidente Miguel de la Madrid, que fue publicada el 3 de febrero de 1983. Las áreas estratégicas son aquéllas que ejercen una influencia determinante en el desarrollo nacional; tienen la más elevada importancia económica; inciden sobre todas las actividades productivas. De ahí que la nación retenga el dominio sobre ellas; es por eso que el Estado asume la conducción directa y exclusiva de estos espacios económicos, que son factor de la autonomía económica, que a su vez constituye un dato de la soberanía. La enumeración de las áreas estratégicas contenida en el artículo 28 —observa Miguel de la Madrid—, se halla protegida por la rigidez constitucional. En su momento, la iniciativa presidencial de reforma a la ley suprema no previó la posibilidad de aumentar esa lista a través de la legislación ordinaria; esta posibilidad fue agregada por el Constituyente Permanente. De la Madrid hace notar que “la estructura administrativa más adecuada para asegurar la propiedad y el control exclusivos de las áreas estratégicas en el organismo descentralizado”, naturaleza jurídica que posee Petróleos Mexicanos.

Por lo que atañe a las áreas prioritarias, el mismo autor señala que

el carácter prioritario de una área es eminentemente relativo; depende de las circunstancias de cada etapa del proceso de desarrollo. Su definición corresponde a las autoridades competentes federales o locales en sus planes y programas de desarrollo. Área prioritaria es, como su nombre lo indica, aquella que tiene importancia destacada para la estrategia de desarrollo vigente. Es variable en el tiempo para los niveles federal y local y relativa en el espacio tratándose de las entidades federativas. En su comentario sobre este asunto, Ruperto Patiño Manffer manifiesta que al establecer las áreas estratégicas, ‘el Constituyente mexicano quiso que fuera el Estado el que atendiera de manera exclusiva dichas áreas de la economía, para garantizar que su manejo estuviera vinculado siempre a los objetivos fundamentales de la nación mexicana en materia de desarrollo económico y bienestar general’.

No es fácil, por cierto, precisar con rigor lo que debe entenderse por estratégico y por prioritario, como tampoco lo es adscribir los rubros económicos a cada una de estas categorías. Sin embargo, difícilmente podría haber dudas acerca del carácter estratégico que tiene, desde cualquier punto de vista, el aprovechamiento del petróleo. Su valor como energético y su influencia en el conjunto de los procesos económicos del país,

aunados a su posición como generador de divisas destinadas directamente al fortalecimiento del erario —y por tanto a la atención de las funciones y servicios del Estado— acreditan sobradamente el tratamiento que le confiere el artículo 28.

El párrafo cuarto del vigente artículo 28 determina que no son monopolios “las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva” en las áreas estratégicas, que enuncia el mismo precepto. Como dije, entre ellas figuran el petróleo, los demás hidrocarburos y la petroquímica básica. Por ende, dichas funciones se hallan al margen de la prohibición de monopolios que dispone el propio artículo 28.

En este punto hay que tomar en cuenta lo estipulado por la Ley Federal de Competencia Económica, del 22 de diciembre de 1993 (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre), cuyo artículo 4o. reconoce, bajo el artículo 28 constitucional, que no constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza, en forma exclusiva, en las áreas previstas por aquella norma de la Constitución, pero añade que las empresas y organismos que tengan a su cargo esas funciones “estarán sujetas a lo dispuesto por esta ley respecto de actos que no estén expresamente comprendidos dentro de las áreas estratégicas”. Esto implica la apertura a la concurrencia en aquellas actividades o suministros ajenos a la función que se realiza para la gestión pública sobre el área estratégica, pero no podría extermarse —violentando la intención constitucional— en forma tal que se abran a la intervención privada las actividades que necesariamente conducen al aprovechamiento del área estratégica, aunque no implican, por sí mismas y de manera inmediata, el aprovechamiento.

En consecuencia de las normas constitucionales, también la Ley de Inversión Extranjera, del 23 de diciembre de 1993 (*Diario Oficial de la Federación* del 27 de diciembre) sostiene que están reservadas de manera exclusiva al Estado las funciones que determinen las leyes en áreas estratégicas como las relativas al petróleo y demás hidrocarburos y petroquímica básica.

El quinto párrafo del artículo 28, que igualmente provino de la reforma de 1982-1983, dispone: “El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado”. En este punto figura una distinción entre organismos (se entiende: organismos descentralizados) y empresas (es decir, empresas públicas). Ya examiné



estos conceptos. Petróleos Mexicanos, organismo descentralizado, es una empresa pública; la mayor empresa pública del sector paraestatal, y además la mayor entre todas las empresas del país.

Dentro de este marco constitucional se ha desenvuelto la gran empresa pública Petróleos Mexicanos. Su posición e influencia en la economía mexicana revisten extraordinaria importancia. De aquellas prevenciones supremas, de su condición de organismo descentralizado en el sector paraestatal de la economía y de las diversas consecuencias que de todo ello resultan, proviene el régimen jurídico secundario que rige su estructura y funcionamiento; un régimen que acaso deberá ponerse al día para que la empresa mejore su actividad, sin pérdida o menoscabo de su naturaleza pública y de su calidad —que debiera ser irrevocable— como instrumento del Estado para el desarrollo económico y social y la autonomía política de la nación. En seguida formularé algunas consideraciones sobre estos temas. Me referiré primero a diversos puntos relevantes acerca de la situación de PEMEX en la economía de México.

## XI. PETRÓLEOS MEXICANOS EN LA ECONOMÍA NACIONAL

Ya mencioné que el Estado social dispone de diversos medios para influir en la economía y generar condiciones de mayor bienestar y justicia, si ejerce esa influencia con rigor y acierto. Por una parte, dispone de la potestad reguladora de las relaciones sociales, entre ellas las que tienen origen, proyección o destino inmediato en la economía; a este género de medios pertenecen las facultades legislativa y reglamentaria, tanto de carácter tradicional —económica, laboral, fiscal, etcétera— como de naturaleza primordialmente social —estipulaciones de la planeación del desarrollo—.

Por otro lado, el Estado social cuenta con la posibilidad de actuar directamente en la producción y distribución de bienes y servicios, sea que concentre en sus manos esos procesos, por la vía de áreas reservadas a la nación, sea que concurra en ellos con otras personas y sectores. Todo esto se explica y justifica en los términos del régimen de economía mixta que sostienen los artículos 25 y 28 de la Constitución Política.

Petróleos Mexicanos corresponde a esta segunda categoría. Es, en fin de cuentas, un poderoso instrumento del que se vale el Estado para aprovechar la reserva que en materia de hidrocarburos y derivados de éstos hace la ley fundamental en favor de la nación. Aquellos productos cum-

plen todavía un papel de la mayor importancia en la generación de energía; son, por ende, agentes de estabilidad y progreso económico; contribuyen a orientar el desenvolvimiento de la economía y la satisfacción de apremiantes necesidades populares.

Por todo ello, interesa a la nación el manejo de la enorme empresa petrolera pública. Uno es el peso de la nación sobre su propio desarrollo —y su autonomía interna y externa— si es propietaria y administradora de los recursos petroleros, como ha ocurrido desde 1938 y sucede actualmente, y otro si el aprovechamiento de esos recursos estuviera concesionado a particulares, nacionales o extranjeros, y la correspondiente planta industrial y su manejo quedasen fuera del patrimonio del pueblo, como sucedía antes del acto expropiatorio de 1938. Las consecuencias obvias de una situación de este carácter se vieron en el largo y accidentado período que antecedió a la expropiación.

A Petróleos Mexicanos se asignó —como se advierte en diversos puntos de este trabajo— una misión de extraordinaria importancia en el desarrollo económico del país. En un interesante estudio acerca de la modernización del Estado y la empresa pública, en el que se aborda el caso de PEMEX, Benjamín García Páez señala que

a la invariable función de PEMEX en el período 1938-1974, donde destaca como oferente de derivados petroleros en cantidad y precio que favorecerían la acumulación privada de capital en México e impulsarían la industrialización del país, le continuó una nueva etapa en la que, además de las tareas anteriores, se añadió la de ser protagonista principal en el esquema de financiamiento de los distintos programas económicos entre 1975-1992.

A la postre, la historia económica moderna de México dejaría una lección: “la industria petrolera no debe, ni puede sostener por sí sola a la economía mexicana”.

Desde una perspectiva crítica, a propósito de la posición de nuestro país en la globalización, la sección mexicana del Club de Roma señaló recientemente que a partir de 1974 el auge del sector petrolero, traducido en la obtención de cuantiosos recursos y en el incremento de la inversión pública en exploración, explotación e instalaciones, contribuyó a “postergar muchas de las reformas económicas que ya se consideraban necesarias, entre ellas la apertura de la política comercial...”. Bajo esta misma óptica se añade que “el petróleo no salvó a México de crisis y ajustes;

antes bien las exacerbó, al hacer de él un sujeto de crédito externo sin cortapisas...”.

Según datos reunidos y publicados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), de los que ahora me valgo, las reservas mundiales de petróleo crudo en 1994 eran de 923,357 millones de barriles; esto permitiría disponer de capacidad de producción suficiente para 52 años. A la cabeza de las reservas nacionales figuraban, en su orden, Arabia Saudita, Irak, los Emiratos Arabes Unidos, Kuwait, Irán, Venezuela y la antigua Unión Soviética. En seguida se hallaba México, con 49,775 millones de barriles; en este caso, la relación entre reservas y producción es de 51 años. En un nivel inferior se situaban Estados Unidos de América, con reservas de 22,957 y relación de 9 años.

La producción diaria de petróleo crudo en nuestro país, en noviembre de 1996, fue de 2 millones 862 mil barriles. Al final de 1994 —referencia que figura en la última edición disponible (1995) sobre el sector energético en México—, sólo excedía de esta cifra la producción petrolera de Estados Unidos, China, Noruega, Inglaterra, Irán, Arabia Saudita y la Federación Rusa. Si la producción se considera en relación con las principales empresas petroleras, PEMEX ocupaba el cuarto lugar mundial en 1993, precedida por Saudi Aramco, NIOC y PDV. Los activos de PEMEX en ese mismo año valían 288,651 millones de pesos.

Lo expuesto hasta aquí permite apreciar, *grosso modo*, la notable relevancia de México como país con reserva petrolera y como productor efectivo de petróleo, y la importancia de la empresa pública Petróleos Mexicanos en un mundo dominado por empresas privadas. También es significativa la posición exportadora de PEMEX, que en un pasado más o menos reciente generó la mayoría de las divisas que ingresaron a nuestro país; en la actualidad se ha reducido apreciablemente esta posición con respecto a la que guarda la exportación de productos manufacturados.

En 1994, las ventas externas de petróleo crudo alcanzaron 477 millones de barriles, con valor de 22,025 millones de pesos. Los países de destino del crudo mexicano fueron Estados Unidos, con 73.5% del total (en 1989, el 56.8%); España, 11.8%; Japón, 6.2%; países del Pacto de San José (Centroamérica y el Caribe), 2.3%, y otros países, 6.2%. Por lo que hace a la participación de la industria petrolera en el comercio exterior de México, en noviembre de 1996 el valor de las exportaciones petroleras fue de 1,098 millones de dólares, y el de las no petroleras (esencialmente manufactureras, y muy secundariamente agropecuarias y de la industria

extractiva), 7,087 millones de dólares. Si son importantes las ventas externas de crudo, no son menos cuantiosas las internas de productos petroleros. A la cabeza de éstos se hallan los petrolíferos, con 33,999 millones de pesos; siguen el gas natural, con 3,478, y los petroquímicos, con 4,903.

Aludí a la aportación de productos del petróleo para la generación de energía, que debe ponderarse a la luz de la tecnología disponible y de las características y recursos del país. En este orden, cabe decir que en 1994 la producción de energía primaria, según su origen, medida en términos de petacalorías, fue de 2,103,941. En esta cifra, la participación de productos de la industria petrolera fue, con mucho, la más relevante: 1,468,434 por lo que toca a petróleo crudo, 349,974 por lo que respecta a gas asociado, y 53,986 por lo que concierne a gas no asociado. Al rubro de hidroenergía corresponde una cifra considerablemente inferior: 49,799.

Frecuentemente se destaca, con razón, el papel de Petróleos Mexicanos como primer aportador de recursos al fisco, tanto los provenientes de derechos e impuestos que cubre la empresa misma, como los relativos a cargas fiscales de consumidores, que retiene y entera PEMEX. En 1994, la recaudación del gobierno federal según gravamen aplicado al petróleo y sus derivados ascendió a 59,087 millones de pesos, que se analizan de esta forma: 30,879, derechos sobre hidrocarburos; 89, impuestos a las importaciones; 6,186, impuesto al valor agregado; 21,779, impuesto especial sobre producción y servicios (gasolinas), y otros, 154.

En febrero de 1997, PEMEX informó sobre sus resultados en el ejercicio de 1996, que son muy ilustrativos acerca de la posición —y función— estratégica del aprovechamiento de los hidrocarburos en la economía mexicana; esto permite ratificar, de nueva cuenta, el acierto histórico de la nacionalización petrolera y de la operación del sector por conducto de una empresa paraestatal, exclusivamente.

En aquel ejercicio, la producción de petróleo crudo fue de 2,858,000 barriles diarios, y la de gas natural, 4,195 millones de pies cúbicos diarios. Se prevé una producción de 3,038,000 barriles de crudo en 1997, y 4,545 millones de pies cúbicos de gas natural, diariamente. En el último trimestre de 1996, las exportaciones de crudo se elevaron a 1,556,000 barriles diarios. El destino de esas exportaciones fue el siguiente: 78% a Estados Unidos; 8%, América Latina; 8%, Europa y 6%, Asia.

La utilidad de Petróleos Mexicanos en 1996, antes del pago de impuestos y derechos —es decir, la utilidad de operación—, fue de 160,095

millones de pesos (32% más que en 1995); la utilidad neta, una vez cubiertas las obligaciones fiscales, fue de 14,689 millones (22% más que en el ejercicio anterior). Los impuestos y derechos que pagó la industria petrolera en 1996 equivalen a cerca del 6% del producto interno bruto, y el saldo en la balanza de hidrocarburos a poco más del 3% del PIB.

## XII. LEGISLACIÓN APLICABLE A PETRÓLEOS MEXICANOS COMO EMPRESA PÚBLICA

A continuación me referiré brevemente al régimen jurídico aplicable a Petróleos Mexicanos. En este orden de consideraciones hay que deslindar, a partir de las disposiciones constitucionales que anteriormente mencioné y de otras que en seguida citaré, los ordenamientos que debe observar Petróleos Mexicanos, como empresa pública integrante del sector paraestatal de la Administración Pública Federal, y aquellos otros que le atañen de modo inmediato y exclusivo, esto es, las normas dictadas acerca del petróleo y de PEMEX, específicamente.

Como dije, el artículo 90 constitucional se refiere a la Administración Pública Federal centralizada y paraestatal, y dispone que una ley orgánica, expedida por el Congreso de la Unión, fije diversos extremos del régimen sobre las dependencias federales y las entidades paraestatales. Durante mucho tiempo, esta regulación correspondió a un ordenamiento alusivo a las secretarías y los departamentos de Estado, dependientes del Ejecutivo Federal, con la salvedad de las Procuradurías de Justicia —General de la República y General de Justicia del Distrito Federal—, que contaron con normas propias, inicialmente identificadas con la institución primordial recogida en aquéllas: el Ministerio Público.

En la actualidad, rige la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal del 24 de diciembre de 1976 (*Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre), reformada en diversas ocasiones, para corresponder a la evolución del aparato gubernamental. Hoy día hay que tomar en cuenta, asimismo, un ordenamiento posterior, a saber: Ley Federal de las Entidades Paraestatales, del 26 de abril de 1986 (*Diario Oficial de la Federación* del 14 de mayo).

La Ley de la Administración Pública fija los lineamientos generales aplicables a los organismos descentralizados, naturaleza jurídica que formalmente reviste Petróleos Mexicanos. A su turno, la Ley de las Entidades Paraestatales define la formación, organización, gobierno, operación,

control y evaluación de dichas entidades, entre ellas los organismos descentralizados. Esos puntos implican además la aplicabilidad de otras normas sobre aspectos específicos de la vida administrativa. Desde luego, numerosos ordenamientos de carácter diverso —reglamentos, acuerdos, circulares— se desprenden de estas disposiciones; todos ellos concurren a integrar el régimen completo de los entes paraestatales.

Conviene subrayar la existencia de acuerdos de sectorización que fijan el enlace entre las dependencias centrales y las entidades paraestatales, con el propósito de sujetar a éstas a la intervención (coordinación sectorial) de aquéllas, para diversos efectos, entre ellos la planeación, la presupuestación y el control. La coordinación sectorial de Petróleos Mexicanos correspondió a la Secretaría de Patrimonio y Fomento Industrial; luego a la Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal, que sustituyó a aquélla, y finalmente a la actual Secretaría de Energía.

La Ley de Entidades Paraestatales resuelve la prevalencia de normas —cuando haya disposiciones específicas sobre las entidades, independientemente de las genéricas previstas en dicho ordenamiento— en lo que respecta a instituciones del sistema financiero y de la seguridad social, pero no hace lo mismo en lo que toca a Petróleos Mexicanos, que cuenta con su propia ley orgánica, como luego veremos. A todas las entidades es aplicable el régimen de planeación, del que inmediatamente me ocuparé.

Como dije anteriormente, una notable reforma constitucional iniciada en 1982 revisó diversas disposiciones económicas de la carta de 1917, e instituyó lo que después se denominaría, convencionalmente, el capítulo económico de la Constitución. En éste figuran los artículos 25 y 26; aquél contiene, entre otras prevenciones, algunas referencias a la rectoría económica del Estado, a la planeación para el desarrollo y a la economía mixta; y el artículo 26 se concentra en la planeación democrática del desarrollo nacional. En páginas anteriores me referí al régimen de planeación, que es característico del Estado social. Ahora destacaré que el plan nacional de desarrollo es vinculante para la Administración Pública Federal; a él se sujetan los programas de ésta.

La Ley de Planeación del 30 de diciembre de 1982 (*Diario Oficial de la Federación* del 5 de enero de 1983) reglamenta, en este punto, las disposiciones del artículo 26 constitucional. Fija los objetivos y principios de la planeación, y determina que tanto las dependencias del Ejecutivo como las entidades del sector paraestatal —entre las que figura Petróleos

Mexicanos— deben planear y conducir sus actividades con sujeción a los objetivos y prioridades de la planeación nacional del desarrollo. La Ley de Planeación, siguiendo las normas constitucionales, dispone la elaboración y expedición del Plan Nacional de Desarrollo.

Actualmente se halla vigente el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, expedido en aquel año. En el capítulo sobre “Crecimiento económico” figura un inciso 5.7.4 acerca de “Infraestructura e insumos básicos”. Se manifiesta la intención de hacer “cambios profundos en las empresas paraestatales del sector energético”; en la misma disposición queda fijado el límite para dichos cambios: “con estricto apego al marco constitucional y legal vigente”, esto es, el existente cuando se expidió el Plan, cosa que ocurrió en mayo de 1995. Varios párrafos se destinan a la empresa petrolera.

Así, el Plan establece que

se fortalecerá la capacidad de respuesta estratégica y la eficiencia operativa de PEMEX para apoyar el crecimiento y la creación de empleos. La empresa concentrará su esfuerzo en la exploración y producción primaria. La ampliación de la plataforma petrolera será prioritaria. También se tomarán acciones para que el suministro de combustibles industriales sea rápido, confiable, a precios competitivos y en las cantidades requeridas por los productores nacionales. Dentro de los límites de la ley, se fomentará la competencia del sector privado. Se promoverá una activa participación privada en la conducción, transporte, distribución y comercialización del gas natural.

Una referencia general, también aplicable a la empresa petrolera, previene que “en el caso de las áreas de participación reservada al Estado (tal es el caso en la explotación de petróleo y los demás hidrocarburos, así como petroquímica básica), el objetivo será maximizar el beneficio para el país como un todo, no sólo la contribución al fisco y a las finanzas públicas”. El Plan, atenido a las disposiciones que lo presiden, fija una relación de programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales. Entre ellos figuran dos que interesan inmediatamente a la industria petrolera; se trata del Programa de desarrollo y reestructuración del sector de la energía y del Programa de política industrial y desregulación económica.

La actividad de las dependencias y entidades de la Administración Pública y el manejo del patrimonio que tienen asignado o del que son titulares —los organismos, en tanto disponen de personalidad y patrimonio

propios—, se hallan sujetas a una serie de ordenamientos cuyo propósito común puede resumirse en los términos del artículo 134 constitucional, reelaborado por la reforma de 1982 que tuvo como tema principal la responsabilidad de los servidores públicos.

Es pertinente advertir aquí que los bienes de las entidades paraestatales se hallan sujetos al régimen de la Ley General de Bienes Nacionales, del 23 de diciembre de 1981 (*Diario Oficial de la Federación* del 8 de enero de 1982). Los bienes de la Federación pueden ser de dominio público o privado; el deslinde apareja importantes consecuencias jurídicas. Entre los de dominio público se hallan, por una parte, ciertos bienes de la nación sobre los que pueden desarrollar actividades los organismos del Estado: así, el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, más la zona económica exclusiva que describe el octavo párrafo del artículo 27 constitucional.

En este orden de consideraciones, también es preciso tomar en cuenta los derechos de soberanía exclusiva que tiene la nación sobre las plataformas continental e insulares —que comprenden lecho y subsuelo de áreas submarinas que se extienden más allá del mar territorial—, para fines de exploración y explotación de recursos naturales, en los términos de la Ley Federal del Mar, del 20 de diciembre de 1985 (*Diario Oficial de la Federación* del 8 de enero de 1986).

Por otra parte, bajo la misma clasificación de bienes del dominio público se encuentran los destinados por la propia Federación a un servicio público. El artículo 34 de esa ley incluye en esa categoría tanto los inmuebles destinados a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal (fracción III), en la que figura PEMEX, como

los inmuebles que formen parte del patrimonio de los organismos descentralizados de carácter federal, siempre que se destinen a infraestructura, reservas, unidades industriales, estén directamente asignados o afectos a la exploración, explotación, transformación, distribución o que utilicen en las actividades específicas que tengan encomendadas conforme a sus respectivos objetos, relacionados con la explotación de recursos naturales y la prestación de servicios, salvo los utilizados para oficinas administrativas u otros propósitos ajenos a su objeto (fracción VI).

Petróleos Mexicanos se encuentra sujeta a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, promulgada el 30 de diciembre de 1976 (*Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre), en virtud de que



este ordenamiento dispone que el gasto público federal comprende las erogaciones por concepto de gasto corriente, inversión física, inversión financiera, así como pagos de pasivo o deuda pública que realicen, entre otras instituciones, los organismos descentralizados (artículo 2o., fracción VI), entre los que figura Petróleos Mexicanos.

La deuda de Petróleos Mexicanos se halla comprendida en el rubro de deuda pública. En efecto, la Ley General de Deuda Pública, del 30 de diciembre de 1976 (*Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre), señala que la deuda pública se integra con las obligaciones de pasivo, directas o contingentes derivadas de financiamiento y a cargo de los organismos descentralizados, entre otras entidades (artículo 1o., fracción III); tal es el caso de PEMEX.

El primer párrafo del artículo 134 constitucional sujeta el manejo de los recursos económicos de los gobiernos federal y distrital, así como de las respectivas administraciones paraestatales —Petróleos Mexicanos forma parte de la Administración Pública Federal descentralizada— a los principios de eficiencia, eficacia y honradez; a éstos pueden añadirse —como lo postula el tercer párrafo del mismo artículo 134, cuando se refiere a la alternativa de la licitación pública— los principios de economía e imparcialidad. Todo ello es aplicable al régimen de adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de bienes, prestación de servicios y contratación de obras, materias que se hallan reguladas, a su vez, por ordenamientos específicos.

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, del 23 de diciembre de 1993 (*Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre) rige en materia de planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles, la prestación de servicios de cualquier naturaleza y la obra pública y los servicios relacionados con ésta. Están sujetos a esa ley las unidades y dependencias de gobierno, los organismos descentralizados y las empresas y fideicomisos legalmente considerados como entidades paraestatales.

Entre los regímenes genéricos que son aplicables a Petróleos Mexicanos, o bien, a sus colaboradores, se halla el sistema de responsabilidades. Aquí vienen al caso los servidores públicos, como hoy dice, en forma prácticamente uniforme, el derecho mexicano; el concepto abarca las categorías administrativas de funcionarios y empleados, e inclusive la de obreros o trabajadores. Este régimen se desarrolla a partir del Título

Cuarto de la Constitución, cuyo texto vigente proviene de la multicitada reforma de 1982.

Son responsables de los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus funciones —señala el artículo 108 constitucional— “los funcionarios y empleados, y, en general... toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal...”. Los delitos cometidos por servidores públicos se hallan previstos, fundamentalmente, en el Código Penal; el artículo 212 establece el alcance de la expresión servidor público para efectos punitivos; en ella se comprende a quienes desempeñen un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en organismos descentralizados.

Para esta materia también es relevante la Ley Federal de Responsabilidades de Servidores Públicos, del 30 de diciembre de 1982 (*Diario Oficial de la Federación* del 31 de diciembre). Este ordenamiento, reglamentario del Título Cuarto de la Constitución, contiene normas sobre juicio político, declaratoria de procedencia y responsabilidad administrativa de los servidores públicos. Indica que son sujetos de la propia ley los servidores públicos mencionados en los párrafos primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas las personas que manejen o apliquen recursos económicos federales. En consecuencia, vale recordar que el primero de dichos párrafos del artículo 108 indican que son servidores públicos, además de ciertos funcionarios de alto rango, todas las personas que desempeñen “un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal (en cuyo sector paraestatal se halla Petróleos Mexicanos) o en el Distrito Federal...”. La Ley de Responsabilidades señala las infracciones en que pueden incurrir los servidores públicos que contravengan las obligaciones inherentes al servicio público para salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deben ser observadas en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones (artículo 47).

### XIII. LEGISLACIÓN ESPECÍFICA SOBRE EL PETRÓLEO Y LA INDUSTRIA PETROLERA

Veamos ahora las normas dictadas específicamente para la explotación petrolera y la empresa a cargo de ésta. Ya me referí a la base constitucional localizada en los artículos 27 y 28 de la ley suprema. El tema, en general, se halla contemplado por la Ley Reglamentaria del Artículo 27

Constitucional en el Ramo del Petróleo, del 26 de noviembre de 1958 (*Diario Oficial de la Federación* del 29 de noviembre), reformada en diversas ocasiones.

Es pertinente analizar la jerarquía de ese ordenamiento reglamentario (como de algunos semejantes, anteriormente citados), que a mi juicio comparte otra ley derivada inmediatamente de las normas constitucionales: la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, del 15 de julio de 1992 (*Diario Oficial de la Federación* del 16 de julio).

Como se sabe, el artículo 133 de la Constitución contiene dos prevenciones de suma importancia para el Estado de derecho y el principio de constitucionalidad. Una de ellas determina la jerarquía de las normas; la otra crea un régimen de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, que pone dicho control en manos de los juzgadores locales y cuya aplicación no se ha generalizado en la realidad. Ahora interesa la primera prevención. Ésta adelanta el concepto de “ley suprema de toda la Unión”, es decir, norma superior a cualesquiera otras que expidan los órganos correspondientes en los diversos planos del Estado: federal, estatales o municipales; norma que preside —a la que deben ajustarse las demás— y prevalece —tiene prioridad en caso de discrepancia entre ella y las restantes determinaciones generales.

Esa ley suprema se integra con la Constitución, “las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma”. Se admite generalmente que en esta trilogía tienen preminencia las normas contenidas en la propia Constitución, considerada como documento formal. Eso es particularmente evidente en lo que respecta a los tratados, pues para que integren la ley suprema de la Unión se requiere que “estén de acuerdo” con la Constitución de la República. En la prelación siguen, con importancia igual o desigual (lo último, por cuanto se discute la superioridad de las leyes sobre los tratados, o a la inversa; algunos tratadistas —así, Mario de la Cueva— sostienen la superioridad de los tratados) los otros dos extremos normativos previstos en el artículo 133.

Esto conduce a estudiar lo que se debe entender por leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución. No sobra recordar aquí que el artículo 133 de la carta de 1917 (reformado en 1934 por lo que corresponde a los tratados) proviene del artículo 126 de la de 1857, y éste, a su vez, se tomó del artículo 60., párrafo segundo, de la Constitución de los Estados Unidos de América. Esta se refiere también a la ley

suprema del país, que abarca la Constitución, “las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se hagan, y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos...”.

El concepto del artículo 133 tiene dos componentes. Uno alude a la fuente de la norma, el Congreso de la Unión, es decir, el cuerpo legislativo federal que organiza la misma ley suprema. Sobre esto no hay cuestión. El otro componente suscita problemas. En efecto, el artículo 133 parece entender que hay leyes federales que emanan de la Constitución y leyes de la misma jurisdicción que no emanan de ésta, aun cuando se supone que todas las normas generales, sin salvedad, emanan de la ley suprema o por lo menos se conforman con ella; ninguna podría derivar de otro tronco. Sin embargo, es necesario aceptar que la expresión del artículo 133 posee un sentido específico y preciso.

Mario de la Cueva ha hecho un sugerente examen de esta materia. Me permitiré citarlo *in extenso*. Queriendo superar una versión puramente formalista del derecho, el ilustre jurista manifiesta que

la supremacía de la Constitución es, ante todo, de naturaleza material o substancial, porque en esa norma se hallan instalados los principios políticos y jurídicos fundamentales, aquéllos que enunció el pueblo en ejercicio de su soberanía; de ahí que toda norma que contradiga el contenido o el espíritu de un texto constitucional, carezca de legitimidad. La supremacía formal no es sino el ropaje que cubre la supremacía material o substancial...

De la Cueva añade que

algunas de las leyes que emite el poder legislativo constituyen el desarrollo de los preceptos constitucionales, esto es, son el cuerpo y el alma de la Constitución que se expanden, determinando, precisando y diciendo con la mayor claridad y en todos sus detalles, lo que son y lo que significan el cuerpo y el alma de la ley fundamental, o lo que es igual: son normas que hacen explícito el sentido pleno de los textos constitucionales, son, por decirlo así, la Constitución misma, fuerza viva que se desarrolla siguiendo sus leyes internas para explicar a los hombres todo lo que es, pero sin salirse nunca ni de su cuerpo ni de su alma, sin transformarse en lo que no es. El olvido de este emanar materialmente algunas leyes de la Constitución y el análisis puramente formal de la legislación, no han permitido a los maestros mirar hasta el fondo del problema: todas las normas que emanan materialmente de la norma fundamental son derecho constitucional...

Vayamos ahora al contenido de la Ley Reglamentaria del Artículo 27. Este mandamiento capital comienza por reiterar y precisar que corresponde a la nación —no al Estado, por supuesto— el dominio directo, inalienable e imprescriptible de todos los carburos de hidrógeno que se encuentren, en mantos o yacimientos, en el territorio nacional, concepto que también abarca —y así lo puntualiza el artículo 1o. de aquella ley— la plataforma continental.

Sigue diciendo la ley que compete a la nación en exclusiva las distintas explotaciones de los hidrocarburos que constituyen la industria petrolera. Es importante precisar el alcance que ésta tiene, para establecer, a partir de ahí, lo que se entiende por área estratégica petrolera y, en consecuencia, el espacio económico en el que sólo puede actuar el Estado, con exclusión de los particulares. A esta definición se dedica el artículo 3o., que bajo el rubro de industria petrolera recoge las siguientes actividades:

I. La exploración, la explotación, la refinación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano del petróleo y los productos que se obtengan de su refinación; II. La exploración, la explotación, la elaboración y las ventas de primera mano del gas, así como el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración; y III. La elaboración, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas y que constituyen petroquímicos básicos...

El texto de esta última fracción deriva de una reforma del 6 de noviembre de 1996, publicada el 13 del mismo mes. En sus términos, la fracción contiene una lista de tales petroquímicos básicos, anteriormente sujetos a un régimen administrativo de clasificación —entre básicos o primarios y secundarios—. Es así que ahora la industria petrolera comprende, bajo la citada fracción III del artículo 3o., las actividades mencionadas a propósito de: etano, propano, butanos, pentanos, hexano, heptano, materias primas para negro de humo, naftas y metano proveniente de carburos de hidrógeno, obtenidos de yacimientos ubicados en el territorio nacional y que se utilice como materia prima en procesos industriales petroquímicos. De esta suerte culminó una relevante polémica acerca del ámbito exclusivo de la nación, por conducto del Estado. Consecuentemente, es posible que los particulares intervengan en elaboración, trans-

porte, almacenamiento, distribución y ventas de primera mano de cualesquiera petroquímicos que no figuran en la lista legal.

La propia Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional contiene diversas definiciones acerca de la empresa Petróleos Mexicanos. Así, el artículo 4o. determina que la nación llevará a cabo las actividades estratégicas que le están reservadas, en lo que atañe a la materia que ahora examino, por conducto de Petróleos Mexicanos; a esta empresa se asignarán los terrenos necesarios para la exploración y explotación petroleras (artículo 5o.).

La estructura de PEMEX, así como diversos puntos relacionados con su operación, se encuentran regulados por un ordenamiento específico, acto jurídico que recibe la creación de PEMEX —por decreto del 7 de junio de 1938— y que concreta las disposiciones constitucionales e integra las reglamentarias del artículo 27: Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios, del 15 de julio de 1993 (publicada, como señalé, en el *Diario Oficial de la Federación* del 16 de julio). Obviamente, este ordenamiento no ha sido el primero que se expide para organizar la empresa; con él quedó establecido el régimen de organismos subsidiarios de PEMEX, al que me referiré brevemente.

La Ley Orgánica reitera la naturaleza de Petróleos Mexicanos como organismo descentralizado, así como la encomienda sobre el área estratégica reservada a la nación, y crea organismos subsidiarios de Petróleos Mexicanos. Esto implica que el anterior ente petrolero se ha desagregado o dividido en diversas entidades: una es, propiamente, Petróleos Mexicanos; otras, también organismos descentralizados, son las entidades subsidiarias aportadas por dicho ordenamiento. El nuevo concepto para la organización del complejo empresarial petrolero atiende a la necesidad de mejorar la eficiencia de éste, mediante el establecimiento de centros de responsabilidad y resultados, conforme a las diversas especialidades que conforman la industria petrolera.

Se atribuye a Petróleos Mexicanos, en su versión estricta, “la conducción central y la dirección estratégica de todas las actividades que abarca la industria petrolera estatal”, que se hallan descritas —como se apuntó— en la Ley Orgánica del Artículo 27 Constitucional. En los términos del artículo 3o., las subsidiarias, cuya denominación expone su ámbito específico y directo, son: PEMEX-Exploración y Producción, PEMEX-Refinación; PEMEX-Gas y Petroquímica Básica, y PEMEX-Petroquímica. Vale decir que esta última entidad tiene a su cargo “pro-

cesos industriales petroquímicos cuyos productos no forman parte de la industria petroquímica básica, como su almacenamiento, distribución y comercialización”. Por ende, las actividades estratégicas encomendadas a Petróleos Mexicanos corresponden a las tres primeras entidades mencionadas, no así a la última.

Petróleos Mexicanos —y las subsidiarias, en sus planos orgánico y funcional— cuentan con cuerpos de gobierno propios, como es característico de los organismos descentralizados. El consejo de administración de aquella empresa se integra con seis representantes del Estado y cinco del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, bajo la presidencia del titular de la secretaría de Estado a la que corresponda la coordinación sectorial de PEMEX; actualmente esa función recae en el secretario de Energía.

#### XIV. EMPRESA PÚBLICA PETROLERA Y EFICIENCIA OPERATIVA

Para la mejor organización y la buena marcha de la gran empresa petrolera, responsable de esta industria, ha habido y hay diversas propuestas. Una de ellas fue la separación de funciones, a través de sendas entidades especializadas, que dio origen al conjunto de PEMEX (llamado “corporativo”, con sus correspondientes direcciones) y las subsidiarias. De esta forma se consideró mejorar la gestión de la empresa. Hay otras sugerencias que ponen la mirada en la mayor eficiencia de la industria. Esta es una necesidad presente siempre, aquí como en cualesquiera otras empresas o ramas industriales.

La mayor eficiencia suele aparejar también una mayor libertad operativa, que elimine frecuentes trabas administrativas —o “burocráticas”— y permita al organismo descentralizado realizar del mejor modo las tareas a su cargo, tomando en cuenta las exigencias actuales de la actividad industrial y comercial, vinculadas con las características del sector en que opera, sus particularidades tecnológicas y sus necesidades financieras.

Ahora bien, este desarrollo debe ponderarse y realizarse en relación con otros datos, para obtener soluciones que satisfagan las exigencias inherentes a la organización y el funcionamiento de Petróleos Mexicanos. Ante todo, queda claro que la nación conserva su dominio sobre los yacimientos de petróleo y su decisión económica y política de explotar por sí misma la riqueza petrolera. Debe afirmarse, igualmente, que esa explota-

ción nacional se realizará por conducto de un organismo público, constituido como ente descentralizado: Petróleos Mexicanos.

Esto refrenda la condición de PEMEX como empresa pública, colocada en el marco de la Administración Pública Federal paraestatal. En tal virtud, Petróleos Mexicanos no puede sustraerse a un doble compromiso; por una parte, se halla subordinado a la política económica del Estado, que se recoge en normas de diversa naturaleza, entre ellas el Plan de Desarrollo y los programas derivados de éste; y por otra, se encuentra sujeta a un régimen de control que no puede ni debe descuidar el presupuesto, el financiamiento y el gasto de la empresa, así como sus operaciones de diverso carácter: obras, adquisiciones, enajenaciones, contratos, etcétera. Tómese en cuenta, además, la extraordinaria relevancia de PEMEX en el conjunto de la economía nacional y en las finanzas públicas.

En suma, la evolución de Petróleos Mexicanos implica conciliar sus necesidades como empresa industrial y comercial moderna, en un mundo sujeto a cambios y presiones, con su papel característico —y peculiar— en el campo de la administración pública. No comprender esto último, implicaría desconocer la realidad histórica y actual de Petróleos Mexicanos y desvirtuar su naturaleza. Y no entender aquéllo significaría detener o estorbar la evolución regular de una industria que no puede quedar al margen de las exigencias, expectativas y ventajas de la economía, consecuentes con las condiciones actuales de México, en particular, y del mundo en general.

Con apoyo en estas consideraciones, cabe formular algunas propuestas de reforma a la regulación de PEMEX. La reforma se podría intentar por alguna entre diversas vías. Una de ellas llevaría a distinguir, en el conjunto de las empresas públicas, entre las entidades de las que se espera eficiencia económica y social, proyectada en la generación de recursos a cambio de los bienes que producen o los servicios que prestan, y en el apoyo al conjunto de la sociedad y la economía; y aquellas otras cuya operación no trae consigo la generación de nueva riqueza, pero asegura el bienestar de la sociedad y fomenta múltiples tareas de carácter social, cultural o económico, en general.

Fijado el deslinde —que no es sencillo—, quedaría en pie la actual Ley de Entidades Paraestatales para las empresas de la segunda categoría, y se expediría otro ordenamiento adecuado para las primeras. Es obvio que entre éstas figura Petróleos Mexicanos. Sin embargo, no es fácil practicar aquel en forma plenamente satisfactoria, y en todo caso Petróleos



Mexicanos seguiría constituyendo un “sujeto excepcional” al lado de cualesquiera otros que se hallen sujetos a la nueva ley.

Otra vía para la nueva regulación exigiría la revisión y reforma de todos —o casi todos— los ordenamientos referentes al funcionamiento y control de las empresas públicas, para dejar en ellos dos series de reglas: una, aplicable a la generalidad de las entidades paraestatales; y otra aplicable a unas cuantas, o quizá solamente a Petróleos Mexicanos. Esto aparejara un régimen de “reglas y excepciones” sistemáticas, muy discutible, que difícilmente satisfaría los requerimientos de la técnica jurídica.

Finalmente, también sería posible concentrar las reformas en la legislación específica de Petróleos Mexicanos. Aquí se toma en cuenta que ya existe un ordenamiento para la organización y el funcionamiento de este organismo. En él se reconocería la aplicabilidad de las normas generales en materia de empresas públicas, y se fijarían las modalidades adecuadas a la “hipótesis Petróleos Mexicanos”, en forma compatible con los mandamientos constitucionales, razonable en su relación con las disposiciones genéricas de la materia y consecuente con las particularidades de PEMEX y del campo en el que opera. A ello se agregarían las novedades orgánicas y las precisiones sobre competencia de órganos internos que parezcan pertinentes.

La Ley Orgánica reformada —o sustituida— sería aplicable a Petróleos Mexicanos, a sus organismos subsidiarios y a las empresas filiales que se constituyan a partir de uno u otros, en tanto adopten la forma de empresa pública. Aquí me refiero a las sociedades mercantiles de participación estatal mayoritaria, creadas o promovidas por Petróleos Mexicanos para realizar actividades que no están reservadas en forma exclusiva a la nación. En la medida de la participación estatal y del objeto social de estas empresas, los actos de constitución y disolución, enajenación o fusión, así como los programas de operación serán sometidos al cuerpo administrativo de PEMEX por la subsidiaria que corresponda, conforme al objeto social de la empresa mixta. En suma, el concepto de industria petrolera abarca las tres categorías de entidades.

Desde luego, deberá constar que en todo lo que respecta a la explotación exclusiva de los hidrocarburos encomendada al Estado, Petróleos Mexicanos y los organismos descentralizados que concurren con éste en la industria petrolera nacional constituyen un conjunto unitario e indivisible; y que ningún acto que realicen las subsidiarias y las filiales —con

personalidad jurídica y patrimonio propios— podrá afectar la propiedad y el control que corresponden a la nación en materia de hidrocarburos.

El órgano de gobierno de la industria seguiría siendo el consejo de administración de Petróleos Mexicanos, con incremento en el número de sus integrantes: quince miembros propietarios. De ellos, nueve serán representantes del gobierno federal; su designación recaerá en funcionarios públicos de las competencias relacionadas con la operación de la industria y en otras personas que cuenten con amplia experiencia y reconocimiento en ésta. Así se asegura la conducción de la industria por parte del Estado y se permite que en el cuerpo de gobierno participen, al lado de altos funcionarios idóneos para esta encomienda, especialistas que aporten una visión profesional sobre la industria. Además, en el Consejo se mantendrá la presencia de los trabajadores, a través de cinco representantes sindicales.

Puesto que el consejo de Petróleos Mexicanos es el órgano de gobierno de la industria, le corresponden la conducción central y la dirección estratégica de ésta, así como las facultades inherentes al desempeño de dicha función, incluyendo, en forma enunciativa y no limitativa, la planeación y presupuestación del conjunto conforme al Plan Nacional de Desarrollo, a la política energética nacional y a los correspondientes programas de operación y desarrollo; la adopción de las directrices a las que deba sujetarse la operación de los organismos, y la evaluación sobre el cumplimiento de los objetivos estratégicos de la industria.

Se ha discutido acerca de las facultades que pueden ejercer los funcionarios del Estado que forman parte de los órganos de gobierno o los grupos técnicos de las empresas públicas. Se dice, por una parte, que dichos funcionarios no concurren a estos cuerpos empresariales en su calidad de autoridades oficiales, para desempeñar ahí mismo las atribuciones que les competen en las dependencias del sector centralizado. Por otra parte, se sugiere la conveniencia de cerrar distancias entre la calidad de funcionario público y la condición de miembro de un consejo de administración o de un grupo técnico: la distancia, llevada al extremo, resulta impráctica, multiplica las instancias decisorias y puede desembocar en demoras y contradicciones.

En tal virtud, una futura regulación de la industria podría aceptar que los funcionarios federales que intervienen en los consejos de PEMEX y sus subsidiarios —e incluso de las filiales— ejercerán en ellos las atribuciones que la ley confiere a las correspondientes dependencias, sobre todo

si se trata de titulares de ellas. En tal virtud, sus opiniones o resoluciones no tendrán valor apenas en el seno de los organismos, para formar la voluntad de éstos, sino se entenderán emitidas o adoptadas por las dependencias respectivas. Claro está que la regulación sobre unidades del sector centralizado debe fijar el procedimiento para que los representantes de éstas concurren a las empresas con las atribuciones y las autorizaciones pertinentes.

Esta modificación, que afecta de manera importante los conceptos y las prácticas prevalecientes, se podría sujetar a salvedades específicas que la ley disponga; pero siempre se trataría de salvedades o excepciones, no de un retorno a la regla tradicional que divide en forma tajante al consejero del funcionario, pese a tratarse de una misma persona.

Como se ha indicado, las subsidiarias son entidades con personalidad propia y gestión relativamente autónoma; la relatividad obedece a su calidad de partes integrantes de la industria petrolera y a la vinculación que tienen con los planes, las políticas y los programas del Estado. En tal virtud, dichas subsidiarias deben contar con consejos de administración propios, que dirijan y administren al organismo bajo los lineamientos fijados por el consejo de Petróleos Mexicanos, rector de la industria.

Presidido por el director de PEMEX, el consejo de cada subsidiaria se integrará además con los directores de los otros organismos, a fin de asegurar la congruencia del conjunto, y con cuatro consejeros que sean profesionistas especializados en la actividad de la subsidiaria correspondiente y posean experiencia y reconocimiento en el medio profesional respectivo. De tal suerte, también aquí se afirman los criterios de conducción estatal y administración profesional.

Una parte relevante y novedosa de un nuevo ordenamiento de Petróleos Mexicanos —en rigor, de la industria petrolera nacional— abordará los asuntos de operación. Aquí se harán las precisiones derivadas de la buena marcha industrial de PEMEX y de su carácter de empresa pública clave en el sector paraestatal. En este punto prevalece la regla de sujeción a las disposiciones concernientes a las entidades paraestatales, en todo lo que no se encuentre previsto por la ley orgánica específica. Esto abarca tanto a Petróleos Mexicanos y a sus subsidiarias, como a las sociedades filiales en la medida de su participación estatal. De tal suerte, la ley orgánica es norma principal, de aplicación estricta, y las restantes leyes —a las que en otro lugar me he referido— son normas de aplicación supletoria.

Para que PEMEX pueda fungir efectivamente como entidad rectora de la industria petrolera —lo que no le confiere funciones de autoridad pública, sino de conducción, gestión y representación empresarial— es preciso que se le reconozca la representación de todas las empresas que operan en este campo, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, para los efectos de la coordinación sectorial (empresarial) y de las determinaciones globales que afecten a la industria, en conjunto o en cada una de sus partes, ante las dependencias del Ejecutivo Federal.

La conducción general de la industria y las características de ésta —como de otras muchas—, que implican acciones de corto, mediano y largo plazos, más allá de los ejercicios fiscales e inclusive de los periodos de gobierno federal, aparejan la conveniencia de confiar a Petróleos Mexicanos la formulación del programa de operación y desarrollo de la industria, conforme a las disposiciones legales aplicables y atendiendo al Plan Nacional de Desarrollo y a los programas derivados de éste.

Será en ese programa de operación y desarrollo donde se fijen los proyectos de mediano y largo plazos necesarios para el desenvolvimiento oportuno, suficiente y adecuado de la industria; esos proyectos serán apoyados con provisiones específicas en los presupuestos correspondientes. Es lógico que el Estado intervenga en la autorización de proyectos que implican compromisos relevantes en periodos largos, porque este género de obligaciones interesa para la previsión de recursos fiscales frente a la proyección de necesidades que deba atender el Estado.

Existen opiniones discrepantes sobre la pertinencia de que el presupuesto de Petróleos Mexicanos figure en el presupuesto de egresos de la Federación (de cuyos ingresos, por cierto, esa empresa pública constituye una fuente de primera importancia, como ya se dijo). Esto se proyecta además en la revisión de las cuentas de la empresa, integradas o no en la cuenta pública anual que se somete al Poder Legislativo. Por ahora, no parece fácil extraer a Petróleos Mexicanos de este régimen de previsión y control, aunque resulte deseable hacerlo en aras de la mejor operación de la empresa. Será precisamente ésta —la probada buena operación, que elimine los celos y suavice las suspicacias— el dato a considerar para la siguiente etapa.

Hay diferencias acerca de la concentración de recursos de Petróleos Mexicanos y la autonomía —o al menos la fluidez— en la disposición de éstos conforme a los requerimientos de una industria en constante e indispensable desarrollo. El problema se plantea a partir de las necesidades de

operación y evolución industrial, que demandan elevados gastos y cuantiosas inversiones, por una parte, y los apremios del erario, que mira en Petróleos Mexicanos un proveedor significativo de recursos e incluso —como recientemente se ha visto— una garantía para enfrentar obligaciones derivadas de la contratación de crédito externo.

Sería deseable que los recursos obtenidos por Petróleos Mexicanos y sus subsidiarias se concentren en las respectivas tesorerías, encargadas de hacer los pagos por las obligaciones contraídas, sujetándose para ello a las disposiciones fiscales, a las normas y programas aprobados por el cuerpo de gobierno de la industria y a los calendarios establecidos para el cumplimiento de las obligaciones.

Se ha dicho que el vigente régimen de concursos y adjudicación de contratos entorpece, en ocasiones, la gestión de la empresa, ignora las ventajas reales que sólo conoce y puede ponderar quien participa en el mercado y pasa por alto cuestiones de calidad y oportunidad en la adquisición de bienes y servicios. Vistas las cosas desde otro ángulo, también es incuestionable que una empresa pública —y sobre todo Petróleos Mexicanos— no puede apartarse del marco estatuido en el artículo 134 constitucional y sustraerse a la ortodoxia y racionalidad en el manejo de recursos que pertenecen al pueblo.

Por lo tanto, es preciso atender y conciliar ambas consideraciones, válidas desde su propia perspectiva. Para ello se puede acentuar la autoridad y responsabilidad del cuerpo de gobierno y de sus órganos directos, y permitir un régimen de control *a posteriori*, siempre sujeto —sobre todo en los primeros pasos— a verificaciones y ratificaciones.

Las reglas sobre esta materia partirían de la facultad reconocida a PEMEX y sus subsidiarias para convocar a concursos, adjudicar o llevar a cabo adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como obra pública, cuando cuenten con saldo disponible en la partida correspondiente del presupuesto aprobado, y prevean razonablemente que dicha disponibilidad existirá —tomando en cuenta el plan de ingresos de la industria— cuando se actualicen las obligaciones de pago, tratándose de operaciones a mediano y largo plazos.

Las entidades de la industria podrán celebrar contratos mediante licitación pública, invitación restringida y adjudicación directa. Se preferiría el sistema de licitación pública. Empero, cuando haya motivos suficientes para acreditar que los otros sistemas resultan más adecuados para la economía de la industria, en relación con operaciones específicas, el consejo

de administración de PEMEX podría autorizar que la operación se haga bajo el que estime conveniente, mediante resoluciones generales o particulares en que se describan las razones que sustentan la determinación, así como las ventajas que obtendrá la entidad.

En la evaluación de posturas, tanto en licitaciones nacionales como internacionales, se deben conciliar las necesidades de estimular el desarrollo de la producción nacional y obtener un puntual y debido suministro de los bienes y servicios que requiere la industria, en los mejores términos para ésta, considerando —entre otros factores— los costos, la oportunidad y la calidad del producto. Obviamente, las entidades deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que los participantes concursan en igualdad de condiciones.

Un punto crítico en el sistema de adquisiciones es la facultad del convocante para negociar con los participantes, y obtener de este modo ventajas en favor de la industria. Esta práctica puede culminar en un insostenible quebranto de las reglas éticas que deben presidir la operación de las empresas en general, y sobre todo de las empresas públicas.

Por ello, debe quedar establecido que las entidades podrán celebrar negociaciones sobre las propuestas presentadas por los postores sólo cuando en la convocatoria publicada se hubiese manifestado la intención de negociar, señalando las condiciones y características de la negociación, y en la inteligencia de que ese señalamiento y los demás datos y requisitos de la negociación asegurarán la objetividad y transparencia del procedimiento y la equidad en el trato a los postores.

También es conveniente revisar el sistema de ventas de muebles que figuren en los inventarios de las entidades, y que por su naturaleza o estado no sean adecuados para el servicio o no deban seguir bajo el resguardo de aquéllas. En estos casos debiera preferirse la licitación pública, aunque sin excluir de plano otros procedimientos de enajenación que produzcan mejores posturas. Esto se ajustaría a las resoluciones que adopte el consejo de administración de Petróleos Mexicanos, mediante normas de alcance general aplicadas al caso concreto, en las que se consideren las características de los bienes y las diversas circunstancias en que puede ocurrir la operación.

En cuanto a donaciones de bienes, el valor de éstas no debiera exceder de una cantidad prudentemente determinada —también en disposiciones de carácter general— por aquel Consejo, en la inteligencia de que sólo pueden ser donatarias las instituciones públicas o las personas priva-

das que tengan a su cargo servicios asistenciales o educativos, o los organismos del Estado que requieran esos bienes para el cumplimiento de sus objetivos.

Por último, la regulación orgánica de la industria debe contener disposiciones sobre la solución de controversias y la interpretación de normas. Cuando se requiera una interpretación administrativa, ésta podría recaer en el consejo de administración de PEMEX, salvo que exista un criterio definido por autoridad competente. Para la interpretación de las normas y la formulación y ejecución de planes, programas, presupuestos y políticas de la industria petrolera, se atenderá a los principios y criterios que informan las disposiciones del ordenamiento orgánico.

Para la solución de controversias nacionales derivadas de actos en que intervengan las entidades de la industria, la regla debiera ser la sumisión a los tribunales de la Federación, bajo las leyes aplicables a la materia de que se trate, salvo que hubiere acuerdo arbitral en asuntos que regularmente se sujeten a esta forma de composición, según las reglas dictadas por el gobierno federal o, en caso de no haberlas, conforme a la práctica predominante en este género de asuntos.

En caso de controversias internacionales, las entidades podrían admitir —también conforme a las prácticas generalizadas, que han constituido un sistema propio de solución de controversias— la sumisión a órganos jurisdiccionales extranjeros o a decisiones arbitrales. Esto se acordaría con expresa autorización y bajo la responsabilidad del órgano de gobierno de la industria, acreditando las razones que sostienen la fórmula jurisdiccional adoptada.

# ANTEPROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE LAS BASES PARA LA ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DE PETRÓLEOS MEXICANOS\*

## CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1o. El dominio directo sobre el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, corresponde a la nación. El Estado realizará las actividades que le incumben en las áreas estratégicas del petróleo, otros hidrocarburos y petroquímica básica, por conducto de Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios, en los términos que esta ley establece y de acuerdo con la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo y las demás normas legales o reglamentarias aplicables a esta materia.

Artículo 2o. Esta Ley tiene por objeto establecer las bases para la organización y el funcionamiento de las entidades que integran la industria petrolera nacional, tanto en lo que respecta a Petróleos Mexicanos, como en lo que corresponde a sus organismos subsidiarios mencionados en los artículos 5o. y 7o. del presente ordenamiento. Se aplicará asimismo a las empresas filiales constituidas en los términos del artículo 15, en la medida en que se hallen sujetas al régimen de empresa pública.

Para estos efectos, se toman en cuenta las necesidades nacionales y las específicas de la industria petrolera, considerando los requerimientos inherentes a la operación de ésta, según sus características, y los relativos a su desarrollo oportuno, suficiente y adecuado.

Artículo 3o. En este ordenamiento, las expresiones “Petróleos Mexicanos” y “empresa” se refieren al organismo central previsto en el artículo 4o.; la voz “subsidiarias” identifica a los organismos descentralizados que mencionan los artículos 5o. y 7o.; y la palabra “industria”

\* Véase el artículo: “Estado social y empresa pública. El régimen de Petróleos Mexicanos”, que se encuentra publicado en esta misma obra, pp. 99-154.



designa a la industria petrolera estatal, que abarca la organización y actividades de Petróleos Mexicanos y sus subsidiarias, así como de las empresas filiales de participación estatal, en lo que sea procedente.

## CAPÍTULO II ORGANIZACIÓN

Artículo 4o. Petróleos Mexicanos, creado por Decreto del 7 de junio de 1938, es un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y domicilio en la ciudad de México, Distrito Federal, que tiene por objeto, conforme a lo dispuesto en esta ley, ejercer la conducción central y la dirección estratégica de todas las actividades que abarca la industria petrolera nacional, en los términos de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo.

Artículo 5o. Para el cumplimiento de sus finalidades, Petróleos Mexicanos contará asimismo con entidades subsidiarias, constituidas como organismos descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios, que operarán bajo los lineamientos que aquélla fije, tendrán las funciones y limitaciones que esta ley previene, y celebrarán los actos jurídicos necesarios para las actividades que les están asignadas. Ningún acto que celebren la empresa o los organismos podrá afectar la propiedad y el control que tiene la nación sobre los hidrocarburos, con sujeción a las disposiciones legales aplicables.

Artículo 6o. En todo lo que respecta a la explotación exclusiva de los hidrocarburos por el Estado mexicano, bajo las normas constitucionales y reglamentarias correspondientes, se entiende que Petróleos Mexicanos y los organismos descentralizados que concurren con éste en la industria petrolera nacional, constituyen un conjunto unitario e indivisible.

Artículo 7o. Las subsidiarias y los objetos a su cargo son:

I. Pemex-Exploración y Producción: exploración y explotación del petróleo y el gas natural; su transporte, almacenamiento en terminales y comercialización;

II. Pemex-Refinación: procesos industriales de la refinación; elaboración de productos petrolíferos y derivados del petróleo que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas; almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de los productos y derivados mencionados;

III. Pemex-Gas y Petroquímica Básica: procesamiento del gas natural, líquidos del gas natural y el gas artificial; almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de estos hidrocarburos, así como de derivados que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas; y

IV. Pemex-Petroquímica: procesos industriales petroquímicos cuyos productos no forman parte de la industria petroquímica básica, como su almacenamiento, distribución y comercialización.

Las actividades estratégicas que esta Ley encarga a Pemex-Exploración y Producción, Pemex-Refinación y Pemex-Gas y Petroquímica Básica, sólo podrán realizarse por estos organismos.

Artículo 8o. El patrimonio de Petróleos Mexicanos y de sus filiales estará constituido por los bienes, derechos y obligaciones que hayan adquirido o que se les asignen o adjudiquen; los que adquieran por cualquier título jurídico; las ministraciones presupuestales y donaciones que se les otorguen; los rendimientos que obtengan por virtud de sus operaciones y los ingresos que reciban por cualquier otro concepto.

Petróleos Mexicanos y los propios organismos administrarán su patrimonio conforme a las disposiciones de esta Ley y a las demás aplicables, se sujetarán a los programas y presupuestos correspondientes, y podrán responder solidaria o mancomunadamente de las obligaciones nacionales e internacionales que contraigan.

La integración de los programas y presupuestos de las filiales, para establecer la unidad de operación y desarrollo de la industria, así como la consolidación contable y financiera del conjunto, quedarán a cargo de Petróleos Mexicanos.

Artículo 9o. Petróleos Mexicanos será dirigido y administrado por un Consejo de Administración, órgano de gobierno de la industria. El director general de Petróleos Mexicanos será nombrado por el Ejecutivo Federal.

Artículo 10. El Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos se compondrá de quince miembros propietarios, a saber: nueve representantes del gobierno federal, designados por el Ejecutivo entre funcionarios públicos de las competencias relacionadas con la operación de la industria y otras personas que cuenten con amplia experiencia y reconocimiento en ésta; y cinco representantes del Sindicato de Trabajadores Petroleros de la República Mexicana, que serán miembros activos de dicho Sindicato y trabajadores de planta de la empresa.

Quien designe a los titulares nombrará igualmente a los respectivos suplentes, que deberán reunir las características requeridas de aquéllos.

Artículo 11. Los funcionarios federales que intervengan en los Consejos de Administración de Petróleos Mexicanos y sus subsidiarias, en su caso, ejercerán en ellos las atribuciones que la ley confiere a las dependencias de las que son titulares o forman parte. Por ello, sus opiniones y resoluciones se entenderán emitidas o adoptadas por dichas dependencias, a no ser que en este ordenamiento se establezca otra cosa.

Artículo 12. Cada subsidiaria contará con un Consejo de Administración, que dirigirá y administrará al organismo conforme a los lineamientos fijados por el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos, al que igualmente corresponderá designar al director general del organismo. Este deberá ser profesionista especializado en la actividad de la subsidiaria que dirija y contar con experiencia y reconocimiento en el medio profesional correspondiente.

Artículo 13. El Consejo de Administración de cada subsidiaria se integrará con ocho miembros titulares y sus respectivos suplentes. Los titulares serán cuatro consejeros designados por el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos, con las características requeridas para ser director general del organismo, así como el director general de Petróleos Mexicanos y los directores generales de las otras subsidiarias. La designación de los suplentes que correspondan a los primeros cuatro titulares, se hará entre personas que posean las mismas características de éstos. Los directores generales de los organismos serán suplidos por el funcionario que deba sustituirlos en casos de falta o ausencia.

El director general de Petróleos Mexicanos presidirá el Consejo, gozará de voto de calidad para el caso de empate, y deberá hallarse presente para que aquél sesione.

Artículo 14. Los Consejos de Administración de Petróleos Mexicanos y de los organismos tendrán las atribuciones que les confieren esta ley y las demás disposiciones aplicables, conforme a sus respectivos objetos.

Corresponde al Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos la conducción central y la dirección estratégica de la industria, así como las facultades inherentes al desempeño de esta función, incluyendo, en forma enunciativa y no limitativa, la planeación y presupuestación de la industria en su conjunto, conforme al Plan Nacional de Desarrollo, a la política energética nacional y a los correspondientes programas de operación y desarrollo; la adopción de las directrices a las que deba sujetarse la operación de los

organismos, y la evaluación sobre el cumplimiento de los objetivos estratégicos de la industria.

En el desempeño de sus funciones, el Consejo de Administración de la empresa establecerá las políticas y lineamientos necesarios para asegurar el sano equilibrio económico y financiero entre las subsidiarias, y permitir el adecuado manejo y administración de los bienes que el Estado destina a la industria.

Artículo 15. Las actividades relacionadas con la industria que no estén reservadas en forma exclusiva a la nación, podrán llevarse a cabo por medio de empresas constituidas para este fin bajo la forma de sociedades mercantiles con participación de Petróleos Mexicanos o de sus subsidiarias. En la medida de la participación estatal en estas empresas, la constitución de las mismas, así como los programas de operación correspondientes, las propuestas de disolución, enajenación o fusión respectivas y la enajenación de las instalaciones industriales, serán sometidas al Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos por el organismo que corresponda, conforme a la materia de la empresa cuyo establecimiento, operación, modificación o disolución se proponen.

Artículo 16. Son facultades y obligaciones del director general de Petróleos Mexicanos:

I. Administrar y representar legalmente a la empresa;

II. Presidir los Consejos de Administración de las subsidiarias;

III. Proveer al cumplimiento de los fines y funciones de Petróleos Mexicanos y promover y vigilar el cumplimiento de los que correspondan a las subsidiarias, en forma eficaz, articulada y congruente, conforme a la planeación estratégica de la industria, en los términos establecidos por la presente Ley y por las demás disposiciones aplicables a esta materia;

IV. Conocer de asuntos trascendentes para la industria, resolviendo lo que proceda o sometiendo al Consejo de Administración las decisiones que afecten al conjunto de aquella;

V. Elaborar, con la intervención que corresponda a las subsidiarias, según sus materias, la planeación y presupuestación estratégica de la industria, así como sus programas financieros, para aprobación del Consejo de Administración;

VI. Definir las bases de los sistemas de coordinación, desempeño, supervisión y control de las subsidiarias, para optimizar su operación conjunta; administrar los servicios comunes a las mismas, y resolver los conflictos que se susciten entre éstas sobre sus ámbitos de actividad, so-

metiendo al Consejo los casos en que la determinación afecte al conjunto de la industria;

VII. Formular los programas institucionales de corto, mediano y largo plazo de la industria, así como los presupuestos correspondientes, y proponer las políticas institucionales y los procedimientos generales, presentándolos para su aprobación al Consejo de Administración de la empresa;

VIII. Cumplir y hacer cumplir las obligaciones legales de la empresa y de los organismos con respecto a las dependencias del Ejecutivo Federal y a otros órganos del Estado mexicano;

IX. Someter al Consejo de Administración los proyectos de organización y los de creación, liquidación, enajenación o fusión de empresas de la industria, así como la enajenación de instalaciones industriales;

X. Establecer sistemas de control y mecanismos de evaluación, vigilar la implantación y cumplimiento de medidas correctivas e informar trimestralmente los resultados de su gestión al órgano de gobierno de la industria;

XI. Asignar responsabilidades, delegar atribuciones y proponer al Consejo de Administración de la empresa el nombramiento, adscripción y remoción de los funcionarios de los dos niveles inferiores al propio, y de los directores de las subsidiarias, así como de las filiales, cuando esto último corresponda en función de la participación estatal en ellas;

XII. En los términos del apartado “A” del artículo 123 constitucional y de la Ley Federal del Trabajo, convenir con el Sindicato el Contrato Colectivo de Trabajo y expedir el Reglamento de Trabajo del Personal de Confianza, que regirán las relaciones laborales de Petróleos Mexicanos y de los organismos, escuchando la opinión de los directores generales de éstos; así como ejercer las facultades que en materia laboral determinen las normas aplicables a la industria, sin perjuicio de las que correspondan directamente a las autoridades de las subsidiarias;

XIII. Cuidar de la observancia de las disposiciones relativas a normalización y seguridad industrial;

XIV. Proponer medidas para asegurar la calidad de los productos, así como el desarrollo tecnológico correspondiente;

XV. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones relativas al equilibrio ecológico y preservación del medio ambiente que garanticen el uso adecuado de los recursos petroleros; y

XVI. Las otras que determinen las leyes y demás disposiciones legales aplicables.

Artículo 17. Los directores generales de las subsidiarias tendrán, en relación con éstas, las facultades y obligaciones a las que se refiere el artículo anterior, en todo lo que resulte aplicable y no se halle atribuido, expresa o implícitamente, al director general de Petróleos Mexicanos o a otros órganos de la industria.

Artículo 18. En su carácter de representantes legales, y exclusivamente para los asuntos relacionados con las funciones de su competencia, los directores generales tendrán todas las facultades que les corresponden a los mandatarios generales para pleitos y cobranzas, para actos de administración y de dominio, así como las que requieran cláusula especial conforme a la ley, en los términos de los primeros tres párrafos del artículo 2554 del Código Civil para el Distrito Federal aplicable en materia federal; para formular querellas en los casos de delitos que sólo se pueden perseguir a petición de la parte afectada y para otorgar el perdón extintivo de la acción penal; ejercitar y desistirse de acciones judiciales, inclusive en el juicio de amparo, así como comprometerse en árbitros y transigir. Los directores generales podrán otorgar y revocar poderes generales o especiales, pero cuando sean en favor de personas ajenas a los organismos, deberán recabar previamente el acuerdo de su Consejo de Administración.

Cuando las operaciones tengan por objeto bienes inmuebles del dominio público de la Federación, se someterá al Ejecutivo Federal el decreto de desincorporación correspondiente.

Artículo 19. Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos o cualquiera de sus organismos subsidiarios se registrarán por las leyes federales aplicables a la materia de que se trate, y las controversias nacionales en que sean parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales.

Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus subsidiarias podrá convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando ello sea pertinente para el mejor cumplimiento de su objeto.

Artículo 20. El órgano de vigilancia de cada uno de los organismos descentralizados a los que se refiere esta ley, estará integrado por un comisario público propietario y un suplente, designados por la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, quienes desarrollarán sus funciones de acuerdo con las disposiciones legales aplicables.

El control interno de las subsidiarias corresponde a la contraloría interna de éstas. Petróleos Mexicanos establecerá un órgano de control de la industria petrolera estatal, que coordinará las actividades de los órganos internos de control de los organismos subsidiarios, y que podrá realizar la fiscalización directa de los mismos, conforme a las disposiciones legales precedentes, en aspectos generales o particulares.

### CAPÍTULO III OPERACIÓN

Artículo 21. La operación de la empresa y las subsidiarias se sujetarán a las disposiciones relativas a las entidades paraestatales, en todo lo que no se encuentre previsto por la presente ley. Igualmente, ésta se aplicará a las filiales creadas conforme al artículo 15, cuando les sea aplicable el régimen de las entidades paraestatales.

Artículo 22. Petróleos Mexicanos asumirá la representación de todas las entidades que operan en este campo, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, para los efectos de la coordinación sectorial y de las determinaciones de carácter global que afecten a la industria, en conjunto o en cada una de sus partes, ante las correspondientes dependencias del Ejecutivo Federal.

Artículo 23. Petróleos Mexicanos formulará el programa de operación y desarrollo de la industria, conforme a las disposiciones legales correspondientes y tomando en cuenta, en lo que resulte aplicable, los lineamientos señalados en el Plan Nacional de Desarrollo y los programas derivados de éste. En todo caso, el programa de la industria fijará los proyectos de mediano y largo plazo necesarios para su oportuno, suficiente y adecuado desarrollo, que serán apoyados con previsiones específicas en los presupuestos correspondientes.

Artículo 24. El Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos fijará las directrices a las que deba ajustarse el presupuesto anual de gastos de la industria, atendiendo a los lineamientos que sobre esta materia disponga el gobierno federal. Las previsiones de ingreso y gasto se suje-

tarán a las disposiciones fiscales aplicables y a las necesidades inherentes a la operación y al desarrollo oportuno, suficiente y adecuado de las entidades, y tomarán en cuenta la satisfacción de las obligaciones que rebasen el ejercicio respectivo, inclusive la previsión de reservas.

Una vez aprobado por el Consejo de Administración, el presupuesto se remitirá a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para su inclusión en el Presupuesto de Egresos de la Federación, y para el control y seguimiento que correspondan a esa Secretaría.

Las modificaciones al presupuesto se harán conforme al procedimiento establecido en los párrafos anteriores.

Artículo 25. Petróleos Mexicanos formulará la cuenta anual de las entidades que integran la industria, y la someterá al presidente de la República por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para ser incorporada en la Cuenta Pública de la Federación. Dicha Secretaría requerirá las observaciones que deban formular otras dependencias del Ejecutivo, en su caso, y las hará del conocimiento de éste.

Artículo 26. Los recursos que obtengan la empresa y las subsidiarias con motivo de las operaciones que realicen, cualquiera que sea la naturaleza de éstas, serán concentrados en la tesorería respectiva. Ésta hará los pagos que correspondan a las obligaciones contraídas, sujetándose a las disposiciones fiscales, a las normas y programas aprobados por el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos y de la subsidiaria, según corresponda, y a los calendarios establecidos para el cumplimiento de las obligaciones.

Artículo 27. Con autorización de sus órganos internos, conforme a las atribuciones de éstos, Petróleos Mexicanos y las subsidiarias celebrarán los contratos de todo género que sean necesarios para el buen desempeño de las actividades a su cargo, considerando las necesidades de mediano y largo plazo que plantean su operación y desarrollo.

Cuando se trate de proyectos que rebasen las previsiones presupuestales de un solo ejercicio, Petróleos Mexicanos y las subsidiarias podrán celebrar los contratos respectivos con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. En estos casos, el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales derivadas de la operación se hará con los remanentes presupuestales que generen las entidades. Esta previsión constará en el presupuesto de los ejercicios siguientes a aquel en que se contraiga la obligación.



Artículo 28. Petróleos Mexicanos y sus subsidiarias podrán convocar a concursos, adjudicar o llevar a cabo adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como obra pública, cuando cuenten con saldo disponible en la partida correspondiente del presupuesto aprobado. Se entenderá que hay saldo disponible y liberado, cuando se haga la publicación oficial del presupuesto que contenga la previsión respectiva.

Las entidades de la industria podrán celebrar contratos mediante licitación pública, invitación restringida y adjudicación directa. Se preferirá el sistema de licitación pública. Cuando haya motivos suficientes para acreditar que los otros sistemas resultan más adecuados para la economía de la industria, en casos específicos, el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos podrá autorizar que la operación se haga bajo el que estime conveniente, mediante resoluciones generales o particulares, precisando las razones en que sustenta su determinación y las ventajas que obtendrá la entidad.

Artículo 29. Para el trámite de las licitaciones y la decisión sobre el concurso, la entidad atenderá a las disposiciones nacionales y a las internacionales contenidas en instrumentos de este carácter que tengan vigencia en México, según corresponda.

Artículo 30. Las licitaciones públicas a que convoquen las entidades de la industria, podrán ser nacionales e internacionales. Para convocar a unas o a otras, así como para evaluar las posturas recibidas, se conciliará la conveniencia de estimular el desarrollo de la producción nacional, con la necesidad de obtener un puntual y debido suministro de los bienes y servicios que requiere la industria, en las mejores condiciones para ésta, considerando, entre otros factores, los costos, la oportunidad y la calidad del producto.

Las entidades adoptarán las medidas necesarias para asegurar que los participantes concursen en igualdad de condiciones.

Las entidades podrán celebrar negociaciones sobre las propuestas presentadas por los participantes, sólo cuando en la convocatoria publicada se haya manifestado la intención de negociar, señalando las condiciones y características de la negociación, que en todo caso asegurará la objetividad y transparencia del procedimiento y la equidad de trato a los postores.

Artículo 31. Las entidades podrán cancelar el proceso de adjudicación cuando la cancelación sea conveniente para los intereses de la propia entidad. En este caso, informará a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo

llo Administrativo y reembolsará a los participantes los gastos no recuperables que hubiesen hecho para intervenir en el concurso.

Artículo 32. Los participantes en cualquier proceso de adquisición de bienes o ejecución de obras correspondientes a las entidades de la industria, podrán inconformarse por los actos que, en su concepto, contravengan las normas aplicables a dichas operaciones. Deberán expresar su inconformidad dentro de los tres días siguientes al acto que la motiva, a efecto de que se corrija, de ser pertinente, durante el trámite de la operación cuestionada. Para ello la formularán por escrito ante la Contraloría Interna de Petróleos Mexicanos, aportando las pruebas y consideraciones que consideren pertinentes. Ésta resolverá lo que proceda.

Si el particular no está conforme con la decisión de la Contraloría Interna de Petróleos Mexicanos, podrá pedir la revocación de aquélla. Si el resultado del recurso no le satisface, resolverá en definitiva la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en un plazo no mayor de cincuenta y cinco días naturales.

Artículo 33. Petróleos Mexicanos y sus subsidiarias podrán vender bienes muebles de su propiedad que figuren en los inventarios de las propias entidades, y que por su estado o naturaleza no sean adecuados para el servicio o no deban seguir bajo resguardo de éstas. Para la venta se preferirá la licitación pública, a no ser que el Consejo de Administración correspondiente resuelva que se adjudiquen a quien resulte mejor postor bajo otro régimen de enajenación. Estas resoluciones se adoptarán con apego a normas de carácter general expedidas por el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos, aplicadas al caso concreto, que consideren las características de los bienes y las diversas circunstancias en que pueda ocurrir la operación.

Asimismo, Petróleos Mexicanos y sus subsidiarias podrán donar bienes inmuebles de su propiedad que figuren en sus inventarios, a instituciones públicas o a personas privadas que tengan a su cargo servicios asistenciales o educativos, o a organismos del Estado que los requieran para el cumplimiento de sus objetivos. Sólo podrán ser materia de donación los bienes cuyo valor no exceda del que determine, en una disposición de carácter general, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El acto de donación será acordado por el Consejo de Administración respectivo.

Artículo 34. En los contratos que celebren Petróleos Mexicanos y sus subsidiarias, se podrá establecer cláusula para la solución arbitral de las

controversias que surgieren con motivo de la interpretación o ejecución del contrato, ajustándose para ello a las disposiciones generales que al respecto hubiese dictado el gobierno federal. De no haber disposiciones de este carácter aplicables al caso, se pactará la solución en árbitros conforme a la práctica nacional o internacional.

Artículo 35. Cuando sea necesario interpretar administrativamente una disposición legal aplicable a las actividades de Petróleos Mexicanos o sus subsidiarias, el Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos resolverá la interpretación que corresponda, a no ser que ya exista un criterio definido por autoridad competente. Para la interpretación de las normas y la formulación y ejecución de los planes, programas, presupuestos y políticas de la industria petrolera, se tomarán en cuenta los criterios que informan la presente ley, en los términos de los artículos 1o., 2o. y 4o. de la misma.

## DERECHOS DE PARTICULARES SOBRE TIERRAS CEDIDAS EN EL TRATADO DE GUADALUPE \*

SUMARIO: I. *Introducción y límite.* II. *Régimen jurídico de la tierra.* III. *El régimen de la propiedad en el Tratado.* IV. *Enmiendas introducidas por el Senado.* V. *El Protocolo.* VI. *El destino real de las reclamaciones.* VII. *Algunas consideraciones generales y jurisprudenciales.*

### I. INTRODUCCIÓN Y LÍMITE

Este trabajo pretende ser una aproximación al estado, naturaleza y extensión de los derechos de mexicanos sobre tierras ubicadas en los territorios cedidos por México a Estados Unidos, a través del Tratado de Guadalupe, del 2 de febrero de 1848. En esa virtud deberemos examinar en seguida, a grandes trazos, el régimen sobre propiedad y tenencia de la tierra existente durante la época colonial y en los primeros años del México independiente. Más adelante nos referiremos a los artículos pertinentes del Tratado de Guadalupe Hidalgo, a su inmediata interpretación a través de instrumentos y notas diplomáticas y a diversos desarrollos jurisprudenciales.

Es pertinente advertir que aun cuando en la zona norte de México, posteriormente ocupada por Estados Unidos, tuvo vigencia el derecho colonial y actuó también el orden jurídico del México independiente, en dicha porción se estableció, merced a diversos factores propios, una estructura económica y social diversa de la que privó en el centro y en el sur del país. Florescano atribuye esta situación a elementos tales como “descubrimiento de ricas minas de plata, carácter privado de las empresas de conquista y colonización, aislamiento y baja densidad de los núcleos de población blanca, estado de guerra, ausencia de mano de obra indígena abundante, lejanía de los centros de abastecimiento del interior, etcéte-

\* En *Anuario Jurídico 1976-1977*, México, 1977, ts. III y IV, pp. 11-131.

ra”.<sup>1</sup> A esto se debe agregar, además, por lo que toca a la etapa crítica comprendida entre la independencia mexicana y la guerra México-norteamericana, la expedición de una serie de leyes nacionales o locales sobre colonización, que abrieron las puertas de vastos territorios al ingreso de ocupantes extraños.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA TIERRA

En línea general es posible decir que durante la etapa colonial privó una doble manera de detentar la tierra; sea mediante propiedad particular, en beneficio de individuos o de agrupaciones, sea mediante régimen comunal, para el aprovechamiento de las tierras por un grupo indeterminado de sujetos pertenecientes a un mismo pueblo o a una sola comunidad.

La propiedad particular se asentó, fundamentalmente, sobre terrenos baldíos y realengos cedidos a través de las llamadas mercedes reales. Orozco define a los baldíos como:

“Terrenos comprendidos en todo el territorio de la República, no enajenados legítimamente por autoridad competente, ya sea que esos terrenos tengan superficie especial, independiente de toda propiedad titulada, o que se encuentren confundidos dentro del perímetro inexacto de algún predio titulado.”<sup>2</sup>

De estas grandes tierras, difícilmente mensurables, echaron mano los monarcas españoles para propiciar una urgente política de conquista, colonización y población.

Es pertinente advertir que las tales tierras no eran dadas sin más a sus poseedores o futuros propietarios. En efecto, se exigía invariablemente la ocupación, durante cierto tiempo, y el cultivo de las propiedades. Además, la firmeza de los títulos estaba sujeta a cierta tramitación, que de tiempo en tiempo se hizo más sencilla y expedita, habida cuenta de los severos inconvenientes que causaba su complejidad original.<sup>3</sup> De esta suerte se conformó cierto sistema de propiedad que interesa a los fines de nuestra actual investigación. Es indispensable, para ella, precisar si a tra-

1 “Colonización, ocupación del suelo y frontera en el norte de Nueva España”, *Tierras Nuevas*, México, El Colegio de México, reimp., 1973, p. 67; véase también p. 74 en el mismo sentido.

2 *Legislación y jurisprudencia sobre terrenos baldíos*, México, Imp. de El Tiempo, 1895, t. I, p. 1.

3 Así, en diversas y sucesivas épocas la confirmación de mercedes pudo ser hecha por el rey, por el virrey y, finalmente, por la Junta Superior de Hacienda; *cfr.* Chávez Padrón, Martha, *El derecho agrario en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 1974, p. 189.

vés de las mercedes se creaba un verdadero derecho de propiedad, irrevocable, de calidad definitiva, o si sólo se creaban derechos dominicales precarios, que pudiesen ser revocados por el soberano según fuera su voluntad. Al respecto existe una doble opinión.

Por una parte, Orozco invoca, en favor de la dirección que supone la precariedad de los derechos de los propietarios, la ley IV del título XII del libro IV de las Leyes de Indias, que indica:

Si en lo ya descubierto de las Indias hubiere algunos sitios y comarcas tan buenos, que convenga fundar poblaciones, y algunas personas se aplicasen á hacer asiento y vecindad en ellos, para que con más voluntad y utilidad la puedan hacer, los virreyes y presidentes les den en nuestro nombre tierras, solares y aguas, conforme á la disposición de la tierra, con que no sea en perjuicio de tercero, y sea por el tiempo que fuere nuestra voluntad.

De esta última expresión —“sea por el tiempo que fuere nuestra voluntad”— deduce el autor que dicha ley establece títulos solamente temporales y sujetos, en todo tiempo, al arbitrio del soberano.<sup>4</sup> Sin embargo, el mismo Orozco introduce en su concepto matices diferenciales. “Cree-mos —advierte— que si no existe revocación expresa del título, ó declaración expresa de que caducó por el lapso del tiempo concedido, un tercero que adquirió de buena fe, del dueño de dicho título, puede fundar y alegar el derecho de prescripción contra la Hacienda Pública.”<sup>5</sup> En algún otro lugar afirma Orozco que pese al incumplimiento de los requisitos sobre el tiempo de ocupación o de las obligaciones de cultivo, las tierras cedidas pudieron ser materia de adquisición a través de la prescripción.<sup>6</sup> Y luego recuerda, finalmente, que las tierras sujetas a cierta condición fueron adquiridas de modo definitivo a través de la Ley del 8 de julio de 1813, que derogó normas limitativas anteriores, cuyo artículo 1o. manifestó lo siguiente:

Todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase, pertenecientes á dominio particular, ya sean libres ó vinculadas, se declaran desde ahora cerradas y acotadas perpetuamente, y sus dueños ó poseedores podrán cercarlas sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres: disfrutarlas libre y exclusivamente ó arrendarlas como me-

4 *Cfr. op. cit.*, p. 31.

5 *Idem.*

6 *Cfr. ibidem*, p. 39.

por les parezca, y destinarlas á la labor ó á pasto, ó á plantío, ó al uso que más les acomode; derogándose por consiguiente cualesquiera leyes que prefijen la clase de disfrute a que deban destinarse estas fincas, pues se ha de dejar enteramente al arbitrio de sus dueños.

Una opinión más vigorosa en torno a la firmeza de los títulos y de los derechos creados en virtud de aquéllos se rige por la fundamental ley del 18 de junio de 1513. Ésta indica:

Porque nuestros vasallos se alienten al descubrimiento y población de las Indias, y puedan vivir con la comodidad, y conveniencia, que deseamos: es nuestra voluntad, que se puedan repartir y repartan casas, solares, tierras, caballerías y peonías á todos los que fueren a poblar tierras nuevas en los pueblos y lugares, que por el Gobernador de la nueva población les fueren señalados, haciendo distinción entre escuderos y peones, y los que fueren de más grado y merecimiento, y los aumenten y mejoren, atenta la calidad de sus servicios, para que cuiden de la labranza y crianza; y habiendo hecho en ellas su morada y labor, y residiendo en aquellos pueblos cuatro años, les concedemos facultad para que de allí adelante los puedan vender, y hacer de ellos á su voluntad libremente, como cosa suya propia; y asimismo conforme su calidad, el Gobernador ó quien tuviere nuestra facultad, les encomiende los indios en el repartimiento que hiciere, para que gocen de sus aprovechamientos y demoras en conformidad de las tasas y de lo que esté ordenado.<sup>7</sup>

En su comentario a esta ley, Mendieta y Núñez señala que las condiciones impuestas para adquirir la propiedad de las tierras mercedadas no determinan el carácter precario de los derechos sobre éstas, “sino que la naturaleza jurídica de la donación estaba sujeta a una condición suspensiva y a otras de carácter resolutivo, cumplidas las cuales, se realizaba la propiedad privada perfecta”. Esto se explica al considerar, sostiene el mismo escritor, que las cédulas expedidas durante la época colonial constituían verdaderas leyes de colonización. A mayor abundamiento, sigue diciendo, es explicable que se estableciesen condiciones para el perfeccionamiento de la propiedad en la hipótesis de tierras donadas, no así en el supuesto de venta de las tierras, que con frecuencia ocurría en la realidad.<sup>8</sup>

7 Véase Maza, Francisco F. de la, *Código de colonización y terrenos baldíos de la República Mexicana*, México, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1893, pp. 3 y 4.

8 Cfr. *El sistema agrario constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 19; Francois Chevalier dice que a través de las mercedes se “creaban sobre la tierra derechos casi definitivos”. *La for-*  
DR © 2000.

Es también interesante, por supuesto, notar cómo se manejó este sistema en la práctica. Al respecto, se coincide en afirmar que “jamás se revocaron las tierras porque no se cumpliera con la función social de las mismas, como tampoco se revocaron los repartos de hombres porque no se cumpliera con sus finalidades legales”.<sup>9</sup> Así las cosas, de derecho y de hecho, la propiedad fue contemplada como algo intocable y definitivo.

Por lo demás, no fue desconocida la propiedad privada en favor de los indios, por más que no fuese ésta, entre ellos, la manera normal de tenencia de la tierra. “En efecto, los reyes españoles hicieron mercedes de tierras a muchos indios que les fueron adictos en la conquista o que prestaron relevantes servicios a la corona, para que la gozasen en propiedad absoluta”.<sup>10</sup>

No está de más agregar, por fin, que en algún caso la adquisición misma de la propiedad estaba técnicamente sujeta a un dato limitativo. Esto ocurrió cuando al quitar las tierras baldías o realengas se adjudicaban a título de censo. Ots Capdequí opina que tal censo era el llamado reservativo, esto es, “aquél por el cual el dueño de una cosa raíz transmitió a otro, tanto el dominio directo, como el útil de la cosa, reservándose sólo la percepción de una pensión anual de frutos o en dinero que había de abonarle el censuario y que gravaba la cosa enajenada”. Así:

El Estado, dueño de la tierra baldía adjudicada, transmitía al rematante, tanto el dominio directo como el útil, y se reservaba el derecho a percibir un canon o pensión anual, que gravaba sobre la misma tierra que había sido objeto de remate. La expresión *al quitar*, empleada por el legislador, sólo indicaba que el censo en cuestión era de naturaleza redimible.<sup>11</sup>

*mation des grands domaines au Mexique*, París, Institut d’Ethnologie, 1952, p. 66. Sobre condiciones para la adquisición de propiedad es interesante la Ley III del Título XII, Libro IV de las leyes de Indias donde se previene a los ocupantes “se obliguen de tener edificados los solares, poblada la casa, hechas y repartidas las hojas de labor y haberlas labrado, puesto de plantas, y poblado de ganados, las que fueren de pasto, dentro de tiempo limitado, repartido por sus plazos, y declarando lo que en cada uno ha de estar hecho, pena de que pierdan el repartimiento de solares y tierras, y más cierta cantidad de maravedís para la República, con obligación en pública forma y fianza llana y abonada”. La Ley XI obliga a la posesión y a plantar lindes y confines de sauces y otros árboles, “por manera que, de más de poner la tierra en buena y apacible disposición, sea parte para aprovecharse de la leña que hubiere menester, pena de que pasado el término, si no tuvieren puestas las dichas plantas, pierdan la tierra, para que se pueda proveer y dar á otro cualquiera poblador, lo cual no solamente haya lugar en las tierras, sino en los pueblos y zanjas que tuvieren y hubieren en los límites de cada ciudad ó villa”.

9 Chávez, *op. cit.*, p. 188.

10 Mendieta y Núñez, *El problema agrario de México*, 12a. ed., México, Porrúa, 1974, p. 64.

11 *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid, Aguilar, 1969, pp. 238 y 239.



Obsérvese, empero, que aún aquí el dominio de la tierra pasaba al particular, no era retenido por el Estado.

Veamos ahora lo referente a bienes tenidos en común. Ante todo, se debe hacer notar que “la mayor parte de la propiedad de los pueblos de indios quedó... como en la época precolonial”.<sup>12</sup> Agréguese lo siguiente:

Desde los primeros tiempos del descubrimiento, conquista y colonización pusieron particular empeño los monarcas españoles... en conseguir que las nuevas ciudades, villas y lugares de las Indias estuvieran ampliamente dotadas de tierras que fueran de aprovechamiento comunal. España tenía una experiencia multiseccular de lo que era reconquistar y poblar los nuevos territorios ganados a los árabes y las lecciones de esta experiencia fueron tenidas en cuenta al articular una política de población para los nuevos territorios incorporados a la corona castellana.<sup>13</sup>

De todo ello resulta, pues, que muy extensos territorios estuvieron afectos a un sistema de tenencia comunal. Fue así como surgieron los sistemas de ejidos, dehesas, montes y pastos, bien diversos, por cierto, del régimen de propios, pues al paso que aquellos quedaron para el uso y aprovechamiento comunales, los propios pertenecieron a los cabildos como personas jurídicas.

Para establecer distinción entre las diversas propiedades de tipo colectivo, es oportuno decir que “el fundo legal era el terreno donde se asentaba la población, el casco del pueblo, con su iglesia, edificios públicos y casas de los pobladores”, al paso que

el ejido español era un solar situado a la salida del pueblo, que no se labra, ni planta, destinado al solaz de la comunidad y se conoció desde hace muchos siglos. Se creó con carácter comunal e inajenable. La dehesa en España era el lugar a donde se llevaba a pastar al ganado, institución creada también con la naturaleza señalada para el ejido.

En cuanto a montes, pastos y aguas, españoles e indígenas los disfrutaban en común. Bajo una cédula de 1533, más tarde confirmada, el monarca español sostuvo: “Nos hemos ordenado que los pastos, montes y aguas sean comunes en las Indias... mandamos que el uso de todos los pastos, montes y aguas de las provincias de las Indias, sea común a todos

12 Mendieta y Núñez, *op. cit.*, p. 64.

13 Ots Capdequi, *op. cit.*, p. 240.

los vecinos de ellas.”<sup>14</sup> Se tuvo siempre buen cuidado de conservar a la comunidad, en caso de repartición de tierras, las necesarias para la constitución del ejido, de la dehesa y, en general, de estas superficies de aprovechamiento comunal.<sup>15</sup>

Hubo, por cierto, constante asechanza sobre los bienes, así privados como comunales, de los indios; como la hubo, también, sobre otras tierras tenidas en comunidad. Por ello, se multiplicaron las prevenciones contra tal estado de cosas. Al respecto es muy ilustrativo recordar que ya en la ley V, título XXI, libro VII de la Recopilación de Indias el monarca previno:

Declaro por nulas e insubsistentes, como opuestas a mi Real mente, todas las enajenaciones adjudicadas a mi Real Corona, o particulares de cualquier condición que sean, y transacciones que se hubiesen hecho de aquellos baldíos que en el año de 1737 gozaban o disfrutaban de cualquier modo los pueblos; y mando que éstos sean reintegrados luego, y sin la menor dilación ni disminución, en la posesión y libre uso en que estaban de todos sus pastos y aprovechamientos en el expresado año de 1737, sin embargo de que hallen enajenados o adjudicados a la Real hacienda o a otros cualesquiera particulares en fuerza de reales gracias remuneratorias o compensativas, o con otro cualquier título, privilegio, o Real aprobación que se les haya despachado, de suerte que los pueblos queden en la misma posesión, uso y aprovechamiento en que estaban en el referido año de 1737.<sup>16</sup>

También es notable el texto de la instrucción del 23 de febrero de 1781, en la que tras exponer largamente los males a que ha conducido el abuso sobre las tierras de los indios, y con el ánimo de remediarlos:

Se manda: que por ningún caso, ni con pretexto alguno ejecuten ventas, préstamos, empeños, arrendamientos ni otro género de enajenación de tierras de indios, no sólo aquéllas que por de comunidades se les repartan para el laudable y piadoso destino de su habitación, beneficio y cultivo, sino también de aquéllas que han adquirido y adquieran como propias por título de herencia, donación y otras adquisiciones de sus antepasados, entendiéndose dicha prohibición aun entre los mismos indios de los unos a los otros y con especialidad a los españoles, mestizos, mulatos y cualquiera otra casta de familias residentes en pueblos de indios...<sup>17</sup>

14 Cfr. Chávez, *op. cit.*, pp. 193 y 194.

15 Cfr. *ibidem*, p. 192.

16 Comisión Nacional Agraria, *Recopilación agraria*, México, 1924, p. 251.

17 Maza, Francisco F. de la, *op. cit.*, p. 44.

Lo anterior conduce a una serie de conclusiones, que así apunta Esquivel Obregón:

1o. Que el rey reconoció el derecho de propiedad o dominio directo de los indios, tal como lo tenían al tiempo del descubrimiento; 2o. Que prohibía que bajo ningún pretexto se les quitara cosa alguna de lo que les pertenecía; 3o. Que aun para fin importante como fundar poblaciones de españoles, se exigía que fueran en tierras vacantes, es decir, que no fueran de indios; 4o. Que si aun no tomándoseles sus tierras, los indios se oponían a que la población se fundara, se procurara persuadirlos, haciéndoles saber que sus propiedades serían respetadas; y sólo si ni aún así lo consentían, se llevara adelante la población; pero sin tomar nada que les perteneciera; y 5o. Que, por lo mismo, el tomar posesión de la tierra en nombre del rey no implicaba despojo de ninguna especie, y que al asegurar el rey que le correspondían el señorío y jurisdicción universal sobre las Indias, se refería al señorío del rey, es decir, al derecho de imponer tributos y ejercer la jurisdicción, así como al dominio directo sobre las tierras sin dueño, y al dominio eminente sobre todas.<sup>18</sup>

El antedicho fue el sistema que acerca de tierras halló, al consumarse, la independencia mexicana. Cabe resumirlo así: al lado de la propiedad privada sobre amplios territorios, que había llegado a ser perfecta, cumplidas o no las condiciones de ocupación y de cultivo, merced a la prescripción o a ordenamientos que declararon expresamente firmes los títulos, se había mantenido y protegido la tenencia comunal, sea de indios específicamente, sea de los pueblos en general, tenencia que iba más allá del fundo legal, o del dominio sobre los propios, y que abrazaba, como hemos visto, otras zonas provistas para el beneficio de todos, a saber: los ejidos, las dehesas, las aguas, los montes, los bosques. Regularmente, estas tierras eran inalienables. Empero, existieron también provisiones para que pudieran ingresar al comercio, siempre bajo la tutela y la estricta observación del gobierno, cuya voluntad de no despojar a las comunidades quedó una y otra vez de manifiesto a lo largo de un sinnúmero de normas legales.<sup>19</sup> Por

18 *Apuntes para la historia del derecho en México*, México, Ed. Poles, 1938, pp. 219 y 220.

19 Así, ciudades y villas “pedían permiso al Superior Gobierno para arrendar o vender parte de las tierras de su *ejido*”. Ots Capdequí, *op. cit.*, p. 241. En cuanto a los indios, los “resguardos, ó sea las tierras de un pueblo o reducción que pertenecían a su propia comunidad, eran, en principio, inalienables. Sólo por excepción y mediante expediente podía el Superior Gobierno permitir la enajenación de una parte de las tierras del resguardo, cuando los propios indios así lo solicitasen y se acreditase debidamente que, dado el número de sus habitantes, quedaban siempre a cubierto las necesidades de la comunidad”. *Ibidem*, p. 245.

otra parte, también es aquí fuente de recta interpretación la costumbre sostenida a todo lo largo de la Colonia: aun en el caso de incumplimiento de normas sobre ocupación, cultivo y registro, el gobierno de la Colonia no pretendió jamás apoderarse de las tierras.

El panorama que hemos descrito permaneció prácticamente intacto hasta la guerra de 1847. Entre la consumación de la independencia y la época de dicho conflicto fue, en efecto, muy escasa la legislación sobre tierras baldías, lo que permite asegurar que en gran medida continuó vigente el derecho heredado de la época colonial. Así lo manifiesta Orozco cuando dice que:

Hecha y consumada la gloriosa independencia de nuestra patria, se abandonaron hasta cierto punto, en medio de nuestras fragosas tempestades políticas, los negocios de baldíos; y sólo encontramos durante muchos años disposiciones de poca trascendencia y de menor ejecución, hasta llegar al año de 1863, época en que nuestros gobiernos fijan de nuevo su ilustrada atención en los negocios de baldíos...<sup>20</sup>

Y el mismo autor dice que “hecha nuestra emancipación política, parece que se abandonó enteramente la acción directa del gobierno para el descubrimiento y habilitación de terrenos baldíos, y que fue casi nula la acción privada para obtenerlos en propiedad”.<sup>21</sup>

De este cuadro de inactividad legislativa debemos rescatar, sin embargo, los ordenamientos sobre colonización, sean federales, sean locales, a los que arriba hicimos referencia. Empero, para determinar la eficacia de dichos ordenamientos, es preciso también confrontarlos con el Decreto del 25 de abril de 1835. El artículo 1o. de éste declaró nulas y de ningún valor las enajenaciones hechas en virtud del Decreto de la Legislatura de Coahuila y Tejas del 14 de marzo del citado año. Asimismo, el artículo 2o. manifestó: “En uso de la facultad que se reservó el Congreso General en el artículo 7o. de la citada Ley de 18 de agosto de 1824, se prohíbe a los Estados limítrofes y litorales enajenar sus terrenos baldíos para colonizar en ellos, hasta que se establezcan las reglas que deben observar para hacerlo.”<sup>22</sup>

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. XII.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>22</sup> Dicho artículo 7o. dijo: “Antes del año de 1840 no podrá el Congreso general prohibir la entrada de extranjeros a colonizar, a no ser que circunstancias imperiosas lo obliguen a ello con respecto a los individuos de alguna Nación”. Véase Maza, Francisco F. de la, *op. cit.*, pp. 192 y 280.

Es ésta, brevemente expresada, la situación que guardaba la propiedad de tierras mexicanas en los territorios arrebatados a México a raíz del Tratado de Guadalupe. Si los artículos VII, IX y X de dicho instrumento (luego suprimido este último) proclamaron su respeto por la propiedad, en los términos contemplados por la legislación imperante antes de la guerra, y si la corriente general, doctrinaria, legislativa y jurisprudencial de Estados Unidos se orientó en el mismo sentido, fue preciso, pues, que los conflictos se dirimiesen tomando en cuenta de modo exclusivo el régimen que hasta aquí llevamos descrito.

### III. EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD EN EL TRATADO

Los negociadores mexicanos que participaron en la redacción del tratado de paz tuvieron en todo tiempo instrucciones precisas para sostener los derechos sobre la tierra cedida, en favor de sus dueños o tenedores legítimos. En este sentido se produjeron, claramente, tanto las bases para la primera etapa de la negociación, aprobadas en la junta de Ministros del 24 de agosto de 1847, como las del 30 de diciembre del mismo año, que presidieron la intervención mexicana en la negociación definitiva.<sup>23</sup>

Por lo demás, dentro de la misma línea de preocupaciones y previsiones han de citarse, a título de precedentes inmediatos e importantes, otros dos pactos internacionales suscritos por Estados Unidos de América en hipótesis de cesión de tierra, a saber: el firmado entre aquella nación y España, el 22 de febrero de 1819, por el que pasaron a Estados Unidos las Floridas oriental y occidental,<sup>24</sup> y el suscrito entre el mismo país estadou-

23 Roa Bárcena refiere el sentido de estas instrucciones. En las primeras, propuestas por el ministro de Relaciones, se advertía que Estados Unidos debía reconocer la legitimidad de los títulos de terrenos en Texas por concesiones anteriores a la fecha de su independencia (*Recuerdos de la invasión norteamericana*, 2a. ed., México, Porrúa, 1971, t. II, p. 36); y en las segundas, dadas en Querétaro, se hablaba más ampliamente de la libertad de los mexicanos para enajenar sus intereses en los territorios cedidos y de la validez de las concesiones de tierras hechas por autoridades de México en esta misma zona (*ibidem*, t. III, p. 284).

24 El texto del artículo 8o. de este Tratado tuvo una redacción más claramente favorable a los intereses de españoles o, en general, ocupantes de las tierras cedidas, que el equivalente precepto de Guadalupe Hidalgo, porque: 1) se ratificaron y reconocieron las concesiones "del mismo modo que lo serían si S. M. hubiese continuado en el dominio de estos territorios"; y 2) se concedió plazo a los propietarios para cubrir los deberes inherentes a sus concesiones, que no hubiesen podido satisfacer; dicho plazo se contaría a partir de la fecha del Tratado.

nidense y Francia, el 30 de abril de 1803, en cuyos términos la República francesa cedió la Louisiana.<sup>25</sup>

En el Tratado de Guadalupe importan a esta materia, particularmente, los artículos VIII, IX y X, cuya suerte en el proceso de examen parlamentario y ratificación fue bien diversa.

En los términos bajo los que el Tratado se suscribió, el 2 de febrero de 1848, por los comisionados mexicanos Couto, Atristain y Cuevas, y por el estadounidense Trist, el artículo VIII reconoció el derecho de los mexicanos establecidos en territorios cedidos a permanecer en ellos o abandonarlos, así como a conservar o enajenar los bienes que poseyesen. Se consagró el respeto más amplio a la propiedad de mexicanos no establecidos en tales territorios.<sup>26</sup>

El artículo IX estipuló que los mexicanos serían “mantenidos y protegidos en el goce de su libertad, de su propiedad y de los derechos civiles que hoy tienen, *según las leyes mexicanas*”.<sup>27</sup> Amplias garantías se otorgaron también, en el mismo artículo, a los eclesiásticos y a las comunidades religiosas:

tanto en el desempeño de las funciones de su ministerio, como en el goce de su propiedad de todo género, bien pertenezca ésta a las personas en particular, bien a las corporaciones. La dicha garantía se extenderá a todos los templos, casas y edificios dedicados al culto católico romano, así como a los bienes destinados a su mantenimiento y al de las escuelas, hospitales y demás fundaciones de caridad y beneficencia. Ninguna propiedad de esta clase se considerará que ha pasado a ser propiedad del gobierno americano o que puede éste disponer de ella, o destinarla a otros usos.

25 El artículo 3o. inspiró la elaboración definitiva del artículo IX del Tratado Guadalupe Hidalgo. Aquél indica: “Los habitantes del territorio cedido serán incorporados a la Unión de los Estados Unidos y admitidos tan pronto como sea posible, de acuerdo con los principios de la Constitución Federal, al goce de todos los derechos, ventajas e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; y, mientras tanto, se les protegerá en el libre disfrute de su libertad, propiedad y la religión que profesan”.

26 Una reciente edición oficial del Tratado, en español, figura en Senado de la República, *Tratados ratificados y convenios ejecutivos celebrados por México*, México, 1972, t. I, pp. 205 y ss. Es fácilmente accesible, asimismo, en Archivo Histórico Diplomático Mexicano, *Algunos documentos sobre el Tratado de Guadalupe y la situación de México durante la invasión americana*, 2a. ed., México, Porrúa, 1970, pp. 115 y ss. En ambos casos se publica el Protocolo del que abajo hablaremos: en *Tratados*, pp. 22-223; y en el Archivo en pp. 137 y 138.

27 Las cursivas son nuestras: luego, debiera acudirse a la ley mexicana para precisar la extensión de la propiedad y, por lo mismo, la amplitud en el mantenimiento y protección de su goce.

Por último, el artículo X dispuso que las concesiones de tierra hechas por el gobierno mexicano o por autoridades competentes en los territorios cedidos “serán respetadas como válidas, con la misma extensión con que lo serían si los indicados territorios permanecieran dentro de los límites de México”. El artículo X también contempló la situación de los concesionarios de tierra que no hubiesen satisfecho aún todos los requisitos conducentes a la perfección de sus concesiones, tanto en Texas como en los demás territorios cedidos por el Tratado. El artículo X pretendió permitir a estos concesionarios satisfacer los requisitos omitidos o incumplidos dentro de un nuevo plazo que se contaría a partir del canje de las ratificaciones del Tratado.<sup>28</sup> Para apoyar esta última prevención, que habría de beneficiar, sin duda, a un buen número de mexicanos, el gobierno de nuestro país “declara que no se ha hecho ninguna concesión de tierras en Texas desde el día 2 de marzo de 1836, y que tampoco se ha hecho ninguna en los otros territorios mencionados después del 13 de mayo de 1846”. Hasta aquí, en síntesis, el texto del instrumento suscrito el 2 de febrero. Veamos ahora los cambios en el curso de los trabajos parlamentarios en Estados Unidos.

#### IV. ENMIENDAS INTRODUCIDAS POR EL SENADO

El Senado de Estados Unidos introdujo en el Tratado sendas modificaciones el 10 de marzo de 1848. Al respecto, nos interesa hacer notar que el artículo VIII mantuvo sus términos, que el X fue suprimido y que el IX resultó modificado de manera importante. De este último desaparecieron las normas atinentes a los eclesiásticos, a las comunidades religiosas y a las relaciones y comunicaciones entre los católicos y la Iglesia de su confesión. El texto final de ese artículo quedó como sigue:

Los mexicanos que en los territorios antedichos (los cedidos) no conserven el carácter de ciudadanos de la República Mexicana, según lo estipulado en el artículo precedente, serán incorporados en la Unión de los Estados Unidos y se admitirán en tiempo oportuno (a juicio del Congreso de los Estados Unidos), al goce de todos los derechos de ciudadanos de los Estados Unidos, conforme a los principios de la Constitución, y entre tanto serán mantenidos y protegidos en el goce de su libertad y propiedad y asegurados en el libre ejercicio de su religión sin restricción alguna.

28 Como se hizo en el Tratado con España. *Cfr. supra*, nota 2.

¿Cómo y por qué se llegó a estas enmiendas? El propio presidente de Estados Unidos solicitó al Senado, en su mensaje de presentación del Tratado, el rechazo del artículo X. A este respecto hubo unanimidad del Senado en favor de la pretensión presidencial. Y por lo que toca al artículo IX, modificado en la forma que arriba quedó dicha, la redacción final fue aprobada por el voto de cuarenta y cuatro senadores en favor y cinco en contra.<sup>29</sup>

Existe una versión socorrida de las razones que el Senado tuvo para alterar el Tratado: ella es la nota explicativa enviada por el secretario de Estado Buchanan, el 18 de marzo de 1848, al ministro de Relaciones Exteriores de México.<sup>30</sup> En definitiva, ésta habría de ser la única explicación que Estados Unidos admitiría en torno al Tratado, por encima de la que pudo y debió constituir el Protocolo al que abajo haremos referencia. En esta nota, Buchanan afirma que el Senado no modificó ninguno de los puntos fundamentales del Tratado. En torno al artículo IX, enmendado, dijo que su redacción es similar a la que satisfactoriamente ha servido y funcionado en los convenios semejantes concluidos con Francia y con España.<sup>31</sup> Y al examinar el artículo X, suprimido, manifestó que es inimaginable cómo pudo ser incorporado en el instrumento original semejante precepto, que de haber permanecido hubiese sido rechazado por los órganos jurisdiccionales, puesto que —continúa diciendo— “no existe en este país poder humano que pueda privar a un individuo de su propiedad sin su consentimiento y transferirla a otro”, consecuencia que, a su entender, hubiese traído consigo la aplicación del multicitado artículo X, en perjuicio de los tenedores de tierra texanos.<sup>32</sup> Si algunos mexicanos poseen títulos válidos sobre tierras de Texas, advirtió Buchanan, pueden plantear ante los tribunales las reclamaciones pertinentes; pero si no han cumplido con las condiciones fijadas en el acto que ampara el otorgamiento, está más allá de la potestad del gobierno estadounidense otorgar a tales títulos valor frente al estado de Texas o ante un nuevo propietario particular.<sup>33</sup> El

29 Cfr. Miller, *Treaties and Other International Acts.*, Washington, U. S. Government Printing Office, 1931, vol. V, p. 251.

30 El texto aparece en Miller, *ibidem*, pp. 253-257.

31 *Ibidem*, p. 255.

32 *Ibidem*, pp. 255 y 256.

33 Si el alegato de Buchanan fuese certero, hubiera invalidado el artículo 8o. del Tratado con España, que también habló de un plazo para la regularización de títulos. No se trataba, sin embargo, de forzar por obra del Tratado un sistema de propiedad que desplazara al establecido a la luz del derecho civil aplicable, sino justamente de permitir la operación plena del régimen patrimonial común —el aplicable: el mexicano—, mediante la satisfacción de requisitos y condiciones omitidos, las más de las veces por razón de fuerza mayor: ni más ni menos que en el invocado ejemplo del Tratado con España.



Tratado, concluye Buchanan, no absuelve a los títulos de los defectos que tengan ni puede perjudicar a “honestos compradores y propietarios de la tierra”.<sup>34</sup>

## V. EL PROTOCOLO

Nuestro país sostuvo siempre que la interpretación fidedigna del Tratado debía hallarse en el Protocolo de las conferencias celebradas entre los comisionados Clifford y Sevier, de Estados Unidos, y Luis de la Rosa, de México. Este Protocolo ostenta fecha de 26 de mayo de 1848. Acerca del papel explícito de las aclaraciones hechas por los comisionados estadounidenses, de las potestades de éstos y del entendimiento en que, sobre todo ello, quedó el gobierno mexicano, basta con tener en cuenta el texto mismo del Protocolo que firmaron, admitiéndolo, los representantes de ambos países. En efecto, se dice que éstos “han acordado consignar en el presente Protocolo las siguientes explicaciones que los expresados excellentísimos señores comisionados han dado en nombre de su Gobierno y desempeñado la Comisión que éste les confirió acerca del de la República Mexicana”; y también se asienta, en la parte final del documento: “Y habiendo aceptado estas explicaciones el Ministro de Relaciones de la República Mexicana, declara en nombre de su gobierno, que bajo los conceptos que ellas importan, va a proceder el mismo Gobierno a ratificar el Tratado de Guadalupe, según ha sido modificado por el Senado y Gobierno de los Estados Unidos”.<sup>35</sup>

El Protocolo advirtió que al ser sustituido el artículo IX del Tratado por el III del Convenio sobre Louisiana no (se):

ha pretendido disminuir en nada lo que estaba pactado por el artículo IX en favor de los habitantes de los territorios cedidos por México. Entiende que todo esto está contenido en el artículo III del Tratado de Louisiana. En consecuencia, todos los goces y garantías que en el orden civil, en el político y religioso tendrían los dichos habitantes de los territorios cedidos si hubiese

34 Cfr. Miller, *op. cit.*, p. 256.

35 Nótese, pues, que a la fecha del Protocolo aún no se perfeccionaba la admisión mexicana del Tratado de Guadalupe, que a la luz de nuestro derecho no existía, evidentemente, antes de la ratificación por parte del Ejecutivo. Ésta se produjo el 30 de mayo, sin duda determinada, como claramente se dijo en el Protocolo, por dicho instrumento. El gobierno de Estados Unidos estuvo al tanto de este hecho y anuente, a través de sus comisionados Clifford y Sevier. De otro modo no se explicaría la actuación de éstos.

subsistido el artículo IX del Tratado, esos mismos, sin diferencia alguna, tendrán bajo el artículo que se ha sustituido.

Y por lo que atañe a la supresión del artículo X quedó claro que el gobierno estadounidense “no ha intentado, de ninguna manera, anular las concesiones de tierras hechas por México en los territorios cedidos. Esas concesiones, aun suprimiendo el artículo del Tratado, conservan el valor legal que tengan, y los concesionarios pueden hacer valer sus títulos legítimos ante los tribunales americanos” —sigue diciendo—. “Conforme a la ley de los Estados Unidos, son títulos legítimos en favor de toda propiedad mueble o raíz, existente en los territorios cedidos, los mismos que hayan sido títulos legítimos bajo la ley mexicana hasta el día 13 de mayo de 1846 en California y en Nuevo México, y hasta el 2 de marzo de 1836 en Texas”. Es evidente, pues, que bajo esta interpretación suscrita por los comisionados estadounidenses, las enmiendas introducidas en el Senado no buscaron, en modo alguno, reducir derechos ni desconocer justos títulos. Si no era, pues, injusta la intención contenida en el Tratado, ni tampoco lo fue la del Senado estadounidense que lo reformó, y si en todo caso se pensaba siempre en proteger, del modo más puntual y estricto, los derechos de legítimos propietarios, difícilmente cabe luego comprender la hostilidad y el rechazo de que fue objeto el Protocolo.

A este respecto se libró una larga batalla diplomática entre México y Estados Unidos, sin resultados concretos ni felices. En una nota de Buchanan a De la Rosa, del 15 de febrero de 1849, dijo aquél que había sido siempre determinación del presidente de Estados Unidos ejecutar cada porción del Tratado con la más estricta buena fe; y ciertamente ninguna parte de aquél está menos sujeta a cavilaciones o a dudas que los tres puntos explicados por los comisionados en el Protocolo, sostuvo explícitamente el secretario de Estado. En todo caso, si surgiesen casos concretos de violación, se escucharían las instancias diplomáticas de México para otorgarles pronta y satisfactoria respuesta.<sup>36</sup>

La tesis corriente en Estados Unidos se orienta en el sentido de suponer que el Protocolo carece de valor. Al respecto, se dice que en el mensaje presidencial al Congreso Americano, del 6 de julio de 1848, se indicó que la aprobación del Tratado por parte del Congreso de México ocurrió antes de que se celebraran las conferencias que condujeron al Pro-

36 Cfr. Miller, *op. cit.*, p. 384.

toloco y que las únicas explicaciones de las reformas senatoriales que pudo tener a la vista el Congreso mexicano fueron las contenidas en la nota de Buchanan a la que líneas atrás aludimos. El Protocolo —se añade— no tuvo ningún efecto para modificar el Tratado, puesto que los comisionados estadounidenses no lo consideraron como parte de éste ni como instrumento modificativo del mismo. Por ello, concluía así aquel mensaje presidencial: “Dentro de este entendimiento del Protocolo en su conjunto, y considerando que las explicaciones que contiene son acordes al Tratado, no creo necesario tomar ninguna medida sobre este particular.”<sup>37</sup> Ahora bien, más allá de la impugnación formal del Protocolo, salta aquí su esencial congruencia con el Tratado y, por ende, queda de manifiesto, incluso ante los ojos del más alto funcionario estadounidense, el valor, al menos moral, de este documento interpretativo.

En lo que toca a México, De la Rosa explica a Buchanan, en nota del 24 de febrero de 1849, que aquí el Protocolo fue presentado por el presidente de cada cámara legislativa al respectivo cuerpo colegiado y no fue objetado, lo cual, conforme a las prácticas congresionales mexicanas, significó la aprobación del Protocolo. Éste —expuso De la Rosa— no sólo fue aprobado por el Congreso de la República, sino que lo fue con satisfacción, y desde luego, antes de que se ratificase el Tratado de Guadalupe. Nadie tiene dudas a este respecto en México hoy día, terminó diciendo De la Rosa.<sup>38</sup>

La posición estadounidense se endureció con el tiempo. Si el gobierno de Polk pudo alguna vez admitir que el Protocolo constituyó una idónea interpretación del Tratado, el de su sucesor Taylor negó incluso esta posibilidad.<sup>39</sup> En una nota de Lacunza a Clifford, apuntó aquél que aun en la hipótesis de no considerar al Protocolo como adición o modificación al Tratado, el gobierno mexicano estima, y le satisface ver que lo mismo cree el Ministerio de Estados Unidos, que dicho Protocolo es una correcta y verdadera explicación del Tratado. En su respuesta, Clifford sostiene que si bien el Protocolo no constituye una adición al Tratado ni lo modifica o cambia, puede ser “visto como una correcta interpretación del Tratado”.<sup>40</sup> Este planteamiento de Clifford, quien, por lo demás, estaba perfec-

37 *Ibidem*, p. 383.

38 *Ibidem*, p. 385.

39 Miller señala abiertamente la oscilación: “la posición asumida por la administración Taylor hacia el Protocolo no fue del todo acorde con la de la administración Polk”. *Ibidem*, p. 390.

40 Cfr. Miller, *ibidem*, p. 397.

tamente al tanto, como es obvio, de los motivos, sentido y alcance del Tratado, del Protocolo y de las negociaciones e intercambios en torno a ambos, provocó una inmediata y violenta reacción por parte del Departamento de Estado. En efecto, el 29 de julio fue desautorizado Clifford y se le ordenó regresar a Estados Unidos y dejar la legación en manos de un encargado de negocios. La desautorización fue puntualmente comunicada por Clifford a Lacunza el 3 de septiembre, y Lacunza contestó en nota del día siguiente.<sup>41</sup> Este fue el último intercambio de notas entre ambos gobiernos con motivo del Protocolo.

En conclusión, México y Estados Unidos mantuvieron sus respectivas posiciones: siempre clara y única la de nuestro país, cambiante la de Estados Unidos de documento en documento y de funcionario en funcionario, como hecha a la medida de nuevas y más agudas pretensiones o de mudables circunstancias. En su nota, Lacunza advirtió que aun admitiendo que el Tratado no sufrió modificación a manos del Protocolo, México continúa considerando que éste constituye una verdadera interpretación de aquél y que los tribunales, actuando conforme a la razón y a las reglas de interpretación conocidas por la filosofía y por el derecho internacional no podrían interpretar el Tratado de manera distinta de como se hace en el Protocolo. En su nota final Clifford dejó dicho que el gobierno mexicano nunca pretendió que el Protocolo convalidase concesiones de tierras hechas en Texas y amparadas por títulos incompletos. Lacunza le hizo ver enfáticamente —y así lo asentó Clifford— que no era tal la intención del gobierno mexicano.<sup>42</sup>

Los puntos de vista finales del gobierno de Estados Unidos sobre el tema que ahora nos ocupa fueron expresados en la amplia nota dirigida el 18 de septiembre de 1849 por el secretario de Estado Clayton al señor Letcher, nuevo ministro de ese país en México. Dijo el secretario de Estado que la enmienda al artículo IX protege tanto al gobierno estadounidense como a los estados que se formarían en los territorios cedidos contra la aceptación de leyes vigentes al tiempo de la cesión, que resultasen “repugnantes” a los ojos de “aquellos habitantes que pronto constituirían la gran mayoría de la población”. Como ejemplo de un caso que suscitaría tal repugnancia, citó Clayton la posible pretensión de que subsistiese el sistema de peonaje. Afirmó igualmente que la supresión del artículo X tuvo por objeto impedir que se quisiera la convalidación de la

41 *Ibidem*, pp. 397 y 398.

42 *Idem*.

propiedad en el estado de Texas y en otros territorios, en muy vastas extensiones, no obstante haber quedado insatisfechas las condiciones inherentes al otorgamiento de la tierra. La supresión del artículo X no pretende anular concesiones de tierra en las extensiones cedidas, pero tampoco busca confirmarlas. La opinión de Clayton, exponiendo la del gobierno estadounidense, es muy elocuente: el Protocolo “debe ser visto solamente como un instrumento que contiene las opiniones de los comisionados de los Estados Unidos acerca de las enmiendas del Senado...”.<sup>43</sup> Existe, por cierto, una gran distancia —y volvemos ahora a lo dicho en las primeras líneas de este apartado— entre las afirmaciones finales del Departamento de Estado y la letra y el espíritu del Protocolo: quienes redactaron y suscribieron éste, en nombre y con poder de sus respectivos gobiernos, jamás entendieron que se estuviese dando cima, simplemente, a un papel sin efecto ni valor, en el que se encerraban, todo lo más, pareceres personales y por lo mismo intrascendentes de los individuos particulares que lo firmaban.

## VI. EL DESTINO REAL DE LAS RECLAMACIONES

El ejercicio de los derechos de propiedad y de tenencia de las tierras cedidas puede ser contemplado desde una doble perspectiva: la suerte que corrieron los propietarios, de hecho, bajo la presión moral e inclusive material de autoridades y de particulares estadounidenses, por una parte, y el tratamiento jurídico que se dio a estos derechos, especialmente en los planos administrativo y judicial, por la otra. En ambos casos se ha de tener presente que la norma general sobre la materia, querida por los redactores del Tratado de Guadalupe, expresada con claridad e interpretada, de manera más o menos precisa, en los instrumentos diplomáticos y en el Protocolo, fue el estricto respeto a estos derechos de propiedad, bajo el principio de que si la cesión de tierras sustituye a un soberano por otro, no altera en lo absoluto los derechos de los particulares, que han de ser entendidos, considerados y protegidos justamente en los mismos términos en que lo eran bajo la soberanía precedente.

En marzo de 1851, el Congreso de Estados Unidos expidió una ley bajo cuyo amparo se creó una junta de comisionados, a cargo de la revi-

43 Cfr. la nota en Miller, *ibidem*, pp. 400 y ss. Cfr. *ibidem*, p. 386; cfr. Bassett Moore, John, *A Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, 1906, vol. V, p. 206.

sión y decisión sobre la validez de los títulos de propiedad en los territorios cedidos. De esta suerte se estructuró, además, un sistema de impugnaciones ante la Corte de Distrito y, en último análisis, ante la Suprema Corte de Justicia.<sup>44</sup>

El mero establecimiento de un órgano especial semejante riñe con el sistema ordinario y crea, de hecho y de derecho, un régimen de excepción. Hubiera sido pertinente, en efecto, que los problemas en torno a esta materia se ventilaran ante los tribunales constituidos previamente, ordinarios —pues en esencia venían al caso temas de derecho común—, siempre por vía de excepción, esto es, de defensa judicial al ser atacados los títulos en casos concretos, y no por vía de acción, reclamando una legitimidad no cuestionada específicamente en el plano procesal, pero sí puesta en entredicho, con flagrante desconocimiento, además, del principio de igualdad frente a la ley, en una suerte de general prejuicio legislativo y social.

Hubo opositores a la ley en los mismos Estados Unidos. El senador Benton estimó que el sistema creado por aquélla contrariaba las normas del Tratado y que el largo juicio que se creaba para el esclarecimiento y la convalidación de los títulos equivalía a una confiscación.<sup>45</sup> Se ha de notar que este sistema hizo que todos los propietarios fueran:

considerados como poseedores de mala fe hasta que probaran que eran dueños legítimos, arma utilizada muchas veces por los Estados Unidos en sus relaciones con México, cuando que el principio general de derecho es el opuesto; la carga de la prueba se dejó al propietario, no a quien atacara su título, así fuera el impugnador un particular o el Estado, principio igualmente contrario a los fundamentos del Derecho...<sup>46</sup>

El encubierto despojo se hizo aún más fácil en virtud de que las tierras amparadas por títulos cuya validez no sostuviese la Comisión y aquéllas cuya legítima propiedad no se reclamase y acreditase, mediante la presentación de títulos, en el curso de dos años, pasaron a ser del dominio público.<sup>47</sup> Por lo demás, hubo títulos que no satisfacían todos los requisitos exigidos para la firmeza en el otorgamiento de tierras, sea por omisión

44 Cfr. Zorrilla, Luis G., *Historia de las relaciones entre México y los Estados Unidos*, México, Porrúa, 1965, t. I, p. 265.

45 *Idem*.

46 *Ibidem*, pp. 266 y 267.

47 *Ibidem*, pp. 265 y 266.

de las autoridades, sea por culpa de los colonos, sea —muy frecuentemente— por razón de fuerza mayor; pero es preciso subrayar que la costumbre constante bajo la soberanía mexicana consideraba válidos los títulos firmados por el gobernador y debidamente archivados, cuando el concesionario entrara en pacífica posesión de su propiedad.<sup>48</sup>

La tercera parte de los casos presentados en los primeros diez años de revisión de títulos en California se resolvió en sentido adverso a los propietarios. Sí, esto ocurrió en el supuesto de residentes en las tierras cedidas, peor aun fue la situación de los propietarios ausentes, no obstante la declaración que en su favor contuvo el artículo VIII del Tratado.<sup>49</sup>

Por lo demás, las crónicas están colmadas de relatos sobre agresiones de todo género en perjuicio de mexicanos. Muchos de éstos, dice Zorrilla, llegaron por buque a puertos del Pacífico durante varios años, refiriendo los abusos, despojos y persecuciones de que habían sido objeto por obra de particulares y autoridades estadounidenses, especialmente en los lugares en donde se había descubierto oro. “Ahí se les expulsaba de su domicilio, despojándolos, y se les amenazaba de muerte si se atrevían a regresar, obligándolos a emigrar.” No fueron escasas las veces en que las autoridades estadounidenses se limitaron a observar la presión ejercida en contra de los mexicanos o aun intervinieron para que éstos huyeran, abandonando sus tierras.<sup>50</sup>

En lo que toca a las tierras comunales de los pueblos, se ha indicado que éstas fueron generalmente respetadas por la Comisión en virtud de haber quedado en provecho de pueblos americanos y sujetas al manejo de autoridades también estadounidenses.<sup>51</sup> Por lo demás, se ha hecho notar el desacierto en la decisión jurisdiccional que declaraba fraudulentas las enajenaciones de las tierras de las misiones, en cuanto lejos de restituirlas, para reparar el fraude a las víctimas de ese delito, se disponía que pasaran a ser tierras del dominio público, con lo que se consumaba el despojo de propiedades a mexicanos para luego adjudicarlas a anglosajones.

México y Estados Unidos han constituido Comisiones de Reclamaciones para resolver las que han surgido, en diversas materias, por parte de nacionales de ambos países. Actuaron tales comisiones en 1839, 1843, 1868 y 1923. En la Convención de Reclamaciones del 19 de noviembre

48 *Ibidem*, p. 264.

49 *Ibidem*, p. 268.

50 *Ibidem*, pp. 260 y 261.

51 *Ibidem*, pp. 269 y 270.

de 1941, que puso término a los trabajos de la Comisión de 1923, se advirtió que ambas potencias:

en virtud de las estipulaciones de esta Convención, recíprocamente cancelan, se desisten y declaran satisfechas todas las reclamaciones, de cualquier naturaleza, de los nacionales de cada país contra el Gobierno del otro, que se hayan originado antes de la fecha de la firma de la presente Convención, ya sea que hayan sido o no hayan sido registradas, formuladas o presentadas, formal o informalmente, a cualquiera de los dos Gobiernos.<sup>52</sup>

Ahora bien, el gobierno de México ha entendido que, al amparo del Tratado de Guadalupe Hidalgo y conforme a los principios generales de derecho internacional, sólo puede reclamar en virtud de violaciones al Tratado cuando los agraviados sean mexicanos, no así cuando sean o hayan llegado a ser nacionales de Estados Unidos de América.

## VII. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES Y JURISPRUDENCIALES

Es preciso reiterar que el Tratado y sus interpretaciones, así las comúnmente admitidas como las impugnadas, en la medida en que quedaron reconocidas y vivas, sostuvieron siempre la plena garantía al derecho de propiedad. Buchanan mismo admitió que esa garantía “bajo nuestra forma de gobierno, no emana de las estipulaciones del Tratado, sino de la naturaleza misma y del carácter de nuestras instituciones”.<sup>53</sup> Algo semejante se aceptó en diversas sentencias sobre propiedad en Nuevo México y en California, determinando que los derechos inherentes a aquélla, adquiridos bajo las leyes española y mexicana, estaban “consagrados por la Ley de las Naciones”.<sup>54</sup> Es corriente la admisión, hecha muchas veces por la vía judicial, de que se deben respetar los derechos de propiedad privada en territorios cedidos o conquistados. Aquí la máxima es que la propiedad se halla amparada no sólo por el Tratado correspondiente, sino también por un principio general de derecho internacional que establece que la cesión de territorio afecta a la soberanía y a la jurisdicción, incluso al dominio público, pero no a la propiedad privada. Al respecto es cla-

52 Fuente: Secretaría de Relaciones Exteriores (nota): *Reclamaciones de mexicanos o mexicano-americanos por violaciones a los artículos del Tratado de Guadalupe Hidalgo que garantizaban las propiedades de los mexicanos*.

53 Miller, *op. cit.*, p. 256.

54 Cfr. Moore, *A Digest of International Law*, vol. I, p. 421.



ra la determinación en el caso *Ely's Adm. contra Estados Unidos*, de 1898, cuando se reiteró el reconocimiento a títulos y derechos que México hubiese tenido como válidos:

Conforme a las reglas del derecho internacional y a los términos de los tratados de cesión —se dijo—, el cambio de soberanía no debe afectar los derechos y los títulos; lo que fue bueno antes debe ser bueno después; lo que la ley protegería antes debe ser protegido (o aplicado o ejecutado) después de la cesión.<sup>55</sup>

En el planteamiento de una cuestión suscitada entre Estados Unidos y Chile, el secretario de Estado Bayard dijo en nota del 20 de marzo de 1886, dirigida al señor Roberts, que se niega:

el derecho de cualquier gobierno a declarar nulos los títulos legalmente concedidos por su predecesor en virtud de que no hubiesen podido ser legalmente expedidos si su propio Derecho hubiese regido al tiempo del otorgamiento. Esta pretensión choca con el principio de la continuidad histórica municipal de los gobiernos que se encuentra en la base del Derecho internacional.<sup>56</sup>

He aquí determinada, pues, la amplísima garantía que ha de concederse a los derechos inherentes a la propiedad reconocidos por la soberanía anterior.

También se debe considerar en dilatada acepción el concepto mismo de propiedad. Efectivamente, en el caso *United States contra Soulard*, resuelto en 1830 en vista del Tratado de Lousiana, se estimó que:

El término propiedad aplicado a las tierras, comprende toda especie de título iniciado o completo. Se entiende que abarca los derechos que yacen en el contrato; tanto los pendientes de ejecución como los ejecutados. En este respecto, no se ha modificado la relación entre los habitantes y su gobierno. El nuevo gobierno asume la posición del anterior.<sup>57</sup>

En el caso *Barker contra Harvey*, de 1901, se sostuvo el derecho de Estados Unidos a prescribir medios razonables para determinar la validez de títulos sobre territorio cedido y para requerir la presentación de solicitudes de reconocimiento, así como para considerar abandonadas las recla-

55 *Ibidem*, p. 420.

56 *Ibidem*, p. 422.

57 *Ibidem*, p. 415.

maciones que no se hubiesen formulado.<sup>58</sup> Si se admite que con base en esta decisión se halla la idea de “medidas razonables”, difícilmente podrá considerarse como tales a las que excedan de las comúnmente admitidas, por ley y por costumbre, bajo el gobierno anterior; ni serán razonables, tampoco, las que impliquen inversión en la carga de la prueba, gastos excesivos, trámites prolijos y otras condiciones que conduzcan, en algún momento, al abandono del trámite o de la propiedad misma.

En el caso Baldwin contra Goldfrank se determinó que la Ley de Texas del 8 de febrero de 1850, que dispuso la investigación mediante comisionados, “no viola el artículo VIII del Tratado de Guadalupe, por cuanto no establece diferencias entre ciudadanos de los Estados Unidos y ciudadanos de México, ya que dicho Tratado simplemente asegura a los mexicanos la misma protección a sus derechos de propiedad que se otorga a ciudadanos de los Estados Unidos”.<sup>59</sup> Ciertamente, bajo la capa de la igualdad formal se oculta un sistema que con toda seguridad conduce a una evidente desigualdad real. El sistema mismo de la convalidación por comisionado, mediante acción de los reclamantes, merece ser severamente cuestionado.

Por lo que toca a derechos comunales, en Townsend contra Greeley se resolvió que el Tratado de Guadalupe no privó al pueblo existente en la ciudad de San Francisco de ningún derecho de propiedad ni alteró la naturaleza de los intereses sobre cualesquiera tierras que hubiese tenido bajo el gobierno anterior, dado que ese instrumento no estableció distinción, para los efectos de la protección que confirió, entre la propiedad de los individuos y la de los pueblos (*Towns*) bajo el gobierno mexicano,<sup>60</sup> decisión de la que claramente se desprende la necesidad de reconocer los derechos existentes, independientemente de su titularidad, en los mismos términos en que lo hacía el orden jurídico anterior.

Moore indica que los derechos de las municipalidades no fueron destruidos y que su propiedad fue protegida por el artículo VIII del Tratado de cesión en el caso de los territorios dados por España a Estados Unidos.<sup>61</sup> En United States contra Cervantes, relativo a la cesión de tierras al pueblo y a los naturales de Tumacácori, se declaró que aquéllas no debían ser alienadas, sino entenderse que pertenecían “a la República y a la co-

58 *Ibidem*, pp. 420 y 421.

59 *Ibidem*, vol. V, p. 785.

60 *Ibidem*, vol. I, p. 417.

61 Cita a Magoon, *ibidem*, p. 327.

munidad de naturales solamente, para uso de éstos”; lo que estaba de acuerdo con la regla general de que los misioneros y los indios sólo adquirirían el usufructo o la ocupación, según la voluntad de los soberanos,<sup>62</sup> cosa que refuerza la norma de proteger los derechos sobre tierras, según su naturaleza y titularidad al amparo del régimen existente bajo la soberanía anterior.

El hecho de que México hubiese declarado que no se habían hecho concesiones de tierra por gobernantes de este país en California después del 13 de mayo de 1846, no debe afectar las concesiones realmente realizadas después de esa fecha por dichos gobernantes, cuya autoridad y jurisdicción continuaron. Así se resolvió en *United States contra Yorba*.<sup>63</sup>

62 *Ibidem*, p. 420.

63 *Ibidem*, p. 417.

## LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS\*

La retórica ha cabalgado en los caminos del indigenismo. En el galope dejó unas cuantas conciencias agitadas, que no alcanzaron a remediar la explotación del indígena. El discurso tutelar de los indios ha tenido una magra traducción en la realidad escueta. Con la mayor frecuencia, sus resultados fueron modestos. De este género resultó el alcance de la legislación colonial dictada —como dijo Felipe II— “proveyendo que (los indios) sean bien tratados, amparados y favorecidos” por cédulas que “se deben ejecutar sin omisión, disimulación ni tolerancia”.

En esa misma realidad estricta, los trabajos formidables de fray Bartolomé de las Casas se vieron correspondidos con la única y verdadera leyenda negra: la que se urdió contra el propio Las Casas, para advertencia de misioneros inquietos y aguerridos.

Con lenguaje hechizo, los estadounidenses propusieron su propia iniciativa piadosa cuando se cerró la puerta de las reservaciones tras la espalda de los indios: “Mientras fluya el agua, o la hierba crezca sobre la tierra, o el sol se levante para mostrarnos el camino... —dijo el senador Sam Houston en 1854—, os protegerá este gobierno y nunca se os volverá a expulsar de vuestros actuales asentamientos”.

La dominación de los pobladores originales del continente se hizo por una doble y eficiente vía. De una parte, el dominio del espíritu. De la otra, el de la tierra. Alma y cuerpo: en ellos circula y se afianza el poderío. Lo que fue evangelización, hoy es integración, y lo que fue conquista, hoy es economía moderna. Hubo y hay resistencia, que persiste. Habrá que ver si esa dialéctica subsistirá, tan enconada. La reforma jurídica, una expresión de la reforma moral, debiera aliviarla. Eso por lo menos: aliviarla.

Desde hace relativamente poco tiempo —con respecto al tiempo absoluto de la “cuestión indígena”— miramos algunas novedades. Entre

\* En *Cuadernos Americanos*, México, año X, vol. 2, núm. 56, marzo-abril de 1996, pp. 153-163, y Varios autores, *Cultura y derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, Archivo General de la Nación-FCE, 1996, pp. 149-160.

ellas figuran la tendencia a constituir un derecho indígena, fuente de derechos colectivos e individuales; y la decisión de los indígenas, asociada a la de otros grupos sociales que simpatizan con ellos, sobre la presencia que les corresponde en su propia vida: ser protagonistas, ya no sólo testigos o destinatarios, y ni siquiera beneficiarios de la filantropía.

Poco a poco se formaliza un rasgo del constitucionalismo iberoamericano. Es la emergencia de personajes remotos en textos actuales: los indios, detenidos en el umbral de las leyes y expulsados de esta víspera por el derecho del siglo XIX, con el alegato de la uniformidad de la ley nacional y la igualdad de los hombres ante el derecho. Ese mismo alegato frenó la equidad en las relaciones del trabajo y acudió a engendrar la Revolución mexicana.

También en México tenemos hoy un artículo constitucional indígena. Por su contenido e intención, vino a integrarse, aunque fuese tardíamente, en la parte social de la ley suprema; la parte más innovadora, pero también la más asediada por una versión terrible de la modernidad. Esa novedad constitucional no trajo consigo las otras novedades que se esperaban: ni previno las explosiones indígenas, ni generó un nuevo derecho. En este sentido fue una especie de fuego fatuo, que iluminó súbitamente y sólo por un momento, a pesar de diversos trabajos estimables que la precedieron. A cuatro años de aquella reforma, ya pensamos en otra que de veras aborde los problemas y de veras los resuelva.

En lo que toca a la emergencia indígena (quiero decir una emergencia determinante, que llegue más allá de su propia noticia), habría que acreditar a los acontecimientos de Chiapas un papel decisivo. Sin ellos —cualquiera que sea el valor que cada quien les asigne—, no sería fácil explicar sucesos posteriores que conmovieron a México y todavía lo tienen inquieto. Si las cosas prosiguen como van, su huella será pronto una huella constitucional. Los sucesos de Chiapas nos llevaron más lejos que la reforma constitucional de 1991 que, como dije, no sirvió para preverlos, no actuó para prevenirlos y no influyó en la creación del nuevo derecho que alborea.

En este punto podemos preguntarnos si los indígenas ya son un factor real de poder, además de ser nuestros hermanos o nuestros padres, los dueños originales de la tierra, el sustento más antiguo de la nación y muchas otras cosas que a cada paso repetimos. Podemos preguntarnos si cumplen la función que corresponde a ese género de factores, bajo la fórmula de Fernando Lassalle: hacer que las leyes e instituciones de un

país —el nuestro, por ejemplo— no puedan ser más que de cierta manera y no de otra, es decir, de la manera que están a punto de ser —si acierta el Constituyente— y no de la manera que han sido. Para que haya un auténtico derecho indígena, con garantías suficientes y concluyentes, se necesita ese factor de poder. El sucedáneo es la solidaridad, la benevolencia, la hombría de bien. Y nada de esto basta, como sabemos, aunque tampoco se requiere ni se quiere la violencia.

Uno de los signos más saludables del futuro derecho es la participación indígena en su formulación. No es posible recetar la felicidad a los destinatarios de una ley, como quien prescribe una medicina desde la cátedra infalible. No conviene que todo el mundo intervenga en la asamblea, menos el pueblo —o los pueblos— al que se dirigen sus ordenanzas. No es posible, no conviene, y tampoco es justo ni práctico. La vida nos invita a desconfiar —y más a los indígenas— de brevianos que pretenden establecer toda la perfección practicable por voz de los benefactores y con su voto exclusivo.

Por otra parte, no debiéramos caer de nuevo en una persistente ilusión: creer que cambiando leyes —muchas, mucho y pronto— cambia la vida. Con frecuencia hemos incurrido en esta trivialidad impetuosa, y en ella seguimos cayendo con obstinación. Hay varios factores para el cambio de las normas. Uno, la evolución natural de las instituciones, el más deseable. Otro, la crisis que hoy nos agobia en este y en otros campos. Uno más, el reformismo, la necesidad de dejar constancias en los diarios oficiales. Por no haber permitido lo que pudo ser una evolución natural de instituciones, ahora tenemos que administrar la crisis. Es necesaria la reforma, hay que subrayarlo. Pero no podemos encomendarle todo lo que queremos y necesitamos, también hay que subrayarlo.

El jurista que emprende —o asiste— la construcción de un nuevo derecho, esto es, de un sistema que establece deberes y facultades, coacciones y libertades, expectativas y restricciones, debe plantearse ciertas interrogantes inevitables para conocer determinadas respuestas indispensables. Me refiero al ámbito de aplicación de las futuras normas: sujetos y contenido, entre otros aspectos. Son las piezas del sistema.

Primero hay que precisar a quiénes se aplicará este derecho. Es indudable que aquí existe una doble vertiente: hay sujetos colectivos y sujetos individuales. En otros términos, los grupos, los pueblos, por una parte, y los individuos que los integran, por la otra. También es indudable que la

solidez de los derechos colectivos es condición para la firmeza de los derechos individuales.

Para ilustrar sobre este punto, invoquemos las relaciones laborales, un ejemplo a la mano. Si decayeran el sindicato, la negociación colectiva y la huelga, todo el derecho laboral entraría en decadencia y acabaría por repliegarse a su antigua condición de derecho común, sujeto a los caprichos y atropellos del mercado. De manera semejante, si no son claros y fuertes los derechos colectivos indígenas, mucho menos lo serán los derechos de los indígenas dispersos.

Es obvio que así lo perciben los movimientos indígenas cuando destacan en la discusión, como asunto principal, sus derechos territoriales (Stavenhagen) y sus facultades participativas y decisorias. Es obvio que también así lo entienden los adversarios del progreso indígena, o los amigos medrosos, indecisos: ha sido más fácil perfilar, aunque sea en las palabras de la ley, los derechos de los individuos que la identidad y los derechos de los pueblos.

Debemos esclarecer los elementos que identifican a un grupo o a un individuo como “indígenas”. Obviamente, la operación de todo el sistema dependerá del acierto que se tenga al definir quiénes serán los destinatarios del nuevo derecho, sea en la norma constitucional, sea en la secundaria, pero probablemente mejor en aquella. Aludo a los destinatarios directos, porque es obvio que destinatarios seremos todos, en cuanto un nuevo derecho de este género traería novedades en el derecho nacional, del que somos sujetos todos los mexicanos, indígenas o no.

Para lo anterior, los datos a considerar son, conjuntamente: vínculo (por descendencia) con los pueblos que se hallaban en el actual territorio de México antes de la invasión española; elementos culturales (señaladamente el idioma); formas de organización y estructura social de la comunidad, y autopercepción del pueblo y de sus integrantes.

En segundo término, hay que establecer la materia necesaria o preferente de los derechos indígenas. Aquí hay ciertas “asignaturas pendientes” y muy “sentidas”, que es necesario atender con particular dedicación. Además, hay que hacerlo con espíritu innovador, sin excesiva atadura a tradiciones inflexibles (como precisaron Jorge Madrazo y Eduardo Andrade durante la comparecencia de aquél en la Cámara de Senadores), pero sin abandono —agrego yo— de principios fundamentales para la dignidad humana y la subsistencia de la nación y del Estado nacional.

Las reivindicaciones indígenas tienen su punto de referencia en el pretérito. Esencialmente —y sin perjuicio de su evolución interna— pretenden el reconocimiento y la vigencia de derechos históricos, que dieron perfil a los antiguos pueblos. En cambio, las típicas reivindicaciones “modernas” (quiero decir, a partir de las revoluciones que cierran el siglo XVIII), tienen su punto de referencia en el futuro: llegan huyendo del pasado y desean construir una realidad sustancialmente diversa y desconocida.

El núcleo de los derechos indígenas se halla en la pretensión de “ser”. En seguida, en la de ser “diferente”. Por último y como consecuencia, en la de “perdurar”. Ahora bien, esto mismo se observa en el núcleo de los derechos generales, que inicialmente no acentúan el tema de la “diferencia”, porque en el principio no se advierte la necesidad de hacerlo. Esto sólo se verá más tarde. Desde ahí se construye el estatuto jurídico de los hombres y los Estados. Desde ahí, el régimen jurídico de las libertades personales y las soberanías nacionales. Desde ahí, la idea del desarrollo como desenvolvimiento de las potencialidades en un ámbito de decisiones propias.

Se han formulado varios catálogos de pretensiones indígenas, que serían otros tantos espacios para la reflexión jurídica y la acción legislativa. En su propio tiempo y en su circunstancia característica, se asemejan a los catálogos de las pretensiones humanas que culminaron, andando los siglos, en derechos públicos subjetivos, estampados primero en las Constituciones y más tarde en los instrumentos internacionales.

La relación comienza con el derecho del hombre a la vida, que tiene su correspondencia en el ya mencionado reconocimiento a la identidad y a la persistencia de los pueblos indígenas. Aquí figura la doble tensión histórica: contra el etnocidio, el etnodesarrollo. Sigue en la lista el derecho del hombre a la libertad, que coincide con la pretensión indígena de autonomía y participación en la vida política: en la suya, como un escudo, y en la nacional, como un ariete. Continúa la relación con el derecho humano a la seguridad, material y jurídica, al que corresponde la pretensión indígena de intangibilidad y respeto. Avanza ese catálogo con el derecho del hombre a la propiedad, que coincide, en sus trazos primordiales con la reclamación de la propiedad material e inmaterial de los pueblos. Prosigue con el derecho humano a determinada calidad de vida, en constante desarrollo, que se corresponde con la exigencia indígena de educación, cultura y racionalidad económica.



Los derechos que los indígenas reclaman son de alguna manera la proyección de los que el hombre, en general, ha exigido siempre y obtenido algunas veces, aunque esa proyección revista formas y tonos distintos. La misma ruta, el mismo horizonte; pero no los mismos matices, ni contenidos idénticos. También aquí se han superpuesto, para complementarse, varias generaciones de los derechos humanos. La obra de revisión jurídica que a partir de ahora se emprenda, si es que se emprende, deberá trabajar en cada uno de estos espacios. Menos, sería dejar la obra incompleta, trunca, con zonas oscuras y azarosas donde se agiten de nuevo los viejos problemas.

Entre los puntos que más alarman o serenar, figuran las autonomías (uso el plural deliberadamente, porque no existe una sola forma, un arquetipo, de autonomía), y con ellas, la regulación jurídica de la vida colectiva. En mi concepto, no debiéramos retroceder, prejuiciosamente, ante la noción de autonomía. Antes hay que indagar, para adoptar partido y asumir posiciones, de qué se trata y hasta dónde llega. El régimen federal —que tiene, a su vez, variedad de manifestaciones— y el sistema municipal son versiones del autonomismo. Lejos de constituir bombas centrífugas en el corazón de las naciones —y en todo caso, de la nación mexicana—, son instancias de equilibrio y de congruencia: no han destruido al Estado nacional; por el contrario, han concurrido a preservarlo, no obstante las deficiencias y simulaciones que han proliferado en este campo.

Para abordar el asunto de las autonomías, parto del supuesto de que no se quiere —y en todo caso, muchos no queremos— dispersar a la nación y pulverizar a su Estado, el Estado nacional. Pero tampoco parece posible ni deseable dejar todo como se encuentra: volveríamos al punto de partida, agravado, extremado. Ya conocemos las consecuencias de esto.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) advierte que el patrón del Estado moderno es insatisfactorio. Está desbordado, como lo están otros datos de nuestra tradición política. Hay que ver cómo se proyecta en él la declaración sobre la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Si sólo se trata de un “hallazgo” antropológico, no tiene sentido alojarlo en la Constitución, a pesar del carácter heterodoxo de la ley fundamental mexicana. Se debe entender como un reconocimiento político y una advertencia jurídica. En tal virtud, desde ahí habrá que construir “algo” diferente.

Hace más de un siglo se habló de un derecho social, no ya como un régimen tutelar de los débiles —que es una de sus acepciones—, sino como un régimen jurídico espontáneo, idóneo para determinadas relaciones, acordado por los grupos, dotado de instituciones y autoridades propias. Ese derecho social opera dentro de un marco de autorizaciones claras y delegaciones precisas del derecho público.

En el siglo transcurrido, el derecho social ha caminado de prisa. Se instaló en la industria y el comercio, la organización colectiva, los factores de la producción, las relaciones internacionales. Ya nadie podría pensar que los órganos legislativos del Estado son la única fuente formal de las normas; que la autoridad de los funcionarios públicos es la única autoridad posible, que el federalismo y el municipalismo usuales son los únicos practicables. En la “reinención” del Estado, o dicho más suavemente, en su reforma, hay que aceptar el flujo de corrientes como la realidad indígena, que viene de atrás para proponer el mundo de adelante.

El artículo 4o. de la Constitución mexicana convoca varios temas cruciales. Algunos han estado en nuestra realidad desde siempre, más o menos soslayados, temidos, oscurecidos. Dice que la ley garantizará a los integrantes de los pueblos indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, y que en los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que la misma ley establezca. En mucho, esta fórmula es insatisfactoria, o por lo menos insuficiente, aunque reconozco que la Constitución no puede ser un exhaustivo catecismo.

No basta con que se prometan garantías a los integrantes de los pueblos. Es necesario que se ofrezcan y aseguren a estos mismos, lo cual es, por supuesto, mucho más espinoso que aquéllo, pero no menos necesario. El acceso a la jurisdicción del Estado (expresión que no se compromete con la justicia social, sino apenas con la justicia individual de los tribunales) no es construcción —o reconocimiento— de una jurisdicción indígena, ni siquiera en la medida en que ya opera, en muchos sectores de la relación jurídica, una justicia pactada que se desempeña con holgura y no es propiamente jurisdicción del Estado. La “consideración” de prácticas y costumbres quiere decir mucho, y en realidad no dice nada. En efecto, no aclara qué son esas “prácticas” y deja pendiente el problema sobre las fronteras entre ambos derechos: el consuetudinario y el estatutario, además de que no hay razón alguna, como se ha dicho, para confinar en las

controversias agrarias la eficacia jurídica —cuyo alcance tampoco está precisado por ninguna ley— de tales prácticas y costumbres.

Entre estos temas figura la cuestión agraria, que no es apenas, como puede ser para otros actores del campo, un problema de tenencia y aprovechamiento de bienes inmuebles. Su naturaleza fue bien apreciada en la Declaración de San José, de 1981: “Para los pueblos indios la tierra no es sólo un objeto de posesión y de producción. Constituye la base de su existencia en los aspectos físico y espiritual en tanto que entidad autónoma. El espacio territorial es el fundamento y la razón de su relación con el universo y el sustento de su cosmovisión”.

Si es así, habría que volver la mirada sobre la tenencia comunal de la tierra, y preguntarse si la regulación actual reconoce su insólito valor para los pueblos indígenas. La interrogante tiene sentido en el caso de que queramos —y esta sería la primera pregunta— respetar el valor que para esos pueblos tiene la tierra, o si llegó el momento de meter aquí el caballo de Troya de cierta temible versión de la modernidad, para tomar de nuevo la plaza de los pueblos.

No es ese el designio explícito de la Constitución mexicana. Tanto el artículo 4o. como el artículo 27, ya en sus términos actuales, marchan por otro derrotero: la preservación de la tierra de los indígenas. Parece quererle su letra, y quizá también lo quiera su espíritu. Por ende, podríamos considerar la intangibilidad absoluta de las tierras comunales, que es una forma radical de entender la disposición del artículo 27: “La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”.

Se ha emprendido un proceso de reflexión sobre el derecho indígena. Esto pone en movimiento a la opinión pública y anima la preocupación política. Tras ella acude el análisis jurídico, que no debe desentenderse, como a veces lo ha hecho, del origen y el destino reales de esos trajes a la medida que son las leyes. Quienes examinan las implicaciones jurídicas de este asunto también deben preguntarse: ¿existen los elementos que sacan a una ley del nicho declarativo y la ponen a trabajar en la vida diaria? La pertinencia de esta pregunta se acredita con los resultados —es una manera de hablar— de la reforma constitucional de 1991. No debe ocurrir ahora lo que aconteció entonces.

Es interesante e importante que se lleve a cabo un examen de este asunto mayor para la República. Pudiera plantearse aquí, como lo propuso en 1994 el documento “Veinte puntos por la democracia”, una gran consulta a la nación como primer paso en el camino de ciertas formas de

democracia semidirecta y como medio para acentuar la legitimidad de una reforma constitucional. No debe repetirse la experiencia de la reforma judicial constitucional de 1994, hecha con celeridad innecesaria y escasamente analizada. No necesitamos una reforma vistosa y grande, sino una gran reforma histórica. Son cosas diferentes. Hoy debemos tener una gran reforma histórica: su materia es, precisamente, una de las grandes cuestiones históricas de la nación mexicana.

## EL INDÍGENA Y LA JUSTICIA. LA VERTIENTE PENAL\*

SUMARIO: I. *Actualidad del tema*. II. *Derecho y cultura*. III. *Concepto de “indígena”*. IV. *Las fuentes del derecho, el monopolio estatal de la justicia y la presunción ignorantia legis*. V. *La vertiente penal*. VI. *La protección del indígena*.

### I. ACTUALIDAD DEL TEMA

Hace siglos dominaron América los naturales de esta tierra: quiero decir los pueblos originales, los que se hallaban en este continente y en las islas aledañas antes de la invasión española. Dominaron, pues, los ascendientes de los dominados de ahora, una especie de destronados o desterrados. Múltiples grupos, señoríos, reinos, imperios, tenían como rasgo común la sociedad étnica, aunque mucho difirieran unos de otros en el progreso de la cultura: desde los nómadas que poblaron el norte, dedicados a la caza, sin huellas mayores de su vida colectiva, hasta los hombres avanzados que descifraron el movimiento de los astros y diseñaron asombrosos calendarios, erigieron templos y palacios, desarrollaron las leyes y las letras.

Eso había cuando los españoles, primero, llegaron a las costas americanas, confundidos por la creencia de haber arribado a las Indias orientales, viajando hacia el poniente y consumando, de este modo, la circunvalación del planeta. El mundo “conocido”, es decir, los autores y escritores de la historia, se volcaron de una cuenca a otra: del *mare nostrum*, el Mediterráneo, frontera de lo bien sabido, al Caribe, aduana de la hora moderna.

A partir de entonces comenzó una nueva era, para unos y otros: cambió el universo; Europa recibió la presencia, el trabajo y el tesoro de los indios americanos; y éstos, conquistados, dominados, evangelizados, arrasados, recibieron a su turno la cultura de occidente. Apenas fueron protagonistas de esa cultura en sus propias tierras: más bien la soportaron,

\* En *Anuario 1993 del Seminario de Cultura Mexicana*, México, 1993, pp. 67-96.

padecieron; vino a privarlos de sus antiguas costumbres, de sus dioses, de sus gobiernos y, sobre todo, de sus tierras. Las reclamaciones de ahora son, vistas desde cierta perspectiva, una nostalgia de aquel tiempo en que tuvieron la tierra y una reclamación persistente de antiguos derechos, que de los indios se transmitieron a los nuevos soberanos, y de éstos a los indios mismos, en concesiones benévolas, o a los nuevos señores.

Hoy se ha reanimado el “tema indígena”, que, sin embargo, estuvo a la vista durante cinco siglos. Lo han suscitado nuevamente los memoriosos que jamás lo olvidaron, las celebraciones del “encuentro” —conmemoración sombría para los descendientes de aquellos pueblos originales— y algunos estallidos esperados, inevitables en las circunstancias prevalecientes, como la rebelión en Chiapas desde el 1 de enero de 1994. Los indios, pues, se hallan nuevamente en la escena y obligan a soluciones diferentes, a reconocimientos postergados. Ya se habla de leyes especiales —que las hay en diversos países del continente—, cosa que invita a recordar las numerosas prevenciones del derecho indiano destinadas a proteger a los aborígenes, siempre acatadas y rara vez cumplidas.

Antes de esos acontecimientos, hubo reformas en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para reconocer la heterogeneidad de la nación mexicana, pluricultural, y la raíz más honda, el sustento original: el factor indígena de nuestra raza. La ubicación del nuevo texto, precisamente en la parte dogmática de la Ley Suprema, al lado de otros nuevos derechos —los derechos humanos de la corriente social—, anuncia la categoría y la jerarquía de estos reconocimientos y el designio equitativo que los sustenta.

Luego habría otras novedades legislativas: primero en el procedimiento penal, como veremos, y después en las leyes agrarias: la reforma al artículo 27 de esa Constitución, que prevé la protección sobre el dominio indígena de la tierra, y las normas que de aquél derivan en la Ley Agraria. Aquí, el dato más notable, la figura jurídica más relevante, se localiza en la comunidad agraria. Obsérvese, sin embargo, que no todas las comunidades, en el sentido del derecho agrario, son núcleos de población indígena, aunque muchas en efecto lo sean.

Cuando hablamos de los indígenas en México, hoy día, nos referimos —se calcula— al 10% de los habitantes de la República. En el principio de la invasión española, sumaban varios millones los habitantes de lo que después sería Nueva España y más tarde México. En poco tiempo, relativamente, ocurrió un gravísimo despoblamiento. Hoy lo llamaríamos ge-

nocidio: eliminación sistemática de grupos humanos. Sólo al cabo de siglos se recuperó la población indígena, clave de la dominación europea: fuerza de trabajo.

Ese 10% del que ahora se habla, representa varios millones de individuos en la periferia, en torno a la cultura media prevaleciente, monolingües a menudo, aún vinculados a usos que para ellos tienen fuerza normativa, exactamente por la misma razón que tuvo la costumbre jurídica entre los antiguos romanos: *inveterata consuetudo* y *opinio juris*. Es aquí, en la frontera entre dos culturas, donde ocurre el conflicto inexorable: entre el derecho “moderno” y estatutario de la mayoría mestiza, occidentalizada, y el derecho “primitivo”, generalmente consuetudinario, de las minorías indígenas.

## II. DERECHO Y CULTURA

El orden normativo de la conducta, heterónimo y coactivo, al que llamamos derecho, es el producto —y el agente, en buena medida— de cierta cultura: de una manera de ver y querer las cosas; de una idea acerca del hombre, la sociedad, el poder político; de horizontes y esperanzas, rechazos y atracciones determinados. Ese es el cimiento cultural del derecho positivo (el expedido por los órganos del Estado facultados para hacer las normas, recogiendo su contenido, en el mejor de los casos, de las fuentes reales donde se asegura la vida de las normas: su eficacia), que aflora en prevenciones que proclaman, en la lengua por la que esa cultura circula y que forma parte de ella, los derechos y los deberes de los individuos y las atribuciones del Estado. Prevenciones, pues, que establecen el Estado de derecho, garantía de todos.

El derecho moderno, de inspiración y factura liberal, se desarrolla en una doble dirección o con un doble objetivo. Quiere, por una parte, liberar a los hombres: conferirles facultades que ejerzan por la autonomía de su voluntad, a pesar o por encima de clases, razas, sexos, credos o grupos. Por la otra, quiere igualarlos: que todos sean tratados del mismo modo por las leyes, a pesar de aquellas mismas circunstancias y no obstante que se trate de individuos profundamente desiguales. Las declaraciones primordiales, y entre todas la Déclaration francesa de 1789, se dirigieron precisamente hacia esos fines: reconocieron los derechos naturales, inherentes al hombre, de libertad, seguridad, propiedad y resistencia a la opresión, y admitieron expresamente que todos los hombres son iguales ante

la ley, es decir, ante el derecho y las autoridades que éste instituye. Nada serviría mejor a este concepto de la justicia que la figura tradicional de la diosa Temis, vendada —para no ver diferencias, ni conocer siquiera a los hombres que contienden—, sosteniendo una balanza cuyos platillos sólo mueve la “razón legal” que asista a los litigantes, y blandiendo ciegamente la espada.

Pero el liberalismo jurídico —que es apenas una versión, jamás la única y tampoco la mejor— del individualismo, arrojaría consecuencias tan inesperadas como deplorables. No supo hacer justicia —ni lo sabe ahora— la “mano invisible” que administra las relaciones sociales y repudia la injerencia del Estado. No supieron hacer las libertades y la igualdad formales, que generaron una opresión tan estricta como la que sus patrocinadores, humanistas beligerantes, quisieron derrumbar para siempre. Se pasó de la tiranía del monarca absoluto a la tiranía de las fuerzas sociales.

El caso de los indios, a propósito de la “cuestión agraria”, brinda un ejemplo elocuente sobre estos desastres decimonónicos: la desamortización de los inmuebles rurales, que se dirigió principalmente contra la Iglesia, depositaria de la mayor y mejor parte de la tierra, acabó despojando a las comunidades de indios, que también poseían sus tierras bajo forma de “manos muertas”. En esa desamortización indiscriminada —que incluso arrasó la personalidad jurídica de las comunidades— prosperaron los negocios particulares y decayeron, hasta la Revolución mexicana, los derechos ancestrales.

Se sabe bien que la contrapartida, la reacción necesaria frente a ese estado de cosas, tomó cuerpo en el derecho social, o mejor dicho, en la corriente social del derecho, que alumbró en textos secundarios al final del siglo XIX y se elevó al rango supremo en la Constitución mexicana de 1917. Esta corriente, que modera la interpretación “frenética” de la libertad y de la igualdad, implica un conocimiento y un reconocimiento más finos, completos, personales del ser humano: fuera de la abstracción universal del “hombre”; dentro de la concreción de “los hombres”, en la que cada categoría de individuos, e incluso cada uno, adquiere su perfil genuino. En rigor, el derecho social sustenta una idea y una práctica profundamente constructivos y morales a propósito del individualismo. El derecho social es, en esencia, un derecho individualista.

Esa fue la aportación crucial del nuevo derecho y en ese camino marchó el Estado intervencionista: desviando a veces, es cierto, su función



liberadora, y consumando otras versiones tiránicas. No es necesariamente tiránico, sin embargo, es Estado activo. Ya hoy se mira la necesidad de que la mano del Estado contenga a la “mano invisible” que comienza a cosechar un género diverso de injusticias.

El derecho social, pues, destaca las desigualdades —su hipótesis de trabajo—, brinda trato desigual a los desiguales —su método de trabajo— y procura la equidad en las relaciones sociales —su misión y su destino—. Ahora bien, el derecho social coincide con el liberal en la pretensión de que sea uno sólo el orden jurídico. No suele aceptar órdenes diversos y coexistentes dentro de un mismo Estado, órdenes excluyentes que pongan en riesgo o de plano desechen, al entrar en conflicto, las soluciones fundamentales que aporta el régimen jurídico dominante. Si ocurre una colisión, por haber discrepancia en las previsiones jurídicas de una misma conducta, prevalecerá el sistema ordinario, el mayoritario, que recoge y refleja la cultura dominante en la nación que lo expide. El Estado —como aparato coactivo— se halla a su servicio: para imponer el derecho ordinario y suprimir las manifestaciones del derecho minoritario, que se vuelve extraño, enemigo: ni siquiera derecho, sino hecho, situación *de facto*.

El orden mayoritario rechaza o suprime al otro en aras de ciertos valores que el derecho procura, antes, inclusive, de buscar el bien común o la justicia. De un lado, el denominado valor “funcional” del derecho, esto es, la seguridad jurídica, la certeza en las relaciones sociales, que puede pugnar a fondo —es cierto, y a menudo ocurre— con los bienes más altos que se alojan en la justicia. Del otro, el valor político: la integración nacional encomendada al derecho, como lo está a otras manifestaciones y condiciones de la cultura: el idioma, por ejemplo. Las reglas de la conducta y las reglas de la comunicación figuran a la cabeza, probablemente, de los instrumentos integradores. Se teme que la admisión numerosa o excesiva de órdenes jurídicos e idiomas diferentes ponga elementos centrífugos en la sociedad política, la fracture, la fragmente, la destruya.

### III. CONCEPTO DE “INDÍGENA”

En la medida en que ser indígena no apareje consecuencias jurídicas específicas para la administración de justicia, aquel término permanece en sus recintos naturales: la antropología, la historia, la sociología, sin perjuicio de algunas referencias en otros ámbitos de la regulación jurídica. No existe, entonces, una idea, una descripción o caracterización jurí-

dica del indígena que devenga apreciable y aplicable en la administración de justicia. No es esta la situación que prevalece hoy día. Adelante veremos que el derecho mexicano ha incorporado alusiones al indígena y, más concretamente, a los individuos pertenecientes a grupos étnicos indígenas, en la Constitución (artículos 4o. y 27, fracción VII, segundo párrafo) y en los ordenamientos penal (artículo 52, fracción V, última parte) y procesales (artículos del Código Federal de Procedimientos Penales: 95, fracción III; 124, 128, fracción IV; 146, 154, 220-bis, y 223, y del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal: artículos 72, fracción II; 165-bis; 171, 285, 290, 296-bis, y 269, fracción IV).

Así las cosas, el juzgador —sobre todo los tribunales de los fueros penal y agrario— deben establecer a quién se calificará como indígena para los efectos marcados en las respectivas especialidades de la justicia del Estado. En este sentido hay avances importantes, tanto en el plano internacional como en ordenamientos del continente Americano.

Por lo que toca a documentos internacionales, es preciso tener en cuenta las descripciones que contiene el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En éste se estima que los pueblos tribales en países independientes son aquéllos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (artículo 1.1a). Pueblos son los

considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (artículo 1.1b).<sup>1</sup>

En el Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, elaborado por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de Naciones Unidas, se indica que

son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precolonia-

1 Cit. en Beller Taboada, Walter *et al.*, *Las costumbres jurídicas de los indígenas en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, pp. 43 y 44.

les que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.<sup>2</sup>

Me parece posible fijar la identidad del indígena, para los efectos de la administración de justicia a los que se alude en este trabajo, con base en dos elementos característicos: étnico y cultural. En virtud de aquél habrá que considerar una especie de “permanencia de la sangre”: formar parte de una comunidad preexistente a la invasión, conquista y colonización europeas en América. Por lo que hace al segundo dato, interesará el hecho de que el individuo o el grupo vivan en cierto medio cultural, para ellos dominante y cotidiano, con rasgos específicos y diferenciales de los correspondientes a la cultura mexicana común o mayoritaria. Ese medio cultural específico se definirá, entre otros datos, por la existencia de costumbres normativas e instituciones propias.

Así las cosas, no se considerará indígena —para los propósitos que ahora me ocupan— a quien viva en un medio cultural distinto del prevaliente, con los elementos que se han señalado, pero no forme parte de la comunidad a la que esa cultura corresponde: sea un intruso, un visitante, un avecindado, no un descendiente de los pobladores originales. Tampoco se dará el trato de indígena —pese a que étnicamente lo sea— a quien descienda de aquéllos, pero esté integrado en la cultura nacional media: el individuo que salió del círculo de sus ancestros e ingresó en la sociedad ordinaria, con conocimiento, aprecio y observancia de los valores de ésta.

#### IV. LAS FUENTES DEL DERECHO, EL MONOPOLIO ESTATAL DE LA JUSTICIA Y LA PRESUNCIÓN *IGNORANTIA LEGIS*

A la seguridad en las relaciones humanas, a la paz como condición de vida —de libertad y justicia— sirven la claridad y la difusión de las normas que mantienen esa paz y gobiernan esas relaciones. Para ello es preciso reconocer ciertas “fuentes” del derecho: los procesos generadores de las normas vinculantes del comportamiento, y en cierto modo también,

2 *Ibidem*, p. 44.

como se suele decir, el resultado de esos procesos. Así: la legislación (como proceso) y la ley, la formación jurisprudencial y la jurisprudencia definida y obligatoria para los tribunales, la práctica inveterada con poder normativo reconocido y la norma consuetudinaria, etcétera.

El sistema jurídico mexicano es fundamentalmente derecho escrito, estatutario o legislado. Domina la voluntad indirecta de los ciudadanos, expresada a través de sus representantes que legislan, sobre la voluntad directa, manifestada en la conducta cotidiana. En este sentido, el derecho estatutario corresponde a una democracia indirecta, en tanto que el derecho consuetudinario refleja a la democracia directa; aquélla, la del Parlamento; ésta, la de la vida diaria de los ciudadanos. Entre nosotros —como en la mayoría de los Estados— prevalece el orden legislado. En favor de éste, precisamente, dispone el artículo 133 de la Constitución General de la República: la propia Constitución, las leyes que derivan de ella y los tratados celebrados conforme a la misma, son la ley suprema de la Unión. En nada invalida este principio la disposición contenida en el artículo 4o., que antes recordé, a propósito de las costumbres jurídicas de los grupos indígenas.

En México, la costumbre suele militar contra la ley. Esto es, dicho en términos muy generales, una antigua consecuencia de la forma en que se hizo la conquista, avanzó la colonia y se pacificó a los españoles avecindados y a los indígenas rebeldes. La idea de acatar las normas de la Corona, pero no cumplirlas, acabó por instituir un doble sistema: el aparente, mandado por quien tenía el poder de expedirlo, y el real, aceptado o adoptado por quienes poblaban la Nueva España.

De aquí proviene lo que algunos llaman “surrealismo jurídico” mexicano, entendiéndolo o no lo que se halla debajo de esa manera peculiar de legislar y aplicar las leyes. Así las cosas, la costumbre posee una fuerza muy grande, mayor que la que generalmente —y legalmente— se le asigna. Se ha creído, inclusive, que la costumbre había “derogado” normas constitucionales: las referentes al culto público, las sociedades religiosas y la educación confesional, hasta la reforma de esta materia en 1992, y las relativas a la disposición de las parcelas ejidales, hasta las reformas sobre este punto en 1992.

En los términos del derecho estricto —y escrito—, la costumbre, que constituye la fuente característica del derecho en los grupos étnicos indígenas, se subordina siempre a la ley, que la limita o excluye: no tiene efectos derogatorios de ésta, ni funda un orden propio y diferente, al que

deba plegarse la autoridad pública. Tampoco puede causar perjuicio a terceros, que para ello se amparan, con eficacia, en la ley general, única que los obliga, aunque sus “interlocutores” jurídicos invoquen una costumbre que los rijan y los favorezca *de facto*.

A la hora del conflicto, tema toral del derecho y de sus métodos e instrumentos, viene a cuentas la administración pública, oficial, de la justicia. No ignoramos la importancia y la frecuencia de otros medios para resolver el conflicto, planteado como litigio: contradicción calificada de intereses; pretensión de uno y resistencia de otro.

No es importante el campo de la autojusticia, proscrita, en principio, por la Constitución política que a cambio de prohibirla garantiza el acceso a la justicia del Estado. En contraste, hay amplio espacio para la composición privada: espacio cada vez más extenso, en todos los órdenes: el civil, que es su ámbito natural y característico; el social, en el que se pretende siempre conciliar intereses y arribar a convenios: así en las materias laboral y agraria, y hasta cierto punto en los litigios familiares e inclusive los inquilinarios, además de los económicos: contiendas entre consumidores y proveedores de bienes y servicios; y el penal, en el que crece el poder dispositivo de los particulares sobre la procedibilidad persecutoria, como existe —en otros sistemas— la posibilidad de negociación, “arreglo”, entre el inculpado y el Estado que lo persigue y juzga.

En realidad, hay una corriente sensata y más o menos exitosa que favorece la solución privada y consensual de las controversias. Se trata de “desjudicializar” esas soluciones, descargar al aparato judicial de innumerales asuntos que la agobian y pueden hallar solución por otras vías menos formales, difíciles y onerosas, para que aquél pueda dedicar sus fuerzas a los problemas cuya solución escapa de las manos o de la voluntad de los particulares, o en los que debe actuar, necesariamente el Estado.

Ahora bien, la justicia formal sigue siendo monopolio del Estado, como unidad, y se pliega a la ley que proviene de la cultura media prevaleciente y ha sido dictada conforme a los requerimientos y a las convicciones explícitos o implícitos en ésta. Los indígenas no pueden oponer sus medios de justicia: normas, procedimientos e instancias juzgadoras, a los medios de la justicia pública: leyes, juicios y tribunales, más defensores, fiscales y ejecutores. Esa oposición contraviene los principios de legalidad y oficialidad en la privación de bienes y derechos; se contradiría, en suma, todo el sistema que implica el “debido proceso legal”, garantía preciada, que no se pensó para unos individuos, mayoría o minoría, sino

para todos, porque involucra cierta manera —dominante, ufana— de entender el derecho humano a la justicia.

Esa contradicción derivaría en ilicitud, y de tal suerte lo que es absolutamente legítimo para el indígena —o para cualquier otro sujeto que alegue subordinación a un régimen marginado, supuestamente jurídico—, sería absolutamente ilegítimo —hasta punible— para el Estado: tomarse la justicia por propia mano, o peor todavía, consumir delitos por violación de normas “oficiales” de fondo —sustantivas— y de forma —procesales—, en virtud de la discrepancia que apareja la norma indígena en ambos campos. Del mismo modo se trataría a un extranjero que invoque un fuero personal, a cuyo amparo incurra en conductas inadmisibles para el derecho nacional. Debe haber identidad de la norma —para decirlo en términos del sistema extradicional—, y en todo caso lo que vale no es la norma extranjera idéntica a la doméstica, sino la norma nacional, que ignora la existencia de aquélla.

La seguridad y la paz que afirma el orden jurídico se sustentan en la formulación y la observancia de un principio, tan necesario como irreal, establecido a título de presunción absoluta. Se cree o resuelve, en efecto, que todos conocemos la ley y en tal virtud debemos cumplirla; por eso la ley sólo adquiere vigencia cuando se ha publicado, y en la fecha y bajo los términos de la publicación correspondiente. Pero hay más todavía en el radio de esta presunción civil: la ignorancia de la ley no excusa a quien la incumple: *ignorantia legis neminem excusat*. Es decir: puede haber, en efecto, ignorancia, no obstante la publicación del mandamiento que no se ha cumplido; puede probarse, en los hechos, la ignorancia (por tratarse de un hecho negativo, habría que acreditar la imposibilidad o la extrema improbabilidad de enterarse); pero nada de eso importa a la ley civil: el desconocimiento de la ley no excusa a quien actúa con ignorancia del precepto que inexorablemente le obliga.

Vale observar que este principio supone algo más que el simple conocimiento, la noción, de una norma determinada. Significa que quien conoce la norma —la ha leído, ha sabido de ella, ha escuchado sus términos—, también la interpreta correctamente, tal como lo haría el juzgador del más alto rango jurisdiccional cuando debe decidir sobre las características de la conducta sujeta a su jurisdicción. Efectivamente, el alto tribunal que recibe la controversia por la vía de un último recurso, dirá “qué es lo que quiere decir la norma”, con independencia de lo que al respecto sostengan el propio interesado —por mucho que haya leído el periódico ofi-

cial en que apareció publicada—, los tribunales de inferior instancia y los más notables juristas que hubiesen aportado interpretaciones doctrinarias.

El individuo —el indígena, si de él se trata— no sólo sufrirá las consecuencias de su ignorancia consistente en no haber conocido la norma, sino las que deriven de su errónea interpretación del precepto, por no haber coincidido, antes del juicio, con el criterio que sostendría; al término de éste, el tribunal de mayor rango que venga a explicar el verdadero alcance de la norma.

El excesivo rigor de los principios enunciados —que son necesarios, como dije antes— condujo a diversas moderaciones. Se explican, sobre todo, por una doble circunstancia que aparece en México: la existencia de una numerosa población indígena, ajena, en la realidad, al derecho estipulado, y la presencia de una también numerosa población marginada por otros motivos. En ambas hipótesis, la aplicación estricta de las presunciones tradicionales consumaría la inequidad más completa, que además de ser moralmente reprochable sería políticamente perturbadora.

Los autores del Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común, y toda la República, en materia federal, manifestaron que ese ordenamiento se adscribía al “Derecho privado social”: en él se captaban las nuevas corrientes que depararían soluciones más equitativas, distanciadas del derecho civil tradicional. Tales fueron los casos de los artículos 17 y 21. En ninguno de estos casos se aborda de manera directa el tema de los indígenas, pero es evidente que el legislador pensó en ellos al establecer las reglas que dichos artículos recogen.

El artículo 17 del ordenamiento civil permite solicitar la rescisión de un contrato o la reducción de una obligación —no obstante haberse formulado aquél y contraído ésta en ejercicio de la libre voluntad de los sujetos de la relación— “cuando alguno (de ellos), explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga”. Hay, en tal supuesto, una inequidad que deriva de la fortaleza, conocimiento o ventaja de una de las partes, frente al desvalimiento, ignorancia o debilidad de la otra. Claro está que la falta de conocimiento del medio en el que se acuerda la relación jurídica, de sus consecuencias y circunstancias, del idioma en que se pacta, pueden dar ocasión a que se obtenga ese desproporcionado lucro que la ley reprueba.

Por otro lado, el artículo 21 permite eximir de sanción o dar un plazo para el cumplimiento del deber contraído a quien hubiese incumplido la

ley que ignoraba —esto es, pese al principio de ignorancia *legis neminem excusat*—, “siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público”, considerando “el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación, o su miserable situación económica”.

Véase, por una parte, que esta moderación no comprende el caso que se presente bajo leyes que afecten directamente el interés público, al contrario; comprende los supuestos de afectación indirecta de ese interés o de afectación de un interés privado, exclusivamente. Esto incluiría los negocios de derecho privado, civil y comercial, pero no los asuntos regidos inmediatamente por el orden constitucional y administrativo, como las materias electoral y fiscal, por ejemplo. También las leyes penales se hallan en el ámbito de los ordenamientos que abordan cuestiones de interés público, pero el régimen penal contiene soluciones propias, que adelante examinaré.

Por otra parte, obsérvese que los indígenas no quedan en el supuesto del “notorio atraso intelectual”, a no ser que éste se presente en casos específicos, individualmente considerados y con total abstracción de la pertenencia del sujeto a un grupo étnico indígena, exactamente como puede ocurrir con individuos de cualquier otro sector de la población. En cambio, todavía ahora operan, en no pocos extremos, el “apartamiento de las vías de comunicación” y la “miserable situación económica”. De lo que se trata, en fin, es de acreditar que hay desconocimiento de la ley aplicable y que esa ignorancia obedece a alguno de los factores que el artículo 21 señala.

Establecidos esos hechos, devendrá aplicable la consecuencia que aquél estipula: exención de sanción o fijación de un plazo para el cumplimiento omitido. Este plazo deberá ser el que resulte razonable, habida cuenta de las circunstancias del caso, porque de lo contrario se presentaría nuevamente la inequidad que el Código ha querido evitar.

## V. LA VERTIENTE PENAL

Sin desconocer la gravedad que puede tener —y sin duda tiene— la aplicación al indígena de normas dictadas por y para otra cultura —dígallo, si no, el despojo de tierras consumado al amparo de una legislación extraña a la cultura indígena— es obvio que las más severas consecuen-



cias y las más insoportables injusticias provienen de la aplicación de la ley penal, en la medida en que ésta contiene, por definición, las reacciones jurídicas de mayor rigor, inclusive cuando recoge la tendencia —como sucede en México, desde hace dos décadas— de prescindir de penas privativas de libertad o reducir la duración y la intensidad de éstas.

Por otro lado, es preciso tomar en cuenta que difícilmente podría generalizarse la inobservancia de la ley penal, debido a la índole de las cuestiones que ésta regula. Aquí cabe distinguir entre dos extremos. Uno es el supuesto de la legislación penal excesiva, inmoderada, que pretende gobernar las relaciones sociales con el máximo rigor y a través de una suerte de “terrorismo punitivo”, propio de sociedades atrasadas o de regímenes autoritarios. En tal caso, bien podría prescindirse de sancionar supuestos “delitos”, creados artificial e innecesariamente por los ordenamientos punitivos.

Otro, muy diferente, es el caso que se observa con celo, el principio de “mínima intervención penal” del Estado: sólo se tipifican, a título de punibles, las conductas que verdaderamente impiden la paz social o quebrantan a fondo las normas de la convivencia: los delitos alguna vez llamados “naturales”, como el homicidio o la violación, por ejemplo. En este último supuesto, difícilmente podría generalizarse la exclusión de la ley penal, so pena de afectar profundamente la paz pública y el respeto a los más preciados bienes del individuo.

Ahora bien, aunque es posible y pertinente establecer con buenas razones el deslinde que se formula en los párrafos anteriores, el hecho es que la misma ignorancia, extrañeza o alejamiento cultural que propician o exculpan a los autores de unas conductas concurren a exculpar a los responsables de las otras. El problema no reside, ciertamente, en la gravedad del comportamiento, visto desde cierta perspectiva, sino en la distancia entre las culturas que formulan sus propios códigos de conducta. A menudo, los comportamientos más intensamente ilícitos —en nuestro concepto—, tienen esta misma naturaleza en otros medios, pero también es frecuente que en éstos se exculpen o justifiquen, sin vacilación alguna, conductas que juzgamos reprobables: tienen que ver, a veces, con el método para hacer justicia —la autojusticia—, acerca de la cual hay nociones diferentes y discrepantes, o con la forma de establecer ciertas relaciones jurídicas: así, las de carácter familiar.

## 1. Tipificación

Prácticamente han desaparecido las tipificaciones que sólo consideraban o, en contraste, sólo excluían para fines incriminatorios a cierta categoría de personas. Hoy los sujetos activos pueden ser cualesquiera personas, independientemente de consideraciones de raza, nacionalidad, sexo, cultura, etcétera; sin perjuicio de que en algunos casos el tipo penal exija determinados elementos característicos del activo según la especie delictuosa de que se trate (por ejemplo, la condición de mujer en el pasivo del aborto, o de empleado o funcionario —como antes se decía, y sigue diciendo el derecho administrativo—, en la familia de delitos cometidos por servidores públicos, y así sucesivamente).

En consecuencia, no hay delitos “cometidos por indígenas”, y tampoco exclusión del delito en virtud de que el autor o participante sea miembro de una comunidad indígena. Empero, subsisten algunas salvedades a este principio general, que traslada al ámbito penal la regla de igualdad de todos los hombres ante la ley. Tal sucede, *verbi gratia*, en la reserva que formuló nuestro país al adherirse al Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas: los compromisos punitivos consignados en este instrumento internacional no se traducirán en sanción penal por el uso mágico-ritual de hongos alucinógenos y peyote por parte de algunos grupos étnicos.<sup>3</sup>

## 2. Imputabilidad

A veces se ha examinado el problema de los indígenas frente a la ley penal desde la óptica de la imputabilidad. Ésta es, dicho en términos prácticos, una capacidad de derecho penal —es decir, de ser sujeto de derecho penal: individuo a quien se pueda aplicar la norma represiva—, o capacidad de culpabilidad, o capacidad de responsabilidad. A partir del Código Penal italiano, sobre todo, comúnmente se afirma que la imputabilidad es una capacidad de comprender el deber —o el carácter ético o jurídico: licitud o ilicitud— de la conducta, y determinarse conforme a esa comprensión, esto es, gobernar la propia conducta a la luz de la valoración ética que haga el sujeto.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Cfr. la referencia a este asunto en mi libro *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*, 3a. ed., México, Trillas, 1977, pp. 81 y 82.

<sup>4</sup> Cfr. mi examen de la cuestión en *La imputabilidad en el derecho penal mexicano*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 13-19. Alfonso Reyes E. considera

Puesta así la imputabilidad, conforme a una descripción positiva, la consecuencia lógica es que cada vez que no exista dicha capacidad de entender o de querer, el individuo devendrá inimputable y quedará exento de consecuencias punitivas —aunque no de otras consecuencias jurídicas— por su conducta penalmente típica, salvo que haya provocado dolosa o culposamente tal incapacidad, pues en este caso responderá plenamente por la conducta desplegada (acciones libres en su causa).

Sin embargo, es frecuente que la ley —tal es el caso de la ley penal mexicana— se refiera a la inimputabilidad al establecer las causas que excluyen la responsabilidad penal, la incriminación o el delito, y que estíple los factores de la inimputabilidad, restringiendo así la apreciación del juzgador acerca de las fuentes de ésta: sólo se alude al trastorno mental o al desarrollo intelectual retardado como causas de inimputabilidad.

En general, no existe inimputabilidad asociada a la condición de indígena, salvo que se padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, supuestos en los que la exclusión penal tomará en cuenta solamente estos datos —no aquél—, exactamente como lo haría en el caso de cualquier otra persona. Empero, en la legislación michoacana hay una excepción a este principio. En efecto, la fracción II del artículo 16 del Código Penal para esa entidad federativa —en la que existe una vasta población indígena purépecha— dice que es causa de inimputabilidad, específicamente, “la condición de indígena analfabeto no integrado a la civilización”.<sup>5</sup> Aquí el juzgador ya no entrará a averiguar si el señalado como inimputable padece alteración mental, desarrollo intelectual retardado o sordomudez congénita. Se concretará a acreditar tres extremos: que el individuo es indígena; que es analfabeto; y que, siendo esto último, no está “integrado a la civilización”. Para ello deberá tomar en cuenta la distancia entre los bienes y valores prevalecientes en la llamada “civilización”,

que la imputabilidad es “la capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión”. Dicha capacidad refleja “un modo de ser para un modo de actuar...”. *La inimputabilidad*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1976, p. 31.

5 En la Exposición de Motivos del Código se indicó: “es un hecho bien conocido, que en determinadas partes geográficas de nuestro Estado, existe numerosa población indígena, dentro de la cual algunos de sus componentes son analfabetas y no están integrados a la civilización y siendo esto una realidad innegable, procede determinar la causa de inimputabilidad la condición de indígena analfabeto no integrado a la civilización, para que en aquéllos casos en los que se demuestre aquella causa eximente de responsabilidad, tal persona sea objeto de medidas de seguridad y no de sanción Penal”. Código Penal del Estado de Michoacán, Morelia, Ed. Oficial, 1980.

que es la cultura media nacional y los que guían al indígena cuya inimputabilidad se examina.

Conviene recordar ahora que la reforma de 1993 al Código Penal estableció, como sucedía en ordenamientos de nuestro derecho histórico, un doble alcance de la inimputabilidad. En efecto, existe inimputabilidad plena, que excluye el delito pero no la sanción consistente en tratamiento (perseverante consecuencia de lo que los autores del texto original de 1931 llamaron “responsabilidad social”, que no se aviene bien, en rigor, con la exclusión del delito), y hay inimputabilidad sólo disminuida: “considerablemente” disminuida, dice el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 15, poniendo a cargo del juzgador la definición de la frontera entre la capacidad disminuida en forma considerable y la disminuida en forma no considerable, es decir, menor o menos grave.

Ahora bien, la imputabilidad disminuida penalmente relevante debe tener como causa cualquiera de los factores enunciados, en general, por la fracción VII del artículo 15: trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, supuestos que, como vimos, no son aplicables al indígena por su condición de tal. Esa capacidad disminuida trae consigo reducción de la pena —hasta dos terceras partes de la que correspondería al delito cometido—, imposición de la medida de seguridad para inimputables (tratamiento), o pena y medida, “en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor” (artículo 69 bis).

### 3. *Error de derecho*

Se ha considerado que el error de derecho excluye la responsabilidad penal, en cuanto constituye un aspecto negativo de la culpabilidad. He aquí la solución penal sobre el problema de la ignorancia de la ley que antes examinamos a propósito del derecho civil. El tema fue abordado, resueltamente, en las reformas al Código Penal provenientes de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública, que llevé adelante en 1983, como procurador general de la República. En ese año fue incorporado el artículo 59 bis en el mencionado Código, que promovió comentarios favorables y tuvo su origen preciso, como oportunamente se indicó, en planteamientos hechos durante la Consulta en el estado de Chiapas.

El artículo 59 bis, que diez años más tarde sería derogado, manifestó: “Cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la Ley Penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo

atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte de la pena correspondiente al delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso”.

Así quedaron recogidos el *error juris* y la *ignorantia legis*, condicionados, sin embargo, a que fuesen invencibles. El error y la ignorancia vencibles no aparejaban el trato penal benévolo previsto en ese precepto. Aquí se alude al “extremo atraso cultural” y “aislamiento social” del sujeto. Aquél se ponderó en función de la cultura media prevaleciente; obviamente, no bastaba con “cierto” rezago: era indispensable, habida cuenta de las consecuencias legales en este supuesto, que dicho atraso fuera “extremo”. Quedaba facultado el juzgador para optar entre una drástica reducción de la pena, que podría ser de “hasta” la cuarta parte de la aplicable (no apenas una cuarta parte menos, lo cual permitiría aplicar tres cuartas partes de la sanción prevista) en el caso de que no mediasen error o ignorancia; o bien, tratamiento en libertad.

Esta última posibilidad ofrece máximo interés. Como se sabe, el tratamiento en libertad fue incorporado en la legislación penal federal y del Distrito Federal en 1983, junto con otros instrumentos sustitutivos de la prisión. Así se consumó uno de los más importantes progresos del derecho penal mexicano en las últimas décadas. En la especie, el tratamiento en libertad permitiría la acción educativa sobre el sujeto, sin privarlo de libertad, medida que podría resultar particularmente equitativa y sensata en casos de delincuencia de indígenas, en vez de aplicar necesariamente, como antes sucedía en la ley federal, una pena privativa de libertad.

En 1993, en un amplio proceso de reformas penales y procesales, acertadas muchas de ellas, erróneas o irrelevantes otras, fue suprimido el artículo 59 bis y la materia quedó recogida, de otra forma, en el modificado texto del artículo 15. Se trata de un supuesto de exclusión del delito —ya no, como antes se decía, de la responsabilidad penal—, estipulado en la fracción VIII. Esta resuelve dicha exclusión cuando el sujeto realice la acción o la omisión constitutivos de la conducta típica bajo un error invencible “respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta”.

La consecuencia de la exclusión del delito es, evidentemente, la supresión del castigo. Este efecto parece razonable, desde cierta perspectiva, pero ofrece desventaja en cuanto prescinde de la oportunidad para brindar atención educativa a una persona que efectivamente incurrió en

conducta ilícita. Para que haya sanción penal se requiere que el error sea vencible: entonces procederá hasta una tercera parte de la pena aplicable al delito de que se trate (artículo 66). Por la técnica adoptada en las reformas de 1993, resulta posible el tratamiento en libertad de quien delinque en situación de error vencible, en virtud de la sustitución de las penas breves privativas de libertad.

#### 4. *Proceso*

En el curso de la reforma procesal de 1990, que alcanzó tanto al Código federal como al distrital, se puso énfasis, por primera vez, en la pertenencia del sujeto a un grupo étnico indígena. La intención fue, en el fondo, protectora o en todo caso equilibradora del trato penal a esta categoría de individuos. Los textos legales no distinguen entre mexicanos y extranjeros. Por ello, considero que ese trato —que no es, en modo alguno, impunidad o enjuiciamiento especial— debe alcanzar a quienes formen parte de los grupos étnicos indígenas asentados en cualquier país iberoamericano.

En este orden de cosas, la preocupación del legislador conduce a una mejor individualización de la pena, que a su vez puede reflejarse en la entidad de ésta —por el régimen de sustitutivos— o en su cuantía —entre los extremos máximo y mínimo que la ley previene—. No implica, como observé inmediatamente antes, ni exclusión de sanciones (asunto que, por lo demás, queda a cargo del Código sustantivo), ni enjuiciamiento especial: en el de indígenas se aplican las formas procesales ordinarias.

Se impone al Ministerio Público y al juzgador el deber de considerar en la documentación del procedimiento “la pertenencia del inculcado, en su caso, a un grupo étnico indígena y las prácticas y características que como miembro de dicho grupo puede tener”. Como se ve, la atención sobre indígenas —que tiene las características procesales que adelante menciono— debe existir tanto en la averiguación previa como en el proceso judicial. Por supuesto, no se trata de una simple referencia para fines estadísticos, sino de un avance en el sentido de la intermediación, que a su vez constituye un agente eficaz e indispensable para el desempeño del arbitrio judicial y la individualización de las consecuencias jurídicas en el caso concreto.

La misma preocupación individualizadora se halla en otras normas, que recogen el estudio de la personalidad del inculcado, *conditio sine qua*

*non* del racional arbitrio del juzgador, que no puede dejarse a la “intuición” o a la “experiencia” de éste, y menos a sus propios “juicios” o “prejuicios” psicológicos. Por eso se previene un estudio de personalidad *sui generis*, que puede exigir, además, un dictamen antropológico de alcance mayor. En efecto, “cuando el inculpado pertenezca a un grupo étnico indígena, se procurará allegarse dictámenes periciales, a fin de que el juzgador ahonde en el conocimiento de su personalidad y capte su diferencia cultural respecto a la cultura media nacional”. En el proceso de la reforma se apuntó la necesidad de contar en todo caso con ese dictamen étnico-cultural; al cabo se reguló el asunto en forma menos imperiosa: el juez “procurará allegarse dictámenes...”.

No hay norma especial sobre la valoración de los dictámenes. En tal virtud, se apreciarán en la misma forma que cualesquiera otras conclusiones de expertos: el juez es “perito de peritos” y valora el dictamen, que no lo obliga. Sin embargo, debiera siempre establecer los motivos por los que se aparta del parecer de los especialistas, so pena de incurrir en un simple capricho sin sustento técnico, científico o artístico. Así las cosas, cuando el juzgador rechaza la supuesta pertenencia del inculpado a una comunidad indígena, con las consecuencias que esto apareja —sobre todo desde el punto de vista material, a propósito del *error juris* o la *ignorantia legis*—, contrariando el dictamen antropológico al que debe recurrir en caso de duda, deberá expresar los motivos que sustentan su opinión discrepante.

La reforma procesal ha puesto el acento sobre la designación de traductor (en realidad, intérprete, pues se trata de transmitir oralmente el mensaje, no sólo de trasladarlo por escrito) para el inculpado que no hable o entienda suficientemente el idioma castellano (artículos...). La omisión en este punto apareja reposición del procedimiento, esto es, implica un vicio procesal importante, que obliga a anular lo actuado desde el momento mismo en que se presentó la falta.

Es plausible la intención del legislador que reitera la necesidad de traductor (ya considerada por los textos legales anteriores a 1990), y ciertamente beneficia al inculpado desconocedor del castellano, que puede ser un indígena monolingüe o un extranjero. Esto resuelve, en la generalidad de los casos, el problema de comprensión y defensa del extranjero, que a menudo participa en una cultura semejante o idéntica a la del común de los mexicanos. Pero no se resuelve también —aunque se deba mantener la estipulación citada, por supuesto— el problema de comprensión del indígena, que tiene una causa diferente y es mucho más profundo.

Es obvio que no basta con trasladar ideas de un idioma a otro, si persiste —como en la especie ocurre— la extrañeza del reo con respecto a la cultura en que se sustenta el derecho que lo incrimina y por el que se le juzga. No basta con la transmisión de palabras que describan el rito procesal: sería necesario trasladar al sujeto el sentido y el aprecio valorativo de la cultura que sustenta las normas penales, esto debió ocurrir antes de que se presentara la conducta delictuosa, y para que no ocurriera. La aparente solución procesal, que aporta beneficios indudables, no resuelve, en modo alguno, el asunto de fondo. Se habrá cumplido el mandato del artículo 4o. constitucional, que garantiza a los indígenas “el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado”, pero no se habrá satisfecho suficientemente, más allá de este punto de forma, el requerimiento sobre justicia de fondo.

## 5. Sanción

Ya me referí a la individualización de las sanciones, en general. Se trata de la determinación casuística de la pena: primero judicial; luego administrativa, que es, en México, el cauce para que se integre la mayor individualización posible en la actuación del *ius puniendi*. En este orden de cosas, el artículo 52 del Código Penal, también reformado en 1993, sin que hubiese verdadera necesidad de hacerlo, establece el principio general de que el tribunal “fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito”. El juzgador ha de tomar en cuenta, así, dos criterios de calificación: la justicia y la procedencia de la pena. Esto último tiene que ver, probablemente, con la pertinencia en el estricto sentido legal de la palabra: que la ley prevea cierta sanción para determinada conducta punible y que la determinación del juez se ajuste, en consecuencia, a esa prevención y no la ignore o invoque alguna otra, extraña al caso que en la realidad se ha presentado.

En cuanto a la justicia, el juzgador deberá hacer una apreciación valorativa que excede, con mucho, el mero enlace lógico jurídico entre tipo acreditado y sanción aplicable, que caracteriza la definición sobre procedencia de la sanción. La identidad de la justicia es uno de los temas más arduos de la filosofía del derecho, que no puedo examinar aquí. Tal vez baste con decir que el juzgador deberá resolver qué es lo que corresponde al delincuente (y a su víctima, habida cuenta del derecho a la reparación de daños y perjuicios, así como a la sociedad, agraviada por el delito y necesitada de protección estatal) en relación con el delito que ha cometido.



do: en otras palabras: “darle lo que le corresponde”, lo que es “suyo”, así se trate de esta versión negativa (punitiva) de la justicia: el *suum qui-que tribuere* que venga al caso.

La base para la fijación de las sanciones estriba en “la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente”. Al hacer esta declaración, el primer párrafo del artículo 52 pretende alejar del Código la referencia a “peligrosidad” o “temibilidad”, conceptos que, sin embargo, regresan inexorablemente por múltiples vías y con diversas denominaciones, más o menos elusivas, tanto al proceso como a la sentencia.

Con respecto a lo anterior, conviene considerar que la legislación procesal —siguiendo el rumbo trazado, sin verdadera fortuna, por las reformas de 1993 a los artículos 16 y 19 de la Constitución— ha “resuelto por decreto” lo que es el tipo penal, asunto regularmente encomendado a la doctrina, en la que existen diversos pareceres sobre el particular.<sup>6</sup> También hay norma a propósito de la probable responsabilidad: para decidir sobre ésta, “la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad” (artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del correspondiente al Distrito Federal).<sup>7</sup>

Además de las consideraciones generales contenidas en el artículo 52, para guía del tribunal en la individualización, la segunda parte de la fracción V recoge una dedicada específicamente al indígena, a saber: “Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además (de los otros datos indicados en esa fracción y en las precedentes), sus usos y costumbres”.

Por supuesto, esta norma no autoriza, por sí sola, a eximir de sanción al indígena, pero contribuye a la determinación de las sanciones (que también se podría hacer sin el texto específico, habida cuenta de los términos generales del artículo 52) en entidad, cuando haya alternatividad o quepa la sustitución, y en cuantía, entre los mínimos y máximos que la

6 Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999, los artículos 16 y 19 de la Constitución fueron modificados. Se regresó a la expresión “cuerpo del delito”. Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de mayo de 1999, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se reformó para indicar qué se entiende por “cuerpo del delito”.

7 Actualmente el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales señala en el tercer párrafo que “la probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

ley dispone. Así las cosas, el tribunal puede preferir, cada vez que sea necesario y prudente, la medida restrictiva de libertad, y no la privativa, y en la misma forma puede ponderar las características que en el caso concreto puedan revestir el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, posibilidades, todas ellas, que ampliarán la operación de la equidad en la justicia penal para indígenas.

## 6. Ejecución

Bajo el texto constitucional, todo el sistema penal, no sólo la ejecución de penas, se organiza para alcanzar la readaptación social del delincuente. Así cobran sentido finalista las estipulaciones sustantivas y adjetivas. El legislador penal ha de tener en cuenta ese *desideratum* a la hora de establecer las sanciones, y lo mismo deberá hacer el legislador procesal cuando examina los principios y las formas del enjuiciamiento. Sin perjuicio de esto, es evidente que la readaptación se aprecia más claramente, con más vida y elocuencia, en la etapa de ejecución de la condena.

Es en esa etapa, precisamente, donde entran en juego los instrumentos que la técnica ha diseñado para obtener ese objetivo supremo; y es aquí, como sabemos, donde se muestra la grave crisis en la que caen las ideas y los ideales a propósito del régimen penal —convertido en un régimen readaptador, redentor inclusive: *ius readaptandi*, mejor que *ius puniendi*—, enfrentadas a la violencia, la ignorancia y la corrupción que a menudo caracterizan nuestro sistema de ejecución de sanciones.

No es fácil, por cierto, establecer inequívocamente en qué consiste la readaptación social del indígena que delinquirió. ¿Se trata de prepararlo para el retorno a la comunidad indígena, estimulando la observancia de las normas y los valores que prevalecen en ésta? Eso no tendría sentido cuando semejante observancia se ha traducido en delito. ¿Se pretende extraerlo de su medio natural y legítimo, para trasladarlo a uno diferente, el medio general, donde campea la cultura que calificó como delictuosa la conducta que el indígena supuso lícita? Tampoco parece razonable dar este alcance a la readaptación social. No puede tratarse de otra cosa que de dotar al sujeto de los conocimientos, las habilidades y las referencias culturales que le permitan, en ejercicio de su (relativo) albedrío, ajustar su conducta al patrón cultural que informa la ley penal general.

El problema de la ejecución de sanciones se plantea con especial importancia en el ámbito de la prisión y de los sustitutivos de ésta. Aquí se

agudiza, aún más, la paradoja de querer preparar al hombre para la libertad, utilizando para ello el extremo opuesto de la libertad: la reclusión. En ocasiones la ejecución de condenas aplicadas a indígenas ha llevado a verdaderas aberraciones, so pretexto de resolver otros desaciertos de semejante gravedad. Tal sucedió cuando para aliviar la sobrepoblación en las cárceles de Chiapas (para “despresurizar” las prisiones, como se ha dicho con un término extravagante), se envió a centenares de reclusos, indígenas muchos de ellos, a la colonia penal de Islas Marías.

Valdría la pena recordar —como sugerencia para construir medidas más eficaces y razonables— las soluciones aportadas al problema de ejecución de condenas de extranjeros, que es justamente la contraria —en los términos del artículo 18 constitucional, adicionado en 1976-1977— de la representada por esos traslados de indígenas: el retorno del extranjero a su país de origen o destino, esto es, la verdadera “repatriación”, no el extrañamiento que supone la estancia en un medio distinto de aquél en el que vivirá una vez cumplida la sentencia.

## VI. LA PROTECCIÓN DEL INDÍGENA

El choque de la conquista española, etapa consecuente a la invasión, y el proceso de colonización que acarrió la imposición de normas, instituciones y valores foráneos, para establecer sobre ellos la nueva nación y, en su hora, el Estado venidero, puso frente a frente dos corrientes en el grupo mismo de los invasores. De un lado se hallaron quienes pretendían avasallar a los indios, con el mayor despliegue de fuerza y aduciendo derechos naturales derivados de la conquista y la misión evangelizadora. A éstos se enfrentaron otros europeos, que postulaban el respeto a la condición humana de los indios, con el mismo rango de los españoles, la protección de sus bienes y la preservación de sus derechos, más la evangelización practicada con caridad cristiana.

De esa segunda corriente, invariablemente derrotada merced a los Cortés, Alvarado, Nuño de Guzmán y otros conquistadores implacables, pero siempre activa, en virtud de los Vasco de Quiroga y Las Casas, provienen varias instituciones de entonces y, de modo indirecto, algunas de ahora. Antes hubo una “protección ex charitate y extraoficial”, que luego encarnaría en el cargo oficial de Protector de los Indios, designación que recayó primero en fray Julián Garcés, por disposición de Carlos V, el 24 de enero de 1528. Adelante se otorgó la misma encomienda a fray Juan

de Zumárraga.<sup>8</sup> En cédula del 17 de mayo de 1582, Felipe II reiteró la voluntad de que los indios “no padezcan vejaciones y tengan el remedio y amparo conveniente por cuantas vías sean posibles”. Recordó el monarca que sobre este punto ya se habían despachado “muchas cédulas nuestras proveyendo que (los indios) sean bien tratados, amparados y favorecidos, las cuales se deben ejecutar sin omisión, disimulación ni tolerancia”. En el mismo documento, colmado de buenos deseos que no fueron muy lejos, el rey encareció a los arzobispos y obispos que en toda ocasión dispusieran “lo que convenga para evitar la opresión y desórdenes que padecen los indios”.<sup>9</sup>

Los mismos avasallados pidieron al rey de España la designación de un protector. En carta a Felipe II, varios indígenas principales se quejaron diciendo que “son muchos los agravios y molestias que recibimos de los españoles, por estar entre nosotros y nosotros entre ellos...”; añadieron: “padece cada día tantas necesidades y somos tan agraviados que en breve tiempo nos acabaremos, según cada día nos vamos consumiendo y acabando porque nos echan de nuestras tierras y despojan de lo que es nuestro...”. En consecuencia —concluyeron—

pedimos y suplicamos nos señale al Obispo de Chiapas don fray Bartolomé de las Casas para que tome este cargo de ser nuestro protector... y si acaso el dicho Obispo estuviera impedido por muerte o enfermedad, suplicamos a Vuestra Majestad que nos señale entonces una principal persona de toda cristiandad y bondad a la cual recurramos...<sup>10</sup>

En estos años, para la defensa de los derechos humanos y con el ejemplo de los *ombudsmen* de otros países, en México se instituyeron algunos organismos de este carácter. Entre ellos vale señalar a dos destinados, específica o predominantemente, a la atención de indígenas: la Procuraduría de la Defensa del Indígena, del estado de Oaxaca, creada en 1986, y la Procuraduría Social de la Montaña, del estado de Guerrero, establecida en 1987.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Cfr. Cuevas, Mariano, *Historia de la Iglesia en México*, México, Porrúa, 1992, t. I, pp. 252 y 253.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 259.

<sup>10</sup> Cit. en León-Portilla, Miguel, *América Latina. Múltiples culturas, pluralidad de lenguas*, México, El Colegio Nacional, 1992, pp. 5-7.

<sup>11</sup> Cfr. Aguilar Cuevas, Magdalena, *El Defensor del Ciudadano (ombudsman)*, México, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 127-130, 355-359 y 405-412.

## LOS INDÍGENAS ANTE EL DERECHO NACIONAL \*

SUMARIO: I. *La cuestión indígena*. II. *Hacia un derecho indígena. Normas y protagonistas*. III. *Los ámbitos del nuevo derecho*. IV. *Las autonomías y el derecho social*. V. *Algunos temas del artículo 4o. constitucional*. VI. *El derecho consuetudinario*. VII. *El problema agrario*.

### I. LA CUESTIÓN INDÍGENA

Con resultados generalmente modestos, tomando en cuenta la dimensión de la tarea, la retórica ha batallado en los caminos del indigenismo. Fue retórica, en buena medida, la defensa de los derechos que hicieron los reyes católicos. Tampoco llegó demasiado lejos en la realidad escueta, no obstante su empeño formidable, la cruzada de fray Bartolomé de las Casas. A lo que algunos llamarían, escandalizados, la “leyenda negra”, para lección de misioneros indóciles, urdida sobre el misionero Las Casas. Sin embargo, las impugnaciones lascasianas tal vez moderaron —rara expresión en este campo— las arremetidas de los colonizadores.

En lenguaje hechizo, los estadounidenses propusieron su propia versión piadosa una vez asegurado el enclaustramiento de los indios en reservas: “Mientras fluya el agua, o la hierba crezca sobre la tierra, o el sol se levante para mostrarnos el camino... —dijo el senador Sam Houston en 1854—, os protegerá este gobierno y nunca se os volverá a expulsar de vuestros actuales asentamientos”.<sup>1</sup>

\* En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre de 1996, pp. 887-918. Prosigue aquí el estudio que inicié en mi artículo “El indígena y la justicia. La vertiente penal”, *Anuario 1993 del Seminario de Cultura Mexicana*, México, 1993, pp. 67-96 (este artículo también forma parte de esta obra pp. 201-224.). La base para el presente trabajo fue mi intervención en la mesa redonda sobre “Los indígenas ante la historia y el Derecho”, desarrollada en el Archivo General de la Nación, el 24 de enero de 1996. El texto que ahí presenté fue publicado en el periódico *Excélsior* del 25 de enero, bajo el título de “Los derechos de los indígenas”.

1 Cit. Limpens, Frans, “Los pueblos indígenas en la línea de fuego”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994, p. 50.

La dominación de los pobladores originales de nuestro continente —es decir, el ejercicio del poder y la subordinación— se hizo por una doble vía, la más eficiente y segura. Por una parte, el dominio del espíritu; por la otra, el de la tierra. Alma y cuerpo: en ellos se instala, circula, se afianza el poderío. Lo que fue evangelización, hoy es integración o aculturación. Los insumisos oponen el derecho a la cultura propia, que es una garantía de identidad moral y supervivencia. Y lo que fue conquista hoy es economía moderna o dispersión agraria. Los mismos insumisos oponen el derecho a formas inviolables de tenencia de la tierra, que es una garantía de identidad material y, no menos, de supervivencia. Esta es la síntesis dialéctica. Persiste con escasas modificaciones.<sup>2</sup>

Cuando hablamos de la cuestión indígena, estamos aludiendo a la suerte de millones de habitantes de Iberoamérica, pertenecientes a numerosas etnias, comunicadas por muchos rasgos del origen y la realidad presente, y separadas, a veces, por honduras insondables. No es razonable, pues, identificar a los indígenas como un solo conjunto homogéneo y simétrico. Por lo que respecta a México, se dice que hay cincuenta y seis o sesenta etnias,<sup>3</sup> que abarcan entre el 10 y el 15% de la población nacional. “Esta indefinición —observa Stavenhagen— tiene sus ventajas y sus desventajas”: coincide con los criterios liberales acerca de la igualdad formal y la cultura nacional, y obstruye la acción pública en favor de los núcleos indígenas.<sup>4</sup> En el conjunto hay grupos indígenas numerosos, con notable

2 Con una expresión rotunda, Stefano Varese resume lo que denomina “la historia negada”: “Desmembramiento civilizatorio, utopía y clandestinidad marcan el pensamiento y la memoria histórica de los pueblos indios y constituyen la estructura ideológica de formas seculares de su resistencia cultural y de las manifestaciones cíclicas de sus nacionalismos étnicos”. “Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena”, en Varios autores, *El “arreglo” de los pueblos indios: la incansable tarea de reconstitución*, México, Secretaría de Educación Pública/Gobierno del Estado de Chiapas, Instituto Chiapaneco de Cultura, 1994, p. 438. Rodolfo Stavenhagen observa que “la subordinación de los pueblos indígenas al Estado-nación, su discriminación y marginalización, han sido generalmente el resultado de la colonización y el colonialismo. En el marco de los países políticamente independientes, la situación de los pueblos indígenas y tribales puede ser descrita en términos de colonialismo interno”. “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, en Varios autores, *Antropología Jurídica*, México, UNAM, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 113.

3 González Galván, Jorge Alberto, *El Estado y las etnias nacionales en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 152.

4 Cfr. *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, El Colegio de México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, p. 305. El mismo autor manifiesta que “en muchos países, al no existir otros criterios válidos, la única medida para determinar la existencia de la población indígena, y cuantificarla, es su idioma”. “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, *op. cit.*, p. 99. Los hablantes de lenguas indígenas en México son —bajo el censo de 1990— 6,411,972 personas (la cifra incluye a los menores de cinco años), que constituyen el

presencia, al paso que subsisten otros sumamente reducidos, con un horizonte breve y comprometido.<sup>5</sup>

En fin, tenemos a la vista la “cuestión indígena”, que no se confunde con ninguna de sus implicaciones, entre ellas la otra cuestión persistente: la agraria; que trae consigo distancias abismales entre la cultura media nacional —y el respectivo derecho, por supuesto— y la cultura de los antiguos pueblos, más o menos superviviente; que apareja maltrato, humillación, despojo; que enciende la violencia; que reclama, en suma, una atención inteligente, resuelta y solidaria. Lo único imposible —por injusto y peligroso— es dejar las cosas como se encuentran, que es, hasta cierto punto, mantenerlas como se han encontrado durante siglos. Tenemos al frente un asunto que exige reflexión y trabajo. Habrá que legislar sobre esta materia; pero no bastará, ciertamente, con expedir leyes y reglamentos; nunca ha bastado.

## II. HACIA UN DERECHO INDÍGENA. NORMAS Y PROTAGONISTAS

Hoy —esto es, desde hace relativamente poco tiempo, frente al tiempo absoluto de la “cuestión indígena”— se observan ciertas novedades. Entre ellas figuran la tendencia a constituir un derecho indígena, fuente de derechos colectivos e individuales de los indígenas; y la decisión de los indios sobre su presencia y autoridad en su propia vida: de testigos o destinatarios, pasan a sujetos y protagonistas. En suma, en el espacio de los viejos americanos ocurre, vacilante todavía, lo que sucedió hace siglos en el espacio de los europeos. Las novedades de aquí son antigüedades allá.

### 1. *Una nueva decisión política fundamental*

Por lo que hace al derecho indígena; poco a poco se formaliza un rasgo del constitucionalismo iberoamericano —tan característico de éste

7.89% de la población total en aquel año: 81,249,645. *Cfr.* Valdés, Luz María, *Los indios en los censos de población*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1995, pp. 74 y 102.

5 El tema se mencionó frecuentemente en el proceso de la reforma constitucional de 1991. En su revisión de las autoctonías, González Galván reproduce datos interesantes. Junto a las autoctonías más o menos fuertes, figuran otras con población escasísima: cochimi (148 habitantes), cucapa (136), jova (300), kikapu (232), kiliwa (41), kumiai (96), lacandona (300), mexicanera (496), motozintleca (235), ocuilteca (755), ópata (5), pai-pai (223), pápago y pima (306), seri (561). *Cfr. El Estado y las etnias nacionales en México*, pp. 170 y ss. *Cfr.* la información que recoge Luz María Valdés acerca de las lenguas indígenas, en *Los indios en los censos...*, *cit.*, pp. 82 y ss.

como el *ombudsman* lo fue del escandinavo—, a saber: la emergencia en los textos constitucionales modernos de los más remotos personajes: los indios, detenidos en el umbral de las leyes y expulsados de esta víspera por el derecho liberal del siglo XIX.<sup>6</sup> Es común la referencia al arrasamiento que este derecho —en aras de la igualdad de los hombres ante la ley y de la exclusividad y fortaleza del Estado nacional— consumó con respecto a los sujetos indígenas, colectivos e individuales.<sup>7</sup>

Esa aparición de una “norma constitucional indígena” no ocurre, sin embargo, en todos los países del continente. Sucede en algunos con importante población indígena,<sup>8</sup> y extrañamente en varios donde estos grupos son relativamente reducidos (Argentina, Costa Rica y Brasil, uno de los precursores de las instituciones indigenistas).<sup>9</sup>

Es necesario precisar el “juego” de la cuestión indígena dentro de las decisiones políticas fundamentales que recoge un texto constitucional. Aquéllas, entraña de la determinación jurídica general, exigen la subordinación de todo el sistema normativo: esa es la pretensión natural de una decisión política fundamental, so pena de que pierda este último carácter. Ahora bien, vale tomar en cuenta que si se pretende una gran reforma constitucional, que advierta la existencia y eficacia del tema indígena, con su notable cauda de consecuencias, en rigor se estará abriendo la puerta a la formulación de una nueva decisión política fundamental, que requerirá un “reacomodo” del conjunto. Esto no pugnaría necesariamente, en mi concepto, con las mayores adquisiciones jurídicas históricas, de las que depende la justificación del orden jurídico mismo —como son, claramente, los derechos básicos de la persona humana—, pero podría

6 Las teorías en boga persiguieron la unidad nacional y reconocieron a los indígenas la calidad de “nacionales”. Esto significó a los indios “la pérdida de más de la mitad de sus tierras y la pérdida del reconocimiento de sus sistemas jurídicos consuetudinarios”. González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, p. 124.

7 La desaparición jurídica de las comunidades puso un obstáculo radical a posibles derechos colectivos de los pueblos indios. Wistano Luis Orozco observa que “ninguna ley federal ha declarado disueltas esas comunidades (de indios), pero los tribunales hacen este raciocinio: Estando decretada la desamortización de bienes de las comunidades de indígenas por el artículo 25 del reglamento de la ley del 25 de junio de 1856, y siendo la propiedad común la razón de ser de dichas comunidades, extinguida legalmente esa propiedad, las comunidades mencionadas han dejado de existir *ipso facto* como personas jurídicas”. *Los ejidos de los pueblos*, México, El Caballito, 1975, p. 99.

8 Se hace notar que la prioridad en este orden de cosas corresponde a la Constitución guatemalteca de 1945. Cfr. Ordóñez Cifuentes, José Emilio R., “La Constitución guatemalteca de 1945, precursora de los derechos étnicos”, *Reclamos jurídicos de los pueblos indios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 7.

9 Cfr. Cifuentes Vargas, Manuel, “Los pueblos indios en el constitucionalismo latinoamericano”, *Lex*, México, 3a. época, año I, núm. 5, noviembre de 1995, pp. 22-25.



conducir a una reelaboración, en alguna medida, de otras decisiones, entre ellas las relativas a las fuentes del derecho, a la jurisdicción y a las atribuciones políticas locales.

No sobra recordar que las prevenciones constitucionales suelen tener, sobre todo en cartas fundamentales como la mexicana, una múltiple dimensión que va más allá —o queda más acá, según se vea— de la estricta norma con pretensión imperativa y eficacia vinculante inmediata sobre ciertos sujetos de derechos y deberes. En efecto, en las Constituciones hay textos que son normas susceptibles de aplicación directa, sin más condición ni demora; hay fórmulas que establecen programas para el Estado, el gobierno y la nación; y hay referencias que guían la interpretación jurídica. Desde luego, algunos textos reúnen esta triple condición. El enunciado de los principios del derecho indígena —o acerca de los indígenas— suele corresponder a las últimas dos categorías.

También en México se ha incorporado un texto constitucional indígena<sup>10</sup> (además de una disposición agraria que rige para las tierras de los indígenas: artículo 27, fracción VII, segundo párrafo) que vino a integrarse, por su contenido e intención, en la parte social de nuestra ley suprema, la más innovadora y la más asediada.<sup>11</sup> Ahora bien, esa novedad constitucional no trajo consigo otras novedades: ni logró prevenir las explosiones indígenas, ni acertó a generar un nuevo derecho sobre su materia. En este sentido fue una especie de fuego fatuo, que iluminó de pronto y sólo por un momento, a pesar de los estimables trabajos preparatorios que la precedieron, singularmente los esfuerzos de la Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México del Instituto Nacional Indigenista.<sup>12</sup>

La reforma del artículo 4o. marchó en un derrotero bien conocido: el de la ilusión, tan frecuente en México, de que la reforma de la ley trae

10 La iniciativa presidencial de reformas al artículo 4o. constitucional tuvo fecha 7 de diciembre de 1990. Medió un buen tiempo antes de que el proceso, emprendido por la iniciativa, prosiguiese en el Congreso. No fue sino hasta la sesión de la Cámara de Diputados del 2 de julio de 1991 que se dio lectura a la iniciativa y fue presentado el dictamen correspondiente. *Cfr.* el proceso de reforma en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1944, t. I, pp. 1383 y ss.

11 En el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores se precisó, entre otros extremos, la idoneidad del emplazamiento constitucional de la nueva norma en el artículo 4o., en vez de instalarla en algún otro precepto, particularmente el artículo 27. Al respecto, *cfr.* *Derechos del pueblo mexicano...*, *cit.*, t. I, p. 1420. Ahí se dice que el texto agregado incide “en la vertiente de derechos de grupos específicos: —Los de los pueblos indígenas. Se trata de un precepto que dentro del principio de igualdad ante la ley, confiere derechos adicionales a ciertos grupos o sectores de la población”.

12 Cuyo trabajo se ponderó en el proceso de reformas, así en la iniciativa presidencial como en los dictámenes parlamentarios. *Cfr.* *Derechos del pueblo mexicano...*, *cit.*, t. I, pp. 1386, 1391, 1394 y 1421.

consigo, de inmediato, la reforma de la vida. En este error hemos incurrido con sorprendente constancia, y reincidimos en todo momento. Cada vez que asoma un problema queremos desvanecerlo con un exorcismo: la modificación precipitada de la ley, y si es posible —generalmente lo es—, la reforma constitucional.

Por lo que toca a ese precepto de la Constitución, la reforma reconoció la existencia de opresión e injusticia que victiman a los indígenas. Cabía suponer, pues, que las normas y las políticas derivadas del nuevo texto constitucional habrían de suprimir —o moderar, por lo menos— esa injusticia y esa opresión. De lo contrario, la reforma caería —y en efecto sucedió— en el número de las transformaciones “poéticas”, como previnieron algunos de sus opositores en el Congreso: no sería parte de la Constitución real de la República, sino de la prolija Constitución imaginaria, sostenida en la fantasía, que cultivamos con predilección.

Hoy, a cuatro años de aquella reforma, ya se piensa en otra que de veras aborde los problemas y de veras los resuelva.<sup>13</sup> Ahora bien, es sumamente deseable que esta nueva reforma se apoye en una consulta nacional auténtica, por su amplitud y profundidad, así como por la participación social que se tenga. Hay que evitar reformas apresuradas, sin examen suficiente, como la modificación constitucional de 1994 a propósito de la administración de justicia. En este caso, se podría recabar el parecer del pueblo mediante algún instrumento de democracia semidirecta. De esta suerte se establecería la pertinencia de someter a la nación los proyectos de cambio constitucional, cuando se trata de cuestiones que poseen la más destacada importancia.

## 2. *Los protagonistas del nuevo derecho*

En lo que corresponde a la emergencia indígena —quiero decir a una emergencia irresistible, determinante, que llegue más allá de su propia noticia—, habría que acreditar a los acontecimientos de la selva chiapa-

13 Los diputados del Partido Acción Nacional intentaron, sin éxito, diferir la aprobación de la iniciativa. Adujeron deficiencias de técnica legislativa e impugnaron la premura excesiva con que se pretendía despachar el asunto. En tales términos se pronunciaron, por voz del diputado Juan José Medrano Castillo, los diputados Rosalía Ramírez de Ortega, Bernardo Bátiz Vázquez, Federico Ruiz López y Eugenio Ortiz Walls. *Cfr. Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, pp. 1395 y 1396. Sobre las características de la reforma al artículo 4o. constitucional, *cfr.* Ordóñez Cifuentes, “Constitución y derechos étnicos en México”, en Varios autores, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 11 y ss.

neca un papel decisivo. No lograron nada semejante otros alzamientos históricos, que menudearon en Chiapas y en numerosos lugares de la Nueva España y, luego, de la República.<sup>14</sup> Esos levantamientos fueron vistos desde diversas perspectivas. Bajo cada una de ellas merecieron distintas calificaciones.<sup>15</sup> En todo caso, los actores del levantamiento “abrieron una coyuntura en México”, con diversas implicaciones y resultados heterogéneos.<sup>16</sup>

Sin el movimiento de la selva chiapaneca, en 1994, no sería fácil explicar sucesos posteriores que han conmovido a la nación.<sup>17</sup> Su huella pronto será una huella constitucional. Los sucesos de Chiapas nos llevaron mucho más lejos que la reforma constitucional de 1991, que, como dije, no sirvió para preverlos, no actuó para prevenirlos y no influyó en la creación del nuevo derecho que apenas alborea.<sup>18</sup>

En este punto ya podemos preguntarnos si los indígenas, además de ser nuestros hermanos o nuestros padres, los dueños originales de la tie-

14 Los hubo donde quiera, a lo largo de siglos. Los indios de la Gran Chichimeca persistieron guerreando en el curso de la Colonia. El caso de los yaquis, desde el principio hasta el gobierno de Díaz, constituye una experiencia conmovedora y terrible; a ella se asocia el nombre de un líder irreductible: Cajeme. *Cfr.* en la abundante bibliografía sobre este asunto, la obra de Troncoso, Francisco P., *Las guerras con las tribus yaquí y maya*, México, Instituto Nacional Indigenista, reimp., 1977; y Hu-De-Hart, Evelyn, “Rebelión campesina en el noroeste: los indios yaquis de Sonora. 1740-1976”, en Varios autores, *El “arreglo” de los pueblos indios: la incansable tarea de reconstitución*, esp. pp. 222 y ss.

15 Recuérdese, por ejemplo, la sumaria condena de Vicente Pineda sobre las rebeliones de los indígenas chiapanecos, hasta el último tercio del siglo XIX. “Equivocadamente se ha creído —escribió— que los indígenas han venido alimentando de padres á hijos un odio perpetuo á la raza blanca, esto no es exacto, las guerras que nos han promovido, propiamente hablando, no son de castas, las guerras han sido las mismas que las hordas de bárbaros salidas del centro del Asia promovieron al Imperio Romano; es la guerra del salvajismo contra la civilización; es la guerra de las tinieblas á la luz; es la guerra que los mochuelos querrían hacer al sol, porque con sus rayos les apaga la vista...” *Sublecciones indígenas en Chiapas. Gramática y diccionario tzeltal*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1986, p. 72.

16 *Cfr.* Tello Díaz, Carlos, *La rebelión de las cañadas*, 2a. ed., México, Cal y Arena, 1995, pp. 208 y 209.

17 En este sentido, se observa que el movimiento del EZLN, el “primero” de su “tipo” en México, “ha logrado provocar, no sólo en lo que se ha dado en llamar la sociedad civil sino en los propios gobernantes, actos que ningún otro grupo político: sindicato, partido político, gremio, etcétera, ha podido lograr después de la revolución mexicana de 1910...” Cruz Rueda, Elisa, “El EZLN: ¿un doble poder?”, en Varios autores, *Derecho y poder...*, cit., p. 139. Es necesario recordar que el maltrato a los indios en Chiapas ha formado parte de la historia regular de esa entidad. Al respecto hay pleno reconocimiento: lo admitió inmediatamente el gobierno federal, tras el alzamiento del 1 de enero 1994. Desde hace tiempo han menudeado las denuncias sobre violación de derechos humanos en agravio de indígenas chiapanecos. *Cfr.* Stavenhagen, “Genocidio en Chiapas”, *Problemas étnicos y campesinos*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1989, pp. 41 y ss.

18 Mi punto de vista acerca de los sucesos de Chiapas, desde enero de 1994, consta en una serie de artículos que figuran en mi libro *Los nuevos tiempos de la nación*, México, Diana, 1995, pp. 11 y ss.

rra, el sustento más antiguo de la nación y muchas otras cosas, que tradicionalmente les hemos reconocido o adjudicado, son ya, por fin, un factor real de poder. Podemos preguntarnos si realizan la función que rigurosamente corresponde a este género de factores, como creía Fernando Lassalle: la de hacer que las leyes e instituciones de nuestro país no puedan ser más que de cierta manera y no de otra;<sup>19</sup> es decir, de la manera que están a punto de ser —si acierta el Constituyente— y no de la manera que han sido. Porque para que haya un auténtico derecho indígena, con garantías suficientes y concluyentes, se necesita ese factor de poder.

En todo caso, uno de los signos más saludables del futuro derecho es la participación indígena en la formulación del régimen jurídico que se aplique a los integrantes de estos pueblos. No es posible recetar la felicidad a los destinatarios de una ley, que en todo caso es apenas cierta versión de una felicidad hipotética, como quien prescribe una medicina desde la cátedra infalible. La vida nos invita a desconfiar —y más a los indígenas— de breviarlos donde se publica toda la perfección posible. Obviamente, esto no significa excluir a las instancias formales del proceso legislativo, ni negar la posibilidad y conveniencia —necesidad, inclusive— de que la causa de los derechos indígenas cuente con el apoyo de sectores no indígenas que simpatizan con aquella.<sup>20</sup>

Por supuesto, no debiéramos caer de nuevo en una de las más persistentes ilusiones de que hemos sido capaces, a la que me referí *supra*: la obstinación en creer que cambiando leyes —muchas, mucho y pronto— ya se cambió la vida. En esta trivialidad incurrimos a menudo, y en ella seguimos cayendo. Creo que hay varias fuentes para el cambio de las nor-

19 Cfr. *¿Qué es una Constitución?*, 2a. ed., trad. de Wenceslao Roces, Barcelona, Ariel, 1976, p. 62.

20 Hay que establecer “una estrategia política de convergencia entre los pueblos indios y los sectores progresistas de la sociedad no-india. Esta alianza, sin embargo, no solamente es posible sino inevitable. Ella implica una reapropiación del espacio político y cultural por parte de las sociedades indígenas clandestinizadas, y por parte de los sectores no-indígenas desactivados por los autoritarismos, el escepticismo y las desesperanzas. Se trata de un proceso de creación cultural, y por lo tanto política, que cree en un escenario futuro en el que la diversidad y el derecho a la diferencia serán tan importantes como el derecho a la igualdad”. Varese, “Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena”, en Varios autores, *El arreglo...*, cit., p. 457. En el Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios (Quito, 17 a 21 de julio de 1990) se puntualizó: “Dado que los pueblos indios además de nuestros problemas específicos tenemos problemas en común con otras clases y sectores populares, tales como la pobreza, la marginación, la discriminación, la opresión y la explotación, todo ello producto del dominio neocolonial del imperialismo y de las clases dominantes de cada país, son absolutamente necesarias e impostergables las alianzas con otros sectores populares”, que deben “fortalecer y afirmar la propia identidad de los pueblos indios” y “realizarse en un marco de igualdad y respeto mutuo”. Véase texto en Ordóñez Cifuentes, *Reclamos jurídicos...*, cit., p. 145.

mas: una, la evolución natural de las instituciones, la más deseable; otra, la crisis, que hoy —en este y otros temas— nos agobia; una más, la impaciencia legislativa, el reformismo, la necesidad de dejar constancias en los diarios oficiales. Por no haber permitido lo que pudo ser una evolución natural de instituciones, ahora tenemos que administrar la crisis. Necesaria la reforma, como lo es, no podemos fiar todo en ella. Aquí es debido formular otra pregunta: ¿existen los elementos que sacan a la ley del nicho declarativo y la ponen a trabajar en la vida cotidiana?

### III. LOS ÁMBITOS DEL NUEVO DERECHO

El jurista que emprende —o asiste— la construcción de un nuevo derecho, esto es, de un conjunto de disposiciones que establecen deberes y facultades, coacciones y libertades, expectativas y restricciones, debe formularse ciertas preguntas inevitables para conocer determinadas respuestas indispensables. Me refiero al ámbito de aplicación de las futuras normas: sujetos, contenido, territorio y tiempo. Son las piezas del sistema.

#### 1. *Los sujetos. Derechos individuales y colectivos*

Primero hay que resolver a quiénes se aplicará este derecho: ¿quiénes son sus sujetos? Parece indudable que en este caso existe una doble vertiente: hay sujetos colectivos y sujetos individuales; los grupos, los pueblos, los conjuntos, por una parte, y los individuos que los integran, por la otra. Sobre esto no parece haber duda, y no debiera haberla sobre otro hecho, como ocurre en materia obrera: la solidez de los derechos colectivos es condición para la firmeza de los derechos individuales. Si decaen el sindicato, la negociación colectiva y la huelga, todo el derecho laboral entra en decadencia y amenaza con replegarse a su antigua condición de derecho común, sujeto a los vaivenes y las tropelías del mercado. De manera semejante, si no existen fuertes derechos colectivos indígenas, no habrá derechos fuertes de los indígenas desvalidos y dispersos, que serán dominados uno a uno. Es obvio que así lo perciben las organizaciones y los movimientos indígenas cuando destacan en la discusión, como asunto principal, sus derechos territoriales y sus facultades participativas y decisorias.

Ahora bien, la admisión de los derechos individuales de los indígenas no tropieza con obstáculos formales graves, en la medida en que se trata

de derechos reconocidos a todos los hombres, que simplemente se trasladan hacia el indio.<sup>21</sup> En cambio, no existe la misma disposición hacia los derechos de los pueblos, que pudieran ser disgregadores —se dice— de las naciones y de los Estados nacionales. A este respecto es ilustrativa la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1994. Inspirada en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, subraya los derechos individuales de los miembros de las minorías, pero no los de éstas como entidades colectivas.<sup>22</sup> En el rumbo de la afirmación categórica de derechos colectivos, y a la cabeza de ellos la facultad de libre determinación, se halla la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>23</sup>

A propósito de este modo de ver las cosas, se hace notar que

es imposible, si se quiere evitar tensiones y violencia, seguir postergando la satisfacción de las legítimas demandas de grupos minoritarios que buscan el reconocimiento de su identidad colectiva y afirman derechos que son el corolario de esa identidad. Un cambio de actitud en esta materia es una tarea urgente tanto para el Derecho constitucional como para el Derecho internacional.<sup>24</sup> En éste ha habido importantes movimientos durante los últimos lustros.

Ahora bien, los pueblos indígenas observan, con preocupación, que las normas internacionales provienen de los Estados o de sus representantes, y que “los principales problemas que (esos pueblos) tienen que enfrentar se deben precisamente a sus relaciones con los Estados”.<sup>25</sup> En todo caso, el progreso en el derecho de gentes ha sido escaso. Uno de los

21 En el plano de los derechos individuales “se ubican los que de alguna manera ya están reconocidos y que están normalmente establecidos en las garantías individuales de las Constituciones de cada país, o en los convenios internacionales”; en cambio, los colectivos “no han encontrado completamente acomodo en los máximos ordenamientos jurídicos”. Chacón Hernández, David, “Autonomía y territorialidad de las etnias”, en Varios autores, *Derecho y poder: la cuestión de la tierra y los pueblos indios*, México, Universidad Autónoma de Chapingo, Departamento de Sociología Rural, 1995, p. 128.

22 Cfr. Lerner, Natán, “Las Naciones Unidas y las minorías a propósito de la Declaración de la Asamblea general del 18 de diciembre de 1994”, en Varios autores, *Derecho y poder...*, cit., pp. 19 y 20.

23 Cfr. Burguete Cal y Mayor, Araceli, y Ruiz Hernández, Margarito, “Hacia una carta universal de derechos de los pueblos indígenas”, en Varios autores, *Derechos indígenas...*, cit., pp. 117 y ss.

24 Lerner, “Las Naciones Unidas y las minorías...”, *Derecho y poder...*, cit., p. 38.

25 Stavenhagen, “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, en Varios autores, *Antropología Jurídica*, cit., p. 88.

instrumentos fundamentales, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por ésta en 1989, sólo había sido ratificado por un pequeño número de países a lo largo de más de un lustro: Noruega, México, Colombia, Bolivia y Costa Rica.

Subsiste la necesidad de determinar los elementos que deben tomarse en cuenta para identificar a un sujeto “indígena”. Entre las numerosas caracterizaciones sobre esta materia, nuestro futuro derecho deberá adoptar una decisión cuidadosa. En efecto, la operación de todo el sistema depende, obviamente, de la claridad y suficiencia en la determinación que ese mismo derecho asuma acerca de sus destinatarios, sea en la norma constitucional, sea en la secundaria, pero probablemente mejor en aquélla. Los datos a considerar son, conjuntamente: vínculo (por descendencia) con los pueblos que se hallaban en el actual territorio de México antes de la invasión española; elementos culturales (el idioma, señaladamente); formas de organización y estructura social de la comunidad y autopercepción del pueblo y de sus integrantes, respectivamente.<sup>26</sup>

La Convención 169 de la OIT establece un concepto de pueblo indígena, que relevó y superó, en la línea de las reivindicaciones indígenas, al concepto de “poblaciones” utilizado por el Convenio 107 de 1957.<sup>27</sup> Tienen ese carácter, previene el artículo 1o.,

26 “Es indio —sostiene Alfonso Caso— el que se siente pertenecer a una comunidad indígena y es una comunidad indígena aquella en que predominan elementos somáticos no europeos; que habla preferentemente una lengua indígena; que posee una cultura material y espiritual en donde hay elementos indígenas en fuerte proporción y que, por último, tiene un sentido social de comunidad aislada dentro de las otras comunidades que la rodean, que la hace distinguirse a la vez de los pueblos blancos y de los mestizos”. “Definición del indio y de lo indio”, *América Indígena*, vol. III, México, 1948, cit. en Valdés, *Los indios en los censos...*, cit., p. 20. Guillermo Bonfil Batalla sostiene que “el indio no se define por una serie de rasgos culturales externos que lo hacen diferente ante los ojos de los extraños (la indumentaria, la lengua, las maneras, etcétera); se define por pertenecer a una colectividad organizada (un grupo, una sociedad, un pueblo) que posee una herencia cultural propia que ha sido forjada y transformada históricamente, por generaciones sucesivas; en relación a esa cultura propia, se sabe y se siente maya, purépecha, serí o huasteco”. Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, *México profundo*, México, Grijalbo, 1989, p. 48. A propósito de la autopercepción, el Cuarto Tribunal Russell manifestó: “Los pueblos indios de América deben ser reconocidos de acuerdo con su propia concepción de sí mismos, en vez de ser definidos con arreglo a la percepción de los sistemas de valores de sociedades dominantes foráneas”. Cit. Ordóñez Cifuentes, “Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho internacional público moderno y la sociología del Derecho: indio, pueblo y minorías”, en Varios autores, *Antropología Jurídica*, p. 57. En el “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, de la ONU, se propone que “el derecho de definir qué y quién es indígena debe reconocerse a los pueblos indígenas mismos”, facultad que trae consigo la “correlativa de definir o determinar qué o quién no es indígena”. Stavenhagen, “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, en Varios autores, *Antropología Jurídica*, p. 94.

27 Uno de los aspectos más relevantes del 169 “lo constituye el hecho de que se ha abandonado la concepción integracionista que se enunciaba en el Convenio número 107, lo que se refleja, entre



aquellos pueblos en países independientes descendientes de las poblaciones que habitan ese país, o la región geográfica donde se ubica ese país, al tiempo de la conquista o colonización o del establecimiento de las existentes fronteras, y que, independientemente de su estatus jurídico, conservan algunas o todas sus instituciones sociales, económicas y políticas.<sup>28</sup>

## 2. La materia. Las pretensiones indígenas

En segundo término, hay que precisar la materia de los derechos indígenas, consecuente con la exigencia de que se aplique a estos pueblos su propio derecho, no un sistema jurídico percibido como extraño, foráneo, y cuya legitimidad material, por ende, se discute.<sup>29</sup> En este punto se ha propuesto distinguir entre las reivindicaciones indígenas, estrictamente, y aquellas otras que esgrimen los indígenas y otros grupos sociales que en común resienten ciertas necesidades o auspician determinados proyectos.<sup>30</sup> Es natural, por lo demás, la convergencia de los movimientos indígenas con otros movimientos que abanderan causas de sectores marginados. En esta materia, la marginación, se comunican los indígenas con un amplio número de mestizos iberoamericanos; es el puente natural y regular entre muchedumbres.

otros, en el uso del término “pueblos” respecto del término “poblaciones” en el Convenio número 107. Este fue uno de los puntos más intensamente discutidos al plantearse el nuevo instrumento. Para salir al paso de mayores problemas, el artículo 1o. del Convenio 169 aclaró que “la utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional”. Cfr. Hernández Pulido, J. R., “El Convenio número 169 de la organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales”, en Varios autores, *Derechos indígenas...*, pp. 164 y 165. La voz pueblo, además de su connotación imprecisa, plantea el problema de la autodeterminación política. De ahí la preocupación expresada por algunos gobiernos. Cfr. Ordóñez Cifuentes, “Conceptualizaciones jurídicas...”, en Varios autores, *Antropología Jurídica*, p. 68.

28 Sobre este asunto, cfr. Rocha, Mónica, “El estatus de los pueblos indígenas en Derecho internacional”, en Varios autores, *Derecho y poder...*, cit., pp. 41 y ss.

29 Expresivamente, Óscar Correas advierte que las comunidades indígenas, “con todo derecho, ven al sistema dominante como nosotros vemos al sistema estadounidense. Y les produce la misma reacción que a nosotros el intento de sernos aplicadas normas extranjeras”. “El Derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante”, en Varios autores, *Cosmovisión y prácticas...*, cit., p. 99.

30 Se argumenta —como recuerda Stefano Varese— que “si un movimiento indígena está políticamente bien organizado en términos de racionalidad y “logos” occidental y sus planteamientos ideológicos han derivado suficientemente de la tradición científica occidental euro-americana, entonces obviamente el movimiento ya no es indígena sino que se ha vuelto parte integral del movimiento genérico de las clases populares a pesar de su objetiva composición indígena o de su declarada identidad étnica”. “Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena”, en Varios autores, *El arreglo...*, cit., p. 449.



Se entiende que no habrá, propiamente, compartimientos estancos para la legislación, pero también se sabe que existen ciertas “asignaturas pendientes” y muy “sentidas” que es necesario atender con particular dedicación. Además, con espíritu innovador, sin atadura a tradiciones inflexibles,<sup>31</sup> pero sin abandono —agrego yo— de principios fundamentales para la dignidad humana y la subsistencia de la nación y del Estado nacional. Los temas del derecho indígena, actual y futuro, abarcan la más amplia línea del horizonte. En uso de las categorías jurídicas tradicionales, es posible decir que comprenden el derecho público, por lo que toca al régimen político; el privado, en lo que atañe al régimen social; y el procesal, en lo que concierne a la justicia formal.

Es interesante observar que las reivindicaciones indígenas parten de un punto de referencia situado en el pretérito: pretenden el reconocimiento y la vigencia de derechos históricos, que dieron perfil y sentido a los antiguos pueblos. No se trata, pues, de recibir “delegaciones” o “autorizaciones” del “nuevo” derecho, sino de sostener o reponer la vigencia de las antiguas normas e instituciones. El origen de esta demanda radica en la preexistencia del orden jurídico indígena: “esos pueblos funcionarios antes de que los sistemas políticos de tipo occidental-europeo se estableciesen sobre sus territorios, llevando sus poderes consigo”.<sup>32</sup>

En el proceso de la Revolución mexicana, tan heterogéneo, es evidente que el zapatismo representó la más viva reclamación sobre los antiguos derechos de los pueblos. En este sentido, Zapata fue el “líder histórico”, con la raíz más profunda. No debe extrañar, por lo mismo, que Zapata y el zapatismo sean banderas acostumbradas en los movimientos reivindicadores de los antiguos marginados.<sup>33</sup>

No ocurre lo mismo con las típicas reivindicaciones “modernas” (quiero decir, a partir de las revoluciones que cierran el siglo XVIII). És-

31 Como precisaron últimamente Jorge Madrazo, presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y Eduardo Andrade, presidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Senadores, durante la comparecencia de aquél en el Senado de la República, el 5 de enero de 1996.

32 Kuppe, René, “Algunas observaciones sobre la relación entre las instituciones indígenas y los derechos humanos”, en Varios autores, *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios. IV Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 52.

33 En otra oportunidad he manifestado: el alzamiento de Zapata en Morelos “fue el movimiento agrario por antonomasia, con un hombre de campo al frente. A diferencia de otros revolucionarios, Zapata tendió la mirada hacia atrás, esgrimió antiguos documentos y derechos. Fue el líder de la reivindicación, la restitución, la recuperación. Esto dio un hondo sentido histórico a su lucha indomable, sin ambición personal ni pretensión nacional”. *Justicia agraria*, México, 1995, p. 7.

tas tienen su punto de referencia en el futuro: vienen huyendo del pasado y desean construir una realidad sustancialmente distinta.

El núcleo de los derechos indígenas, colectivos e individuales; se halla, ante todo, en la pretensión de “ser”, que enfrenta los rigores de la eliminación;<sup>34</sup> en seguida, la pretensión de ser “diferente”; y por último y como consecuencia, la de “perdurar”. Aquí aparecen algunas viejas interrogantes, reanimadas: ¿tiene “derecho el derecho” a imponer la uniformidad? ¿Debe preservar la diversidad que quieren —cuando la quieran— sus destinatarios? La respuesta, en general, parece evidente: nada autoriza al Estado, y en consecuencia al derecho, para imponer a los hombres la uniformidad; esto sería tiránico, contrario inclusive a los principios que soportan la tradición filosófica, política y jurídica del liberalismo. Si esto es cierto en general, lo es en particular: para la cuestión indígena.

Por lo demás, el núcleo que mencioné a propósito de los derechos indígenas, rige naturalmente en lo que respecta a los derechos humanos generales. Desde luego, éstos no acentuaron inicialmente el tema de la “diferencia”, porque entonces no se advirtió la necesidad de hacerlo. Desde ese núcleo se construye el estatuto jurídico de los hombres y los Estados; desde ahí, el régimen jurídico de las libertades personales y las soberanías nacionales; desde ahí, la idea del desarrollo como desenvolvimiento de las potencialidades en un espacio de decisiones propias.

Se han formulado varios catálogos de pretensiones indígenas, que serían otros tantos espacios para la reflexión jurídica y la acción legislativa. Entre ellos suele haber coincidencias esenciales. Se asemejan, en su propio tiempo y en su circunstancia característica, a los catálogos de las pretensiones humanas que culminaron, andando los siglos, en derechos públicos subjetivos, estampados en las Constituciones, primero, y en los textos internacionales, luego. El tema se manejó, por supuesto, en el proceso de reforma al artículo 4o. constitucional, en 1991.<sup>35</sup>

34 La lucha contra los indígenas se abandera por la idea, más o menos manifiesta o encubierta, de la eliminación; la resistencia tiene, por ende, el signo contrario: no ser eliminados. Desde luego, no me refiero sólo y necesariamente a una eliminación física (el etnocidio como supresión física de un grupo humano) por parte de los conquistadores o los amos; también entran en este género de adversidades la integración forzada, la autoridad abrumadora, el arrasamiento social, económico y cultural; en suma, todo aquello que abata la vida y cancele la viabilidad o la vitalidad de un pueblo.

35 Así, el diputado Gregorio Lorenzo Domínguez, indígena, miembro del Partido Popular Socialista, detalló las dos clases fundamentales de reivindicaciones indígenas: “las que se refieren al mejoramiento económico, social y cultural; y las reivindicaciones de orden político”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, p. 1406.

Con frecuencia se dice que la demanda territorial figura en el centro de las pretensiones indígenas: “uno de los elementos fundamentales de la identidad india en América es su territorialidad”. En otros términos, “pertenecer a un grupo indígena significa tener la conciencia de poseer un territorio y mantener vivo un vínculo especial con la tierra”.<sup>36</sup> Es comprensible: ¿cómo mantener vigente y practicable la conciencia y la vivencia indígenas, si los pueblos y sus integrantes carecen del asidero elemental, el seguro tangible —la cuna, el surco y la tumba—, que es la tierra tradicional? Claro está que la territorialidad tiene aquí un alcance diverso de la mera relación dominical —o bien, la tenencia, bajo alguna de sus expresiones— de la tierra. Ciertamente, “el concepto de territorialidad tiene que ver con el espacio donde habitan los pueblos indios, pero en el entendido de su autonomía regional que permita su autodeterminación”.<sup>37</sup>

Los representantes de ciento veinte naciones indias reunidos en Quito, en julio de 1990, para realizar el encuentro “500 años de resistencia india”, denunciaron una serie de demandas históricas, a saber:

reivindicación y recuperación de los territorios perdidos a raíz de la ocupación colonial y republicana; —defensa y recuperación de la naturaleza y del ambiente destruidos por la explotación mercantil; —derecho al mantenimiento, reestablecimiento y desarrollo de las economías indígenas basadas en la solidaridad comunal y los principios de reciprocidad; —respeto a la soberanía de las nacionalidades indígenas,<sup>38</sup> derecho a la autodeterminación y autonomía política; —derecho al pleno uso y desarrollo de las lenguas indígenas; —derecho al uso y desarrollo de la cultura propia, de las

36 Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, cit., p. 341.

37 Sámano Rentería, Miguel Ángel, “La cuestión agraria indígena y desarrollo sustentable”, en Varios autores, *Derecho y poder...*, p. 163. El Instituto Interamericano de Derechos Humanos hace ver que “el concepto más importante implicado en la discusión de los derechos de los pueblos indígenas es el concepto de territorio. Este concepto, que es clave, debe ser claramente entendido y diferenciado del concepto de tierra. El primero (territorio) se refiere a un área geográfica o a un espacio de la naturaleza que se encuentra bajo la influencia cultural y el control político de un pueblo. El segundo (tierra) se refiere a la porción dentro de este espacio que es apropiable por un individuo o una persona jurídica (el Estado, una corporación, una cooperativa, etcétera) bajo el régimen jurídico de la propiedad. Los derechos sobre uno y otro son claramente distintos. El primero es derecho de pueblos, el segundo de personas. El primero crea la posibilidad de ejercer control y autoridad sobre el conjunto de los recursos y sobre los procesos sociales que allí se dan; el segundo el de aprovechar productivamente el suelo sin interferencia de otras personas”. “Los derechos de los pueblos indígenas. Documento para discusión”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994, p. 159.

38 Soberanía que puede entrar en colisión con la correspondiente a las naciones en las que se hallan insertos los grupos indígenas. “Una aspiración indígena importante —escribe René Kuppe— es la de contener la soberanía de los Estados”. “Algunas observaciones sobre la relación...”, *Cosmovisión y prácticas...*, cit., p. 54.

propias formas de espiritualidad, desarrollo científico-intelectual sin interferencias opresivas y autoritarias de evangelizaciones cristianas y sistemas educativos colonizadores.<sup>39</sup>

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) considera los siguientes derechos de los pueblos indígenas: a su existencia como pueblos y a su reconocimiento en esta calidad; territoriales, jurisdiccionales, ambientales, económicos, culturales, de libre tránsito en su territorio, políticos (intervención en el Estado nacional y actuación en instancias internacionales) y a la protección por parte del Estado.<sup>40</sup>

Jorge Dandler recoge estas demandas de los pueblos indígenas, que se pretende convertir en derechos: a ser reconocidos como pueblos permanentes y perdurables, con identidad y derecho propios; a determinar su propio desarrollo y contribuir con sus planteamientos al desarrollo nacional; al reconocimiento de la relación especial que guardan con sus tierras y territorios; a desenvolver sus programas de consolidación cultural y aportar al enriquecimiento de la cultura nacional; a ejercer autogobierno y administración y acceder a las formas generales de representación política; y a la existencia de un derecho consuetudinario y una justicia que garantice pluralismo legal.<sup>41</sup>

José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes presenta cinco conjuntos de temas que son la base de las demandas jurídicas de los pueblos indios:

a) reconocimiento constitucional de su existencia como sujetos específicos en el interior de la nación, de sus derechos originarios y de la obligación de los Estados y gobiernos de garantizar su ejercicio y desarrollar una legislación pertinente; b) establecimiento del derecho de los pueblos a disponer de los medios materiales y culturales necesarios para su reproducción y crecimiento; c) instrumentación del derecho al desarrollo material y cultural; d) afianzamiento del derecho al ejercicio y desarrollo de las culturas indígenas y a su crecimiento y transformación; y e) creación de las condiciones jurídicas y políticas que hagan posible y seguro el desempeño y la

39 Cit. Varese, "Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena", en Varios autores, *El arreglo...*, cit., pp. 454 y 455.

40 Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Los derechos de los pueblos indígenas. Documento para discusión", *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994, pp. 162 y 163.

41 Cfr. "Hacia un orden jurídico de la diversidad", *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994, pp. 39 y 40.

ampliación de los derechos antes señalados, dentro de la institucionalidad de los Estados.<sup>42</sup>

En reciente fecha, Jorge Madrazo formuló una serie de propuestas ante los senadores de la República, que comprenden varias reivindicaciones indígenas, a saber: jurisdicción especializada (hasta arribar a un “fuero indígena”); acceso a los órganos de representación política, aunque no bajo un sistema de “cuotas”, sino mediante la revisión de los distritos electorales; gobierno municipal por indígenas, electos conforme a los usos y costumbres de estas comunidades, en municipios donde aquéllos constituyan la mayoría de la población, y participación equilibrada cuando tengan presencia minoritaria; creación de consejos económico-sociales de carácter local (con un órgano federal en la cúspide) para el desarrollo indígena, y programa especial de solución al problema agrario.<sup>43</sup>

Si seguimos la idea que arriba sugerí, poniendo a contraluz las reclamaciones indígenas sobre el telón de fondo de las pretensiones generales de libertad y justicia, concentradas en las declaraciones de derechos humanos, podríamos llegar a las siguientes conclusiones. Se abre la relación de éstos, obviamente, con el derecho del hombre a la vida —el derecho nuclear y condicionante—, que tiene su correspondencia en el reconocimiento —que antes mencioné— a la identidad y a la persistencia de los pueblos indígenas; aquí figura la doble tensión histórica: contra el etnocidio, el etnodesarrollo. Aquél, por cierto, en ocasiones se ampara en “razonamientos” de integración,<sup>44</sup> progreso y modernidad: en la versión terrible de la modernidad, comprometida con la destrucción despiadada de los hombres y las culturas que halla en el camino.<sup>45</sup>

42 Cfr. “Conflicto, etnicidad y derechos humanos de los pueblos indios”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994, pp. 68 y 69.

43 Cfr. versión estenográfica de la presentación ante la Cámara de Senadores, el 5 de enero de 1996. También Manuel González Oropeza se refiere a este asunto, con los siguientes términos: en los pueblos indígenas actúan jueces naturales que conocen perfectamente los valores y costumbres de los justiciables y consiguen un efectivo control social de la comunidad; “por ello es necesario legitimar este sistema natural de administración de justicia y conformar lo que el derecho nacional reconoce bajo el nombre de fuero, para articular un fuero indígena”. “El fuero indígena”, en Varios autores, *Antropología Jurídica*, p. 126.

44 Con una expresión radical se asegura: “La historia muestra que toda política integracionista es culturalmente etnocida”. González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, p. 142.

45 No parece posible impugnar la construcción de obras hidráulicas que extienden los espacios de la agricultura y, con ellos, las posibilidades de la alimentación. Sin embargo, hay casos en que este género de “progresos” acarrea la desventura de los pueblos. Tal sucedió en Oaxaca, con el desalojo de cuarenta mil chinantecos, motivado por la construcción de una presa. Este movimiento masivo fue calificado de etnocidio. Cfr. Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, DR © 2000.

La relación que ahora desarrollo sigue con los derechos del hombre a la libertad, que coincide con la pretensión indígena de autonomía y participación en la vida política: en la suya, como un escudo, y en la nacional, como un ariete.<sup>46</sup> Continúa con el derecho humano a la seguridad, material y jurídica, que se corresponde con la pretensión indígena de intangibilidad y respeto. Avanza con el derecho del hombre a la propiedad, que coincide, en sus trazos sustanciales, con la reclamación del dominio material e inmaterial,<sup>47</sup> ambos como sustento de los pueblos y los individuos, sea bajo régimen ordinario, sea bajo sistema especial. Prosigue con el derecho humano a la calidad de vida, es decir, a las condiciones razonables para el desarrollo, que se corresponde con la exigencia indígena de educación, cultura y racionalidad económica, más la preservación del medio, que se proyecta en diversas direcciones: ecología,<sup>48</sup> derechos territoriales, aprovechamiento de la tierra, etcétera.

Como se ve, los derechos que los indígenas reclaman son de alguna manera la proyección, bajo formas, tonos, peticiones singulares, de los que el hombre, en general, ha exigido siempre y obtenido algunas veces: la misma ruta, el mismo horizonte; pero no los mismos matices, ni los mismos contenidos. En este campo también se han superpuesto, para

p. 309. Acaso perdurará la expresión folklórica de “lo indio” y los pueblos indios, pero éstos “tendrán —así se supone— necesariamente que desaparecer, víctimas del progreso, de la modernización, del desarrollo económico y de la integración nacional”. *Ibidem*, p. 343. Acerca de las relocalizaciones de comunidades indígenas —entre ellas, el caso de las presas Miguel Alemán y Cerro de Oro, en Oaxaca—, *cfr.* Barabas, Alicia M., “Normatividades jurídicas en torno a las relocalizaciones de población indígena”, en Varios autores, *Derechos indígenas...*, *cit.*, pp. 29 y ss.

46 Es importante la pretensión de que haya representantes de grupos indígenas, precisamente como tales, en los órganos del Poder Legislativo nacional, sobre todo en el Senado de la República. El punto se mencionó en el proceso de reforma del artículo 4o. constitucional, de 1991, por el diputado Osiris Samuel Cantú Ramírez y por el senador Porfirio Muñoz Ledo; asimismo, en lo que respecta al plano municipal, por la senadora Idolina Moguel Contreras. *Cfr.* *Derechos del pueblo mexicano...*, *cit.*, t. I, pp. 1415, 1432 y 1435.

47 *Cfr.* Lindner López, Hedwig A., y Ordóñez Cifuentes, José Emilio R., “La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 15, 1994. Señalan que “las comunidades indígenas son verdaderas fuentes generadoras de derechos inmateriales de cuya explotación difícilmente se ven beneficiados, por carecer de una asesoría adecuada por cuanto a la existencia, efectividad y procedimiento de las vías legales idóneas”, *rev. cit.*, p. 127.

48 Es interesante la observación de Varese: “Los ejemplos elegidos casi al azar de entre una multitud dispersa de hechos históricos y contemporáneos, quieren llamar la atención sobre el hecho de que la resistencia de los pueblos indígenas de América a la colonización, explotación y opresión político-cultural, parece haber sido informada permanentemente por una interpretación social que, en términos contemporáneos, podríamos definir de economía ecológica o eco-nacionalista”. “Los dioses enterrados: el uso político de la resistencia cultural indígena”, en Varios autores, *El arreglo...*, *cit.*, p. 442.

complementarse, las generaciones de los derechos humanos. La obra de revisión jurídica que a partir de ahora se emprenda, si es que se emprende, deberá trabajar puntualmente en cada uno de estos espacios. Menos, sería dejar la obra incompleta, trunca, con zonas oscuras y azarosas donde se incuben, de nuevo, los viejos problemas.

### 3. *El ámbito territorial*

Además de los ámbitos personal y material del derecho indígena, el analista de estos asuntos —y más todavía el legislador que los aborde— deberá examinar los ámbitos territorial y temporal. Tómense en cuenta, con respecto al tema territorial, dos consideraciones insoslayables: por una parte, la liga singular que tienen los indígenas con el territorio que ocupan —o que ocuparon sus ascendientes, un territorio presente a través de la memoria histórica—, asunto del que antes me ocupé, al señalar la preeminencia de este punto en las preocupaciones indígenas (y en la subsistencia de sus pueblos); y por la otra, el hecho de que los grupos étnicos no se asientan en forma consecuyente con la división política “moderna”. En efecto, hay pueblos que moran en varios países; o bien, en varias entidades federativas, aunque también hay casos en que un pueblo se encuentra asentado apenas en una entidad federativa, sea en forma concentrada, sea de manera discontinua o dispersa.

Esto suscita problemas relevantes, que deben ser resueltos de consuno por los países o los estados en que habita un solo grupo étnico. En otro lugar de este ensayo cito la opinión de quienes consideran que cada entidad federativa debe ocuparse en resolver, hacia adentro, el valor normativo de los usos y las costumbres indígenas. Por supuesto, una regla de razón elemental sugiere que las soluciones —producto de un concepto unitario sobre la “cuestión indígena”— tengan carácter uniforme. De otra suerte, se generarían mayores confusiones e inequidades. La idea de resolver el punto mediante soluciones municipales<sup>49</sup> puede funcionar en determinados aspectos —entre ellos, el político, parcialmente—, pero no en todos los relativos al derecho consuetudinario, que involucra órdenes sujetas a la legislación estatal o federal.

49 La autonomía tendría su asiento en “Municipios de contextura indígena”. Cifuentes Vargas, “Los pueblos indios en el constitucionalismo mexicano” (segunda y última parte), *Lex*, México, 3a. época, año I, núm. 6, diciembre de 1995, p. 67.

#### 4. *El ámbito temporal*

Por lo que hace a la validez temporal del futuro derecho indígena, la pregunta fundamental es la siguiente: ¿abarcarán estas normas las situaciones creadas al amparo del derecho nacional, o se limitarán a regir para el futuro? En este lugar se alza uno de los principios más destacados del derecho liberal, quicio de garantías individuales: la no retroactividad de la ley, cuando su aplicación a situaciones creadas en el pasado cause perjuicio a cualquier persona. Y esto sucedería, sin duda, en buen número de supuestos.

El asunto no tiene interés menor. Si los indígenas reclaman derechos ancestrales, previos a la constitución del Estado nacional y a la expedición de los estatutos que constituyen la fuente de los derechos actuales, es lógico que se remitan al sistema jurídico —precolonial— que sustentó aquellos derechos, y desconozcan, por lo tanto, los “supuestos” derechos supervenientes, formados bajo el imperio de un orden jurídico supuestado.

El tema cobra relieve, sobre todo, en materia agraria. Aquí, los indígenas reclaman sus tierras comunales y la potestad de aprovecharlas en los términos del derecho prehispánico,<sup>50</sup> no apenas en la forma concedida o reconocida por los títulos “primordiales” expedidos en la Colonia, aunque sean éstos los que se exhiben ante la magistratura agraria. Parece imposible desconocer los derechos formados y acumulados en el curso de algunos siglos, dependientes del orden jurídico español e indiano, del que también deriva sus títulos públicos el Estado mexicano, sucesor de la Corona de España. Pero tampoco parece posible ignorar los derechos de los antiguos dueños del territorio que hoy es nuestra República, y menos todavía si se proclama la condición de aquéllos como uno de los fundamentos de la nacionalidad mexicana.

El problema excede la solución jurídica estricta, aunque no pueda ni deba articularse al margen del derecho. Pero ¿de qué derecho hablamos? ¿Qué derecho —y qué derechos— prevalecerán cuando se cierre esta eta-

50 Así —dije en otro trabajo— “no existe apenas... un conflicto entre títulos primordiales y posteriores —aunque en el litigio agrario éstos sean los términos de la controversia—, sino algo más remoto y profundo. Hay un conflicto entre soberanías (la antigua sociedad primigenia frente a la sociedad advenediza) y entre culturas (la idea territorial de los indios y la noción que llegó a combatirla, sostenida por los colonizadores y sus estatutos). —De esta suerte entran en pugna dos épocas de la existencia: una reclama en virtud de la tradición más arraigada y profunda; la otra, en mérito de la innovación a lo largo de cinco siglos”. *Justicia Agraria, cit.*, p. 23.



pa de revisión y reconstrucción? La ley nacional provee y puede seguir administrando soluciones alternativas, a la manera del cumplimiento subsidiario de la sentencia, que reconoce la legalidad de ésta, pero también advierte la imposibilidad de ejecutarla rigurosamente. Aquí nos hallamos ya en otro terreno: el de los convenios que serían expresión natural y necesaria de un nuevo acuerdo social para poner fin a las contiendas sobre la tierra.

#### IV. LAS AUTONOMÍAS Y EL DERECHO SOCIAL

Entre los asuntos que más atraen, alarman o serenar, figuran las autonomías, y con ellas, la regulación jurídica de la vida colectiva. Ahora bien, es preciso abandonar la “táctica de alarma” ante la pretensión autonomista. En efecto, tanto el régimen federal como el sistema municipal son expresiones del autonomismo. Empero, no han funcionado —con todas sus deficiencias y simulaciones— como factores para el desmantelamiento del Estado nacional. Por el contrario, han concurrido a garantizar la unidad como respuesta a tendencias disgregadoras más o menos auténticas y vigorosas.

En el curso de las preguntas y respuestas que siguieron a la exposición del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante senadores de la República, el 5 de enero de 1996, el senador Eduardo Andrade propuso la adopción de soluciones que superasen el rigor de la tradición; en el “federalismo mexicano” podría hallarse —dijo— la solución a este género de problemas.<sup>51</sup>

51 Recomendó: “poner a un lado —con esto no quiero decir desconocer u olvidar— pero poner momentáneamente a un lado todo el peso de la tradición, todo lo que se nos ha enseñado como dogmas jurídicos occidentales, todo aquello que parece intocable en ideas que provienen desde el siglo XVIII y en algunos casos del XVII, para con una mentalidad absolutamente fresca, acercarnos a conocer el problema y tratar de encontrarle la mejor solución sin atarnos a ninguna idea preestablecida. —A partir de ahí, y entonces sí analizando la compatibilidad de esas posibles soluciones con los aspectos del Derecho occidental que aplicamos en nuestra tradición, venida de Europa, encontrar la manera, la forma, de alcanzar esta compatibilidad...— Finalmente, me parece a mí que tenemos dentro de nuestra propia concepción constitucional del federalismo, la llave para la solución de estos problemas. —En el nuevo federalismo que nos proponemos construir quizá deba entrar también este tema. Finalmente una república federal no es otra cosa que la coexistencia de un ámbito jurídico que abarca toda la nación con otros ámbitos jurídicos particulares que responden a las necesidades específicas de cada entidad federativa”; esto puede aparejar modalidades “en razón de las características indígenas”. Véase versión estenográfica de la presentación del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante senadores de la República, el 5 de enero de 1996. A propósito del “nuevo federalismo”, hay numerosas cuestiones inquietantes que no puedo abordar ahora. Entre ellas figura

En suma, antes de incurrir en “juicios prejuiciosos”, deberemos conocer de qué autonomía se trata y cuáles son sus implicaciones. Aquí se despliega un doble discurso. Por una parte se pretende “el acceso a una forma estatal diferente”, lo cual apareja condiciones de autonomía moderada; por la otra, se requiere “el acceso a una forma de organización netamente indígena”,<sup>52</sup> aspiración que profundiza la pretensión autonómica y puede aparejar formas compatibles o incompatibles con el Estado nacional.<sup>53</sup>

No se olvide que los indígenas conocieron formas propias —o en todo caso, diferentes— de gobierno: por supuesto, antes de la invasión española, y también más tarde, bajo el régimen colonial, independientemente de la mayor o menor intensidad efectiva del autogobierno indígena.<sup>54</sup> De todo esto no se debe concluir que la opción para el futuro sea la de “repúblicas de indios”, como antaño las hubo; y mucho menos colegir que la autonomía deseable es una forma de conservar la marginación e impedir el desarrollo. No sobra observar, finalmente, que una cosa es la autonomía entre regiones —y grupos humanos— que muestran un desarrollo similar (así, las autonomías españolas), y otra la que existe o se quiere que haya entre regiones y grupos separados por un abismo.

el carácter “solidario” y “equilibrador” de la Federación. A la luz de éste, resulta preciso salir al paso de tendencias descentralizadoras que trasladan mecánicamente recursos a las entidades federativas, pero soslayan la función “equitativa” del principio federal.

52 González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., p. 169.

53 En el Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios (Quito, 17 a 21 de julio de 1990) se afirmó: “La autodeterminación es un derecho inalienable e imprescriptible de los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía de los marcos nacionales”. Ésta implica derecho al control del territorio propio (inclusive control y manejo de todos los recursos naturales del suelo y el subsuelo, así como del espacio aéreo), defensa y conservación de la naturaleza, y manejo de los asuntos propios mediante la constitución democrática de autogobiernos. Texto en Ordóñez Cifuentes, *Reclamos jurídicos...*, cit., p. 146. En el documento “Principios básicos sobre los derechos fundamentales de los pueblos indios de Centroamérica, México y Panamá”, se advierte que “todos los Pueblos Indios tienen derecho a la autonomía y a la autodeterminación que significa: libertad para determinar los miembros y población que los integran y las formas de gobierno interno; libertad para proseguir su propio desarrollo cultural, religioso, social, económico y político; en el ámbito de la sociedad”. *Ibidem*, p. 119.

54 Cfr. Zavala, Silvio y Miranda, José, “Instituciones indígenas en la Colonia”, en Varios autores, *La política indigenista en México. Métodos y resultados*, 3a. ed., México, Instituto Nacional Indigenista, Secretaría de Educación Pública, 1981, pp. 144 y ss. Refiere Gonzalo Aguirre Beltrán que “la desorganización que produjo la conquista española en todas las constelaciones de la cultura indígena, se reflejó sobre las formas de gobierno consanguíneo. Dos tendencias diametralmente opuestas aparecieron: una dirigida hacia el feudalismo; otra, de mayor fuerza y consistencia, hacia la democracia”. En la Colonia se concedió a la casta indígena “un gobierno local semiautónomo, modelado conforme a una institución occidental: el Ayuntamiento”. *Formas de gobierno indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista, 1981, pp. 28 y 29.

Para abordar este punto, parto del supuesto de que no se quiere —y en todo caso, muchos no queremos— dispersar a la nación y pulverizar a su Estado, el Estado nacional. Pero tampoco parece posible ni deseable dejar todo como se encuentra: volveríamos al punto de partida, agravado, extremado, con las consecuencias que ya conocemos.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) advierte que el patrón del Estado moderno es insatisfactorio. El Estado colonizador y el Estado nacional, sucesivamente, han negado el derecho de los indígenas a ser reconocidos como pueblos y a mantenerse como tales. En este sentido, argumentan “la necesidad de integrar todos los pueblos constitutivos del Estado en una sola cultura, una sola lengua, una misma religión y, principalmente, bajo un orden legal único”. Los Estados no han reconocido su carácter multiétnico y plurinacional; “en el mejor de los casos —añade el IIDH— algunos Estados aceptan las culturas indígenas como un antecedente de la cultura nacional”.<sup>55</sup> El Estado, pues, sólo ha concebido la existencia de individuos —esto es, ciudadanos—, y por ello “borró” a las etnias del mapa político, en beneficio de un pueblo: el del Estado-nación.<sup>56</sup>

El Estado se halla desbordado, pues, como lo están otros datos de nuestra tradición política. Es preciso advertir —para actuar en consecuencia— que la reforma del Estado, cuando la nación tiene un importante componente indígena, como es el caso de México, implica una revisión profunda de la cuestión indígena: esta revisión es motivo o consecuencia de aquella reforma, o ambas cosas a la vez.<sup>57</sup>

Hay que ver cómo se proyecta sobre ese patrón conocido la declaración acerca de la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Si se trata solamente de un “hallazgo” antropológico, no tiene sentido alojarlo en la Constitución, a pesar del carácter heterodoxo de la ley fundamental mexicana. Lo pertinente es entenderlo como un reconocimiento político y una advertencia jurídica: en tal virtud, desde ahí habrá que construir “algo” diferente.

55 “Los derechos de los pueblos indígenas. Documento para discusión”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994, p. 155.

56 Cfr. González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., pp. 34 y 35.

57 No en balde se asegura que “si cristaliza el pluralismo jurídico, si se abandona el proteccionismo jurídico paternalista y se garantiza el libre ejercicio de la jurisdicción consuetudinaria, es decir, si se pone fin al colonialismo jurídico, el Estado, como forma de organización política, se habrá transformado”. *Ibidem*, p. 146.

Hace más de un siglo se habló de un derecho social, no apenas como un régimen tutelar de los débiles —que es una de las acepciones de aquel término—, sino como un régimen jurídico espontáneo, acordado por los grupos, dotado de instituciones propias, competente en determinados campos. Ese derecho social es vinculante dentro de un marco de autorizaciones claras y delegaciones precisas del derecho público. Georges Ripert mencionó el gradual abandono de la unidad del derecho; cada profesión y cada corporación piden y obtienen su propio sistema normativo; así se erosiona el poder reglamentario del Estado.<sup>58</sup> En su momento, Georges Gurvitch construyó una teoría del derecho social concebido como “derecho autónomo de comunión”.<sup>59</sup>

En el siglo transcurrido, el derecho social ha caminado a grandes pasos: se ha instalado en el dominio de la industria y el comercio, la organización colectiva, los factores de la producción, las relaciones internacionales. Ya nadie podría pensar que los órganos legislativos del Estado son la única fuente formal de las normas; que la autoridad de los funcionarios públicos es la única autoridad posible; que el federalismo y el municipalismo usuales son los únicos practicables. En la “reinvención” del Estado, o dicho más suavemente, en su reforma, hay que aceptar el flujo de corrientes como la realidad indígena, que viene de atrás para proponer el mundo de adelante.

## V. ALGUNOS TEMAS DEL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL

El artículo 4o. de la Constitución convoca algunos temas que han estado en nuestra realidad desde siempre, más o menos soslayados, temidos, oscurecidos. Dice que la ley garantizará a los integrantes de los pueblos indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, y que en los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que la misma ley establezca. Esta fórmula va desde insuficiente —aunque reconozco que la Constitución no puede ser un catecismo exhaustivo— hasta insatisfactoria.

No basta con que se prometan garantías a los integrantes de los pueblos. Es necesario que se ofrezcan y aseguren a estos mismos, lo

58 *El régimen democrático y el derecho civil moderno*, trad. de José M. Cajica Jr., Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1951, pp. 314 y 315.

59 *Cfr. L'idée du droit social*, París, Lib. du Recueil Sirey, 1932, p. 13.

cual es, por supuesto, mucho más espinoso que aquéllo, pero no menos necesario.

El acceso a la jurisdicción del Estado (expresión que no se compromete con la justicia social, sino apenas con la justicia individual de los tribunales)<sup>60</sup> no es construcción —o reconocimiento— de una jurisdicción indígena, ni siquiera en la medida en que ya opera, en muchos sectores de la relación jurídica, una justicia pactada que se desempeña con holgura y no es propiamente jurisdicción del Estado.<sup>61</sup> Por supuesto, mejor que aludir al acceso a la jurisdicción; sería hablar del acceso a la justicia, así se trate solamente de la justicia “individual” de los tribunales y no de la justicia “social”. En todo caso aquélla implica, en mi opinión, por lo menos dos derechos (a proponer las propias pretensiones ante los órganos competentes): derecho de audiencia y defensa, que es una expresión de la justicia formal; y derecho a la resolución de la controversia a través de una sentencia justa, que es manifestación de la justicia material o de fondo. Claro está que la buena marcha de la justicia volcada sobre los indígenas tendrá que ver con la visión de los operadores del aparato jurisdiccional, no apenas con la idoneidad de las normas y la excelencia, en abstracto, de los órganos de la justicia.<sup>62</sup>

La “consideración” de prácticas y costumbres quiere decir mucho, y en realidad no dice nada. En efecto, resta aclarar qué son y cuál es el alcance de esas prácticas,<sup>63</sup> cuyo sentido jurídico —raíz, intención profun-

60 Obsérvese, sin embargo, que a este acceso se le dio un amplio sentido en el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores sobre la reforma al artículo 4o. constitucional, iniciada en 1991. Efectivamente, “la expresión jurisdicción del Estado no limita la responsabilidad del gobierno al ámbito estricto de los procesos judiciales, toda vez que la jurisdicción del Estado se extiende a otros campos, como es el caso de la planeación del desarrollo nacional y las acciones administrativas que le corresponden”. *Derechos del pueblo mexicano...*, cit., t. I, p. 1423. En el documento “Principios básicos sobre los derechos fundamentales de los pueblos indios de Centroamérica, México y Panamá”, se manifiesta que “los Pueblos Indios tienen derecho a ejercer autoridad y jurisdicción dentro de sus límites territoriales de acuerdo a sus usos y costumbres y al grado y naturaleza de la autonomía establecida respecto al Estado de Pertenencia”. Cit. Ordóñez Cifuentes, en *Reclamos jurídicos...*, p. 121.

61 Se ha dicho que la garantía de acceso a la jurisdicción del Estado “no debe verse ni como la única instancia ni como una segunda instancia, sino como una instancia más, necesaria tanto como la consuetudinaria indígena, para la resolución —en colaboración— de los conflictos que se presentan en ellas y entre ellas”. González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, p. 146.

62 Porque “la visión colonial parroquial de los operadores del derecho: jueces, ministerio público, abogados, empleados judiciales, antropólogos, psicólogos, médicos forenses, traductores, etcétera, es de verdaderos colonizadores internos”. Ordóñez Cifuentes, “El procedimiento penal y los derechos humanos de los pueblos indios en los umbrales del siglo XXI”, *Reclamos jurídicos...*, cit., p. 59.

63 Así, “¿a qué prácticas se refiere el Estado y bajo qué criterios se les reconocerá?”, se pregunta Carlos Humberto Durand Alcántara. Cfr. “El Derecho consuetudinario indio, base de afianzamiento del territorio étnico”, en Varios autores, *Derecho y poder...*, cit., p. 82.

da, conectados al rumbo general de la cultura— puede ser diferente del que prevalece en el orden normativo mayoritario;<sup>64</sup> y queda pendiente el problema sobre las fronteras entre ambos derechos: el consuetudinario y el estatutario, además de que no hay razón alguna, como últimamente dijo en el Senado el presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, para confinar estas prácticas y costumbres en las controversias agrarias.

## VI. EL DERECHO CONSUETUDINARIO

Entre las formas de generación o creación jurídica figuran, a título de métodos principales, la legislación, la costumbre y la formulación jurisprudencial. No hablo de ley, costumbre normativa y jurisprudencia, que son, en todo caso, el producto o efecto, jurídicamente vinculante, de cierta instancia productora del derecho. Me refiero precisamente a ésta: la instancia legislativa, esto es, el proceso de expedición de leyes; la instancia consuetudinaria, es decir, el proceso de formación del uso o la costumbre normativos; y la instancia judicial, o sea, el proceso de formación de criterios jurisdiccionales obligatorios para todas las autoridades —y directa o indirectamente para todos los individuos— o solamente para los órganos administradores de justicia.<sup>65</sup>

La costumbre tiene una función reducida, modesta, en el orden jurídico mexicano: en todo caso, no puede ser contraria al derecho estatutario o escrito,<sup>66</sup> ni tiene fuerza derogatoria de éste. Así lo dispone el Código Ci-

64 “En una cultura comunitaria, cuya raíz es la vida colectiva, el derecho individual es una excepción. La definición misma de derecho lleva implícita la idea del consenso, del acuerdo, y del respeto por las normas establecidas por las comunidades. Desde este punto de vista, es evidente que, mientras la cosmovisión de los mestizos, marcada por la preeminencia del individuo sobre el grupo, requiere de una normatividad que oriente la búsqueda del bien común, en el caso de los pueblos indígenas esta visión está en la raíz de su concepción del derecho; lo que resulta extraño a su mentalidad es, justamente, la valorización de lo individual por encima de lo colectivo”. Fundación Vicente Menchú, “Cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas”, en Varios autores, *Cosmovisión y prácticas...*, cit., p. 69.

65 Me remito a mi elaboración de este criterio sobre las fuentes del derecho, en *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 71 y ss., y *Elementos de derecho procesal agrario*, México, Porrúa, 1993, pp. 13 y ss. En sentido similar, *cfr.* Flores García, Fernando, “Las fuentes del Derecho”, *Ensayos jurídicos*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1989, p. 171.

66 Óscar Correas propone abandonar el uso de la expresión “costumbre” para referirse a las normas no escritas. “Lo primero que habría que hacer —dice— es dejar de lado ese término confuso, y hablar, simplemente, de derecho escrito y no escrito. Con ello se terminaría la lamentable cuanto inútil discusión acerca de si las normas de las comunidades son o no derecho, y acerca de la diferencia entre derecho y costumbre. Lo único que habría que hacer es preguntarse, frente a los textos nor-

vil. Pero sucede que el derecho indígena, centenario o milenario, es precisamente un derecho formado en la costumbre, expresado en ésta y aplicado por ella misma, a través de instituciones y por el conducto de procedimientos que son, asimismo, el producto del uso inveterado y la conciencia de la eficacia vinculante: tales son, por cierto, los extremos que caracterizan a la costumbre jurídica: la *inveterata consuetudo* y la *opinio juris seu necessitatis*.

La frontera litigiosa entre las culturas que coexisten en México se agita cuando entran en colisión el derecho primitivo y consuetudinario de los grupos indígenas, y el derecho moderno, estatutario, de la mayoría mestiza.<sup>67</sup> Bajo el imperio de las normas legisladas, prevalece la ley escrita; en la realidad de las comunidades indígenas, se impone la costumbre.<sup>68</sup>

En la etapa colonial se quiso sostener la eficacia de las costumbres indígenas. En tal sentido se pronunció la cédula de Carlos V, expedida en Valladolid en 1555 y dirigida a los caciques de Verapaz, luego incorporada a la Recopilación de Leyes de Indias de 1680:

Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada religión, no con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen.<sup>69</sup>

Debo reiterar la pregunta que antes expresé: ¿hasta dónde puede operar la costumbre jurídica indígena? O dicho de otro modo, ¿cuál es el papel de ésta ante sus creadores y destinatarios, por una parte, y frente al

mativos, escritos o no escritos, es si responden o no a las características de la definición de derecho". "La teoría general del Derecho frente al Derecho indígena", *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994, p. 21.

67 Cfr. Beller Taboada, Walter *et al.*, *Las costumbres jurídicas de los indígenas en México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994, pp. 86 y ss.

68 Cfr. Orozco Henríquez, José de Jesús, *El derecho constitucional consuetudinario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 84.

69 Véase Menegus Bornemann, Margarita, "La costumbre jurídica en el Derecho indiano. 1529-1550", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IV-1992, p. 151. Toribio Esquivel Obregón comenta: "Si en España la costumbre tenía fuerza de ley, mayormente la tenía en Indias, pues habría sido desatentado y anárquico querer innovar en un mundo desconocido...". *Apuntes para la historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1984, t. I, p. 270.

derecho escrito nacional, por la otra, que pretende imperar sin competencia ni salvedad? El espacio mismo del derecho consuetudinario está a debate.<sup>70</sup> Y no se trata solamente de sostener o desvanecer un medio de regulación de la conducta, en aras de la eficacia normativa o de la congruencia entre las reglas jurídicas y la circunstancia que las produce. El asunto tiene una dimensión mucho mayor: la vigencia de los usos y costumbres constituye una prenda de la supervivencia indígena.<sup>71</sup>

Histórica y actualmente se ha visto que el derecho consuetudinario de los grupos autóctonos “desarrolla sus relaciones con el derecho estatal mexicano de manera compleja, es decir, en la complementariedad, originalidad y oposición”.<sup>72</sup> En rigor, las costumbres de hoy no son, necesariamente, las costumbres ancestrales; en aquéllas ha intervenido el asedio de los nuevos tiempos: asimilan normas europeas y mexicanas contemporáneas, “las cuales las han adaptado a sus necesidades y ahora las sienten como suyas”. En efecto, el derecho consuetudinario es también “evolutivo; toma algunas normas del exterior, las que van a estar en contacto con él, las transforma y las adapta a su sistema jurídico”.<sup>73</sup>

La respuesta a las cuestiones que antes dije posee la máxima importancia.<sup>74</sup> Poco significará, en los hechos, cualquier reconocimiento solemne de los títulos y los poderes jurídicos de los indígenas, empeñados en sostener su identidad y conducir su vida, si no existe una razonable admisión del valor de sus propias instituciones y prácticas jurídicas. El dere-

70 Se integra, afirman algunos, por las normas relativas a la propiedad, el parentesco, la socialización del grupo, su acatamiento a las autoridades tradicionales y la experiencia del indio (éstas son las disposiciones sobre participación política del indígena en su propia comunidad). Cfr. Durand Alcántara, “El Derecho consuetudinario...”, en Varios autores, *Derecho y poder...*, cit., pp. 92 y ss.

71 Dice Stavenhagen: “Un factor principal que ha permitido la sobrevivencia de los pueblos indígenas y tribales ante los ataques persistentes que sufren por parte de la sociedad dominante es su coherencia interna, su organización social, así como el mantenimiento de sus propias tradiciones, leyes y costumbres, incluso la autoridad política local”. “Los derechos indígenas: nuevo enfoque del sistema internacional”, en Varios autores, *Antropología Jurídica*, cit., p. 109.

72 González Galván, *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., p. 178.

73 Cordero Avendaño de Durand, Carmen, “El Derecho consuetudinario indígena”, en Varios autores, *Cosmovisión y prácticas...*, cit., p. 34.

74 A propósito del derecho consuetudinario indígena, González Galván propone varias preguntas primordiales: ¿es derecho? ¿es consuetudinario? ¿es indígena? Es un sistema jurídico, es derecho —responde—, “porque existe una concepción y prácticas del orden comunitario, que son características inherentes de cualquier *ethnos*, etnia, pueblo... Es consuetudinario porque desde hace quinientos años se produce y reproduce de manera no escrita, sino oral y en relación estrecha con las fuerzas de la naturaleza. Es indígena en el sentido que es una cultura jurídica milenaria que corresponde a pueblos originarios”. “El Derecho consuetudinario indígena en México”, en Varios autores, *Cosmovisión y prácticas...*, p. 74.



cho estatal no puede arrasar al consuetudinario.<sup>75</sup> En la medida en que esto ocurra, la nación aboliría a los pueblos, y el ciudadano nacional suprimiría al hombre indígena. Esto tiene que ver con el sistema jurídico íntegro, pero sobre todo con las relaciones más frecuentes: familiares, civiles, penales, laborales, jurisdiccionales.

Ahora bien, tampoco se puede admitir que el uso de los grupos étnicos suprima los derechos fundamentales del hombre, que son la esencia del estatuto jurídico del ser humano, su máxima conquista histórica, irreductible y necesaria. De ahí que el artículo 80. del Convenio 169 de la OIT reconozca: los pueblos indígenas “tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”.<sup>76</sup>

Con frecuencia —y razón, en mi concepto— se insiste en la frontera del derecho consuetudinario indígena: los derechos fundamentales. Ahora bien, reconozcamos que el más frecuente y severo problema no ha sido la violación —que la hay— de derechos humanos por los usos comunitarios, sino la vulneración reiterada, en perjuicio de los indios, de esos mismos derechos humanos que el estatuto nacional reconoce. De tal suerte, en el mundo de la aplicación jurídica —que es, en definitiva, el único mundo que interesa: el espacio de la realidad— el derecho nacional ha sido inconsecuente con sus principios.

Recordemos, por último, que el sistema normativo consuetudinario puede ser la vía más democrática para la formulación del derecho, en tanto no deriva de representantes populares, sino del pueblo mismo erigido en instancia legislativa. Por otra parte, este sistema alivia el problema, tan severo, del conocimiento del derecho por parte de sus destinatarios: así parece racional el dogma —absolutamente irracional en el supuesto de la

75 Sostiene González Galván que los derechos estatal y consuetudinario son dos manifestaciones contemporáneas de lo jurídico: “el derecho estatal, entendido como la concepción de lo jurídico caracterizado por la organización social de conductas a través de reglas escritas derivadas de un órgano especializado y legitimado por las mismas reglas, y el derecho consuetudinario, como la concepción de lo jurídico, caracterizado por la organización social de conductas a través de reglas-prácticas concebidas en comunicación con las fuerzas de la naturaleza y transmitidas, fundamentalmente, de manera oral”. *El Estado y las etnias nacionales en México*, cit., p. 203.

76 Jorge Madrazo hace notar la carencia de un catálogo de las normas consuetudinarias indígenas, que permita su examen a la luz del derecho nacional. Por otra parte, observa que no es uniforme la aculturación de los pueblos indígenas. Considera que la admisión de las reglas consuetudinarias indígenas debe quedar sujeta, en su caso, a lo que dispongan las entidades federativas correspondientes, y no a un ordenamiento federal. *Cfr.* versión stenográfica de la presentación del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante los senadores de la República, el 5 de enero de 1996.

regulación estatutaria— de que “todos los individuos conocen el derecho” y, en consecuencia, “nadie puede alegar ignorancia para justificar su incumplimiento”.

Finalmente, el régimen consuetudinario propone puntos interesantes en orden al conocimiento jurídico del juzgador y al objeto de la prueba: cabe decir que si el juez conoce el derecho nacional, por eso mismo conoce el derecho consuetudinario; y que las costumbres vinculantes —porción del derecho positivo— no están sujetas a prueba. Empero, es frecuente que se sostenga lo contrario: los usos y costumbres deben ser probados.

## VII. EL PROBLEMA AGRARIO

En el conjunto de estos temas figura la cuestión agraria, que no es apenas, como puede ser para otros actores del campo, un problema de tenencia y aprovechamiento de bienes inmuebles. Su dimensión fue debidamente apreciada en la “Declaración de San José” de 1982: “Para los pueblos indios la tierra no es sólo un objeto de posesión y de producción. Constituye la base de su existencia en los aspectos físico y espiritual en tanto que entidad autónoma. El espacio territorial es el fundamento y la razón de su relación con el universo y el sustento de su cosmovisión”.<sup>77</sup>

Si esto es así, habría que volver la mirada sobre la tenencia comunal de la tierra, y preguntarse si la regulación actual reconoce su insólito valor para los pueblos indígenas, en el caso de que queramos —y esta sería la primera pregunta— respetar el valor que para ellos tiene. Parecen quererlo tanto el artículo 4o. como el artículo 27, ya en sus términos actuales; lo propone su letra, y quizá también su espíritu. De ser así, deberíamos considerar la intangibilidad absoluta de las tierras comunales, que es una forma radical de entender la disposición del artículo 27: “La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas”. En este orden de cosas, la legislación privatizadora de la propiedad colectiva de las comunidades “es considerada por los indígenas como una de las principales amenazas a su sobrevivencia como colectividades y culturas con identidad propia”. En efecto —se observa—, la propiedad individualizada, con sus consecuentes procesos de acumulación y concentración, por una parte, y de atomización y fragmentación de la tierra, por la otra, ha repre-

<sup>77</sup> Cit. Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, cit., pp. 132 y 133.

sentado un poderoso proceso destructivo de los grupos indígenas del continente.<sup>78</sup>

En fin, quizá sea debido retornar a un sistema estricto de protección de la tierra, en el caso de los indígenas. Y no faltará quien pregunte: ¿sólo en ese caso? Lo cierto es que la desprotección de esas tierras, una “desprotección modernizadora”, formó parte de los puntos fundamentales de la reforma de 1992, que constituyó un “caso célebre” de retraimiento del Estado y entrega o devolución de facultades a los individuos, para su bien o su mal. Este retraimiento, con sus posibles consecuencias, es lo que no quiso el agrarismo tradicional, cobijado en el Estado tutelar de los campesinos. No pretendo condenar o absolver en bloque cualquiera de estas tendencias, cada una abastecida de motivos y razones importantes. Sólo observo que aquí existe una zona de conflicto entre las preocupaciones sociales que arraigaron en nuestro sistema jurídico, y las inquietudes neoliberales que quisieron echar raíces después, con evidente premura.

78 *Ibidem*, pp. 345 y 346.

## DERECHOS HUMANOS, SALUD Y PRÁCTICA MÉDICA\*

SUMARIO: I. *Presentación del tema.* II. *Los derechos humanos.* III. *El derecho a la protección de la salud en la Constitución mexicana.* IV. *El derecho a la protección de la salud en instrumentos internacionales.* V. *Práctica médica.*

### I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La salud es un tema jurídico de primer orden. Si hubiésemos abordado este asunto un siglo atrás, se habría localizado en el derecho secundario, reducido a ordenamientos legales y reglamentarios, fuera de la Constitución, en la que se alojan las cuestiones más graves y relevantes de la nación.

Hoy las cosas han cambiado: la salud es un tema constitucional. Esto obedece a consideraciones diversas. En primer término, se debe a la importancia misma de la salud para el individuo y la sociedad. Sin embargo, siempre fue relevante, pero no siempre se le asignó, en forma y fondo, el relieve que actualmente posee. El nuevo tratamiento jurídico corresponde, asimismo, a la evolución del sistema de los derechos humanos. Por último, se relaciona con la aparición del Estado social o Estado de bienestar, consecuencia natural de la evolución de los derechos humanos. La salud dejó de ser un tema de filantropía, piedad, misericordia particular, y devino una atención central del Estado moderno.

Sobre este último punto es preciso observar que la asunción de obligaciones por parte del Estado nacional trajo consigo una contrapartida internacional significativa: el desarrollo del sistema mundial de preservación de la salud —como de otras materias de interés general: el trabajo— y la formación de organismos y programas internacionales en este campo.

\* Intervención en el Primer Congreso Nacional de Bioética: “Bioética, salud, derechos humanos y responsabilidad científica”. México, D. F., 27 de noviembre de 1997. Publicado en *Memoria del Primer Congreso Nacional de Bioética: bioética, salud, derechos humanos y responsabilidad científica*, México, Comisión Nacional de Bioética, Academia Nacional Mexicana de Bioética, 1998.

Piénsese, por ejemplo, en la Organización Mundial de la Salud y en la Organización Panamericana de la Salud.

Por otra parte, la decadencia del Estado de bienestar, que resulta del nuevo entendimiento de las relaciones entre el poder público; la sociedad y los individuos, trae consigo la revisión de las cargas que el Estado acepta en sus funciones de asistencia relacionadas con la salud de la población. Es aleccionador el gran debate internacional sobre esta materia y la reconsideración de los programas de salud pública, trátase del régimen de seguridad social, trátase de los sistemas de asistencia directa a la población no asegurada.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS

En rigor, no existe —ni podría existir— un verdadero derecho a la salud, en el sentido estricto de la expresión. Lo que hay es un derecho a la protección de la salud; es decir, al establecimiento de condiciones que permitan el cuidado de este bien fundamental para la conservación de la existencia y para la obtención de cierta calidad de vida. Esto supone que el Estado —obligado natural bajo el concepto de los derechos humanos— inicie, fomente, preserve y desarrolle dichas condiciones. Uno de los aspectos de esta misión, pero no el único, es el establecimiento de centros de prevención y asistencia; es decir, servicios de salud destinados a atender a todas las personas.

Antes me referí a la evolución de los derechos humanos. Se reconoce la existencia de varias generaciones de derechos humanos, a partir de las primeras grandes declaraciones —las americanas y la francesa— al final del siglo XVIII.

Bajo la luz de aquellos documentos y al cabo de una larga y azarosa historia, se fijó el concepto mismo de los derechos humanos. En síntesis, éstas son las prerrogativas, facultades o protecciones esenciales que todos los individuos tienen en virtud de su condición humana, sin más requisito, exigencia o consideración. Este concepto tiene una doble raíz, por lo menos. Por una parte, se eleva sobre la dignidad del ser humano. Esta es una noción dinámica —que varía y progresa en el curso del tiempo— y cuenta con datos nucleares, irreductibles, como la vida y la libertad, y un dato creciente: la calidad de la vida. Por otra parte, la idea de los derechos humanos se alza sobre la certeza de que todos los hombres nacen y viven

libres e iguales en derechos —esto es, son iguales ante la ley—, como dijo el artículo 1o. de la Declaración francesa de 1789.

El orden jurídico de la conducta implica que un sujeto posee derechos exigibles frente a otro, el cual tiene deberes ante aquél. A esto se refiere la bilateralidad de la norma jurídica, cuya estructura es diferente de la que corresponde a la norma moral, que establece deberes, pero no derechos. La primera generación de los derechos humanos implica abstenciones del Estado. Tal es la obligación del poder formal —y de quien lo representa o encarna, la autoridad— ante el individuo: abstenerse de oprimir o poner en peligro sus facultades naturales; en otros términos, respetar la libertad, la propiedad, la seguridad; es decir, no intervenir, como no sea para asegurar a cada quien el ejercicio de su propio derecho, cuya frontera se halla donde comienza el derecho de los demás.

Otra cosa ocurre en la llamada segunda generación de los derechos humanos. Ésta proviene de una nueva relación entre el poder público y los individuos. La libertad y la igualdad formales, la abstención aséptica del Estado, el despliegue de las fuerzas de cada sujeto en el amplio espacio de la sociedad, condujeron a otra forma de tiranía: ya no la de los gobernantes, sino la de los conciudadanos. Obviamente, los más fuertes impusieron su ley a los más débiles. De ahí que el nuevo concepto —o mejor dicho, la nueva generación— de los derechos humanos involucrara acciones o prestaciones del Estado en su trato con los gobernados, y no apenas abstenciones de la autoridad. Esto trajo consigo la intervención pública en las relaciones sociales, a través del Estado social o Estado de bienestar.

Digamos de una vez que a esta categoría corresponde el derecho humano a la protección de la salud, que hoy se prevé ampliamente en numerosos textos nacionales e internacionales, que suelen formar parte de lo que se ha denominado el contenido programático de la Constitución: una serie de estipulaciones que concurren a diseñar el “modelo de nación”, el “rumbo social”, la “ruta del Estado en procuración de la felicidad del pueblo”.

Todavía hay otra generación de derechos humanos, la tercera, que se relaciona con la protección del ambiente, la preservación de la paz, el bienestar colectivo, la seguridad.

### III. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera Constitución “social” de la historia —es decir, de orientación social, no sólo individualista—, por cuanto incluyó garantías de este carácter, que anteriormente se recogían, si acaso, en la ley secundaria. La novedad se concentró, sobre todo, en el régimen de los derechos agrarios, establecido en el artículo 27, y de los derechos obreros, estatuidos en el artículo 123. En 1917 no se proclamó un derecho universal a la protección de la salud. Ésta sólo se contempló como tutela de la salud de los trabajadores, y materia sujeta a las atribuciones legislativas del Congreso de la Unión —es decir, competencia de la Federación—, en lo que toca a la salubridad general. En otros ordenamientos de la primera época del constitucionalismo social, esto es, de la primera posguerra mundial, el tema de la salud tuvo presencia autónoma.

En 1979-1980 se introdujo una interesante reforma al artículo 4o. de la Constitución, en el que se han depositado numerosos y diversos programas sociales del Estado mexicano. Esa adición se refirió, en forma restrictiva, a la salud de los menores de edad, asociada a las obligaciones paternas: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas.” Obviamente, el legislador constituyente consideraba sólo a un sector de la población, los menores de edad, y aludía, implícitamente, a los servicios e instituciones que el Estado había desarrollado para concurrir con los padres —o asistirlos— en la protección de sus hijos: los organismos de seguridad social y el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, especialmente.

La iniciativa de reforma del artículo 4o. constitucional, del 20 de diciembre de 1982, abordó la cuestión de la salud como un verdadero derecho universal, esto es, como un derecho que tienen todas las personas —que pueblan el territorio de la República— y no sólo un sector de ellas: los menores de edad, los trabajadores, por ejemplo. Esta reforma fue aprobada con el cambio de una sola palabra; donde la iniciativa decía: toda persona “tendrá” derecho, se dijo finalmente que toda persona “tiene” derecho.

En la exposición de motivos de la iniciativa de 1982 se hizo referencia a una serie de puntos que contribuyeron a trazar el panorama nacional

que prevalecía en el cuidado de la salud: evolución favorable en las condiciones de vida de la población; expansión de los servicios de salud pública y otros instrumentos que favorecen la salud: educación, protección del ambiente, infraestructura y equipamiento, etcétera. Asimismo, se dejó constancia de los problemas existentes en este ámbito: graves rezagos; carencia de un verdadero sistema de salud, y falta de coordinación de entidades y dependencias del Estado a cargo de servicios de salud.

Por todo ello, en la iniciativa se propuso adicionar al artículo 4o. una “garantía social”, consecuente con “los propósitos de justicia social de nuestro régimen de convivencia y con los compromisos que en cuanto a derechos humanos, México ha contraído en la Organización de Estados Americanos desde hace décadas”. Esto vendrá a “enriquecer —se añadió en la exposición de motivos— el contenido programático de la Constitución de Querétaro”.

En concepto de la misma exposición de motivos, la expresión “derecho a la protección de la salud” denota que ésta “es una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados”. Sin embargo, el carácter social de ese derecho impone a los poderes públicos un deber correlativo: disponer de un sistema nacional de salud. Para alcanzar este fin —se siguió diciendo— es necesario perfeccionar el sistema nacional de planeación. El documento presidencial afirmó, por último, la pretensión de revertir el proceso centralizador existente, redistribuir responsabilidades entre la Federación, los estados y los municipios y entregar a las jurisdicciones locales funciones, programas y recursos manejados por la Federación.

#### IV. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Los individuos no fueron sujetos del derecho internacional clásico, salvo en su condición de “súbditos” de un Estado. Sólo los Estados figuraban en la escena jurídica internacional. Actualmente las cosas han cambiado. Los seres humanos han pasado a ser sujetos del derecho internacional público, que les reconoce derechos en sendas declaraciones, pactos y tratados, y provee al ejercicio de esos derechos —y a la observancia de los deberes del Estado— a través de importantes instrumentos políticos y jurisdiccionales, que actúan en diversas regiones del planeta. Estos son



las comisiones de derechos humanos y las cortes internacionales de la misma especialidad.

Hay dos perspectivas en el análisis de este asunto. Por una parte, la atención de la salud aparece contemplada como un derecho asociado o conexo a otros derechos concernientes a la protección del menor, la mujer y la familia, la seguridad social, la alimentación, la preservación del medio ambiente, etcétera. Por otra parte, aquel derecho aparece igualmente como tema autónomo, relevante y subsistente por sí mismo.

Desde luego, el primer derecho humano, que lógicamente preside y precede a los restantes, sin el cual éstos carecerían de sentido y actualidad, es el derecho a la vida. A partir de la tutela de la vida —y como consecuencia obligada de esa tutela en su doble dimensión: la existencia y la calidad de la vida— se estatuye la protección de la salud. Así lo hace la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en 1948, a la que se tiende a reconocer carácter vinculante para los Estados del sistema interamericano (1948). En efecto, el artículo XII sostiene: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Como su denominación lo acredita, aquella declaración —diferente en este aspecto de otros instrumentos de la misma especie— no es solamente una expresión de los derechos del individuo, sino también de sus obligaciones públicas. De ahí que el artículo XXXV consigne el deber que aquél tiene de colaborar con el Estado y la comunidad en la asistencia y seguridad sociales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, fue expedida con la dolorosa memoria de las infinitas violaciones a los derechos del ser humano consumadas por los Estados totalitarios antes de su derrota militar en 1945. El artículo 23 de este famoso texto señala, entre otras expresiones del nivel de vida, el derecho a asistencia médica, así como el seguro para casos de enfermedad e invalidez.

La Declaración Universal se desarrolla a través de dos pactos internacionales, con alcance mundial, de 1966. Ambos han sido suscritos por México y se hallan vigentes en nuestro país. Uno de ellos se refiere a los derechos civiles y políticos; en él se alojan sobre todo, pues, los derechos humanos de la primera generación. El otro corresponde a los derechos económicos, sociales y culturales, temas de la segunda generación. El artículo 12,1, de este último instrumento, señala que los Estados parte —es decir,

los que concurren en la suscripción y asunción del pacto— “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En diversos incisos, dicho artículo establece medidas conducentes al propósito que persigue.

De fecha relativamente reciente es otro notable instrumento de alcance mundial: la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, que también rige en México. El artículo 24,1 manifiesta que los Estados “reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud”. Igualmente señala en diversos incisos varias medidas conducentes a ese objetivo. Destaca la promoción de cooperación internacional para “lograr progresivamente la plena realización” de tal derecho; y dispone que “se tendrán en cuenta las necesidades de los países en desarrollo” (inciso 4).

Interesa destacar algunos extremos del Convenio citado en el párrafo anterior, que se repiten, con mayor o menor semejanza; en otros instrumentos internacionales. Véase, así, que se habla del “más alto nivel posible de salud” —como se hace en el citado Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—, y se dice que la cooperación internacional permitirá el alcance progresivo del derecho ahí reconocido.

Estas expresiones son consecuentes con la idea de que los derechos de la primera generación rigen en forma inmediata, total e incondicional, en tanto los de la segunda tienen un carácter progresivo. Dicho en otra forma, la exigencia de respeto a la vida o a la libertad de una persona no está sujeta a condiciones ni evoluciones más o menos complejas y dilataadas. Lo está, en cambio, el acceso a los derechos a la vivienda, a la educación superior, a la salud, por ejemplo. Por otro lado, la propia Convención contiene una referencia específica —de indudable valor para los fines de la equidad— a las naciones menos desarrolladas.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950) se relaciona principalmente con los derechos civiles y políticos. En el sistema europeo, la materia que ahora nos interesa figura en la Carta Social Europea (Turín, 1961). Entre los principios que aparecen en la primera parte de este documento, se recogen los siguientes: 11. “Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”; y 13. “Toda persona desprovista de suficientes recursos tiene derecho a la asistencia social y médica”. En la segunda parte

de la Carta —consecuente con dichos principios—, el artículo 11 regula el derecho a la protección de la salud, y el 13, el derecho a la asistencia social y médica.

En nuestro ámbito continental, es preciso tomar en cuenta, además de la Declaración de 1948, a la que ya me referí, el desarrollo de ésta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), conocida como Pacto de San José. El tema que estamos examinando se localiza en el Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (1988). En éste, el artículo 10,1, señala: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. En una serie de incisos se desarrollan las medidas conducentes a la satisfacción de ese derecho.

En el marco de estas cuestiones interesa destacar una disposición que proviene de las amargas experiencias sufridas bajo el totalitarismo nazi, que permitió “experimentos médicos” sobre miembros de minorías perseguidas, sin o contra la voluntad de los sujetos a semejante experimentación. Por ello, el derecho internacional público protector de los derechos humanos ha establecido sendas normas prohibitivas. Estas no se hallan entre las disposiciones relacionadas con la salud, sino entre las relativas a derechos civiles en materia de persecución penal y administración de justicia, junto al rechazo de las penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido se pronuncia el artículo 7o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966. Por cierto, conviene tomar en cuenta que esta prohibición forma parte de aquéllas que no pueden ser alteradas o suprimidas en caso de suspensión de derechos (artículo 5,2).

## V. PRÁCTICA MÉDICA

En la parte final de esta exposición me referiré a la práctica médica y a las responsabilidades que resultan de ella. Sabemos que el médico es el agente por excelencia de la protección de la salud. En torno a él gira el derecho de la salud, entendido como un conjunto de normas referentes a cierto género de relaciones intersubjetivas, es decir, la rama jurídica que se ocupa de la atención al derecho que todos los seres humanos tenemos a la protección de nuestra salud, ampliamente concebida como situación de equilibrio biopsicosocial.

Cada sistema jurídico previene y organiza a sus propios personajes, titulares de derechos y/o de obligaciones. Los sujetos más relevantes del derecho a la salud, sus protagonistas indispensables, son los usuarios de los servicios de salud, esto es, los titulares del derecho a la protección de la salud, y los prestadores de esos servicios: individuos o personas colectivas, instituciones públicas o privadas. Obviamente, el eje de estos servicios es el médico, sea que desarrolle sus actividades profesionales en forma personal e independiente, sea que lo haga dentro de un grupo de trabajo libremente constituido, o lo realice al amparo de una organización destinada total o parcialmente a este género de actividades.

La relación entre el obligado y el usuario, que posee gran relevancia jurídica, se concreta en actos que integran la práctica médica. A su vez, ésta genera responsabilidad a cargo del prestador del servicio, y puede producirla, asimismo, a cargo del usuario. Hablo de responsabilidad en el sentido de asunción de consecuencias jurídicas derivadas de una conducta propia, y ocasionalmente de una conducta ajena. Para que se actualice la responsabilidad, en alguna de sus diversas vertientes —civil, penal, administrativa—, es preciso que exista una conducta (acto u omisión) indebida (ilícita, ilegal, antijurídica), y que ésta ocasione una consecuencia perjudicial (lesión de un bien jurídico o afectación de un derecho). Por lo que hace al último extremo, se requiere que entre dicha conducta y el resultado lesivo exista una relación que permita atribuir éste a quien realiza aquélla. Esa atribución no proviene solamente del encadenamiento causal entre la acción y el resultado —nexo sobre el que hay diversos conceptos—, sino también de la imputación jurídica de ese resultado a quien realiza la conducta.

En este orden de consideraciones aparece el sugerente problema de la responsabilidad de los médicos con motivo de su desempeño profesional. Esta cuestión reviste el mayor interés para los practicantes de la medicina y sus auxiliares, para los aplicadores de la ley y para los estudiosos de la bioética, que afortunadamente está conquistando un buen espacio —y ciertamente lo merece— en la atención pública y privada. Por supuesto, es imposible desvincular la bioética de la práctica médica; ésta es uno de los terrenos más destacados para las preocupaciones de aquélla.

Aquí es necesario subrayar las obligaciones inherentes al desempeño profesional de la medicina y de sus disciplinas auxiliares. En primer término, llegan a la escena los deberes éticos. Uno de los asuntos más transitados de la filosofía del derecho es el deslinde entre las normas éticas y

las normas jurídicas. Ciertamente se trata de órdenes diferentes. Con frecuencia se ha dicho —pero también rechazado— que el derecho es el “mínimo ético exigible”. Para medir el alcance de esta expresión, tómesese en cuenta que los deberes morales de un individuo surgen ante él mismo, ante su conciencia, en su fuero interno; no son deberes exigibles por un poder externo al sujeto. Esto último —la exigencia externa de cumplimiento de las obligaciones, inclusive de manera impositiva, mediante la coerción y la sanción pública— caracteriza al orden jurídico.

Sin embargo, hay bienes comunes para ambos órdenes de la conducta, que luego determinan obligaciones coincidentes. Podemos pensar que el Decálogo contiene deberes morales —principalmente orientados a la protección de la vida—, que también figuran como obligaciones jurídicas fundamentales. Ahora bien, no todas las disposiciones morales deben ser adoptadas por el derecho. Éste sólo asume como propias las estrictamente indispensables para la subsistencia y buena marcha de la vida social. Hay otros deberes, estrictamente morales, de los que el derecho se desentiende; quedan sujetos únicamente al fuero de la conciencia.

La práctica médica es un ámbito ejemplar acerca de los deberes morales transformados en vinculaciones jurídicas. Por supuesto, la “ética profesional” no es privativa de la medicina; la hay en todas las profesiones. Sin embargo, adquiere un tono diferente y mayor en la práctica médica, derivado de la excepcional importancia de los bienes que entran en juego en este campo: la vida y la salud, nada menos. Por ello, diversos ordenamientos legales elevan expresamente los deberes de la “ética profesional” al plano de los deberes jurídicos.

Hay numerosos ejemplos de lo anterior en la legislación mexicana en materia de salud. Así, el artículo 51 de la Ley General de Salud estatuye el derecho de los usuarios de servicios de salud a “recibir atención profesional y éticamente responsable”. La fracción I del artículo 100 del mismo ordenamiento dispone que la investigación en seres humanos “deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica”.

En el mismo orden de consideraciones, el artículo 75 de la Ley General de Salud previene que el internamiento de los enfermos mentales debe ajustarse a los “principios éticos y sociales, además de los requisitos científicos y legales que determine la Secretaría de Salud y establezcan las disposiciones jurídicas aplicables”. Igualmente, el artículo 8o. del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servi-

cios de atención médica sostiene que ésta “deberá llevarse a efecto de conformidad con los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica”.

Como se ve, todos estos preceptos —y otros muchos— invocan la ética y la ciencia. Esto último conduce a la segunda categoría de deberes que debe observar el practicante de la medicina, el profesional de la salud, para el debido desempeño de su actividad. Me refiero al deber técnico, la *lex artis*, las reglas inherentes al ejercicio profesional, en las condiciones y dentro de las circunstancias prevalecientes. En el ámbito del derecho penal, la “*lex artis*” se relaciona estrechamente con el deber de cuidado que debe aplicar el practicante de una profesión para prever y evitar consecuencias peligrosas o lesivas, o bien, reducir el alcance de las consecuencias lesivas inevitables.

Este deber técnico se documenta en las normas técnicas expedidas por las autoridades competentes, que forman parte del derecho de la salud. Se trata del

conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, emitidas por la Secretaría de Salud, que establezcan los requisitos que deben satisfacerse en la organización y prestación de servicios, así como en el desarrollo de actividades en materia de salubridad general, con el propósito de uniformar principios, criterios, políticas y estrategias (artículo 14 de la Ley General de Salud).

Evidentemente, es posible que el practicante de la medicina se ponga a causar un resultado delictuoso —el resultado previsto por la ley penal: la alteración de la salud, la privación de la vida, etcétera—, caso en el que deberá responder por su conducta dolosa. Pero lo más frecuente es que la responsabilidad surja bajo otro concepto penal, la culpa, anteriormente denominada imprudencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado. La culpa —la acción culposa, que genera el llamado delito imprudencial— deriva de la violación del deber de cuidado que debió observar el practicante profesional. Sobre este particular es necesario recurrir a la fórmula contenida en el segundo párrafo del artículo 9o. del Código Penal: “Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.

## CONSIDERACIONES SOBRE EL SERVICIO PÚBLICO\*

Entre los abogados hay una frase inexacta y elocuente: “Es preferible contar con buenos jueces —se dice— que tener buenas leyes”. Esa frase es inexacta porque propone un falso dilema: o buenos ordenamientos o buenos funcionarios, cuando lo necesario —y además perfectamente posible— es disponer de jueces y leyes excelentes. Y esa frase es elocuente, porque exhibe una necesidad y comunica una percepción permanente, que se manifiestan, por supuesto, en todos los campos del servicio público, no sólo en la administración de justicia: es indispensable que ese servicio se halle en las mejores manos. En caso contrario, ¡ay de los ciudadanos! Esta es una verdad meridiana y constituye uno de los temas principales de la administración pública, o acaso el primero entre todos.

Acerca del Estado existe un buen número de definiciones. Más allá de los puntos de vista de quienes suponen que el Estado —y en éste, el gobierno, la administración, la legislatura, la magistratura, etcétera— posee existencia propia, en virtud de que cuenta con “personalidad jurídica”, lo cierto es que el Estado no existe en el sentido en que existen, por ejemplo, los seres humanos de carne y hueso.

El Estado, los poderes de la Unión, las instituciones de la República sólo existen verdaderamente en la medida en que encarnan en personas concretas. Estos son los funcionarios, los empleados, los servidores públicos. En consecuencia, éstos son el Estado. Todo lo demás es abstracción, creación del pensamiento. Cuando Luis XIV decía: “el Estado soy yo”, enunciaba una verdad rotunda. En efecto, el rey absoluto concentraba todos los poderes del Estado —Legislativo, Ejecutivo y Jurisdiccional— y en tal virtud era la “encarnación” del poder público, que sólo se materializa en personas. Su persona era la persona del Estado.

Por todo eso, las personas interesan sobremanera, aunque también nos interesen las buenas leyes... que son, por cierto, un producto de los

\* Publicado bajo el título “La profesionalización del servicio público”, *Revista del Instituto de Administración Pública del Estado de México*, Estado de México, núm. 31, julio-septiembre de 1996, pp. 45-60.

buenos legisladores. De ahí que hayamos invertido tanta imaginación, tanto tiempo, tanto esfuerzo en la formulación de un “perfil” del servidor público y en la búsqueda de los individuos que se acomoden a ese perfil hipotético.

En los viejos tiempos en que Dios unguía a los gobernantes, el problema mayor estaba resuelto de antemano: no tenía que molestar al pueblo en elegir gobernante ni en fijarle sus atribuciones. Todo estaba escrito, y se hacía según lo estipulaban esas escrituras. Y luego era problema del monarca desplegar su ingenio divino y designar a los subalternos que le auxiliaran en el desempeño de su ministerio. Los ciudadanos —si es que eran ciudadanos— podían ahorrarse ese trabajo.

El problema vino cuando los hombres se percataron de que la soberanía radicaba en el pueblo, y que en ejercicio de esa facultad soberana el pueblo mismo —y sólo él— debía seleccionar y elegir a sus gobernantes. Estos, a su vez, deberían completar el proceso de “provisión” del Estado, designando con rigor y prudencia a quienes se harían cargo de actualizar las funciones públicas y brindar a los ciudadanos los servicios que el Estado debía proporcionarles. Todos, gobernantes, funcionarios y empleados —esto es, el universo de los servidores públicos, como ahora los denominamos— serían responsables ante el pueblo, directamente, en términos políticos, o indirectamente; ante los tribunales y otras instancias jurisdiccionales, en términos jurídicos.

Todo ello plantea el tema de la provisión de los cargos públicos, y con él, la cuestión sobre “quiénes”, “por qué” “cómo” y “cuándo” deben ocupar esos cargos. Las reflexiones de los administradores y administrativistas que se ocupan y preocupan por la “profesionalización” del servicio público tienen por objeto, en esencia, responder a esas preguntas, que son el “a,b,c” del servicio, su secreto, la clave de su éxito... o de su fracaso.

Sobre esto hay un buen número de soluciones, a veces discrepantes, heterogéneas; cada una busca resolver el punto como lo considera mejor o como más le conviene. Hay de todo. Y justamente por eso aún estamos librando la batalla —una lucha que se ha prolongado excesivamente, y que no amaina— por resolver con racionalidad, honradez y eficacia un asunto que debimos haber superado hace mucho tiempo. Aquí y en todas partes, aunque en unas más y en otras menos.

La primera época en la historia de las designaciones de funcionarios, una vez eliminada la “selección divina”, giró en torno a las ventajas que la designación pudiera deparar a quien la hacía. Hubo veces en que se



aceptó la venta de los nombramientos —civiles, militares y hasta religiosos—, a fin de llenar las arcas del gobierno, sostener la fuerza pública o llevar a cabo obras o trabajos que engrandecieran al Estado o dieran prestigio al gobernante.

En otros casos, más de nuestro tiempo, se trataba de atraer, complacer, atender a una “clientela”; los nombramientos debían ser consecuentes con este interés clientelista, mucho más que con las exigencias del buen despacho. Por otra parte, si el poder seguía siendo —o así se miraba y se manejaba— una suerte de patrimonio social o político del funcionario competente para hacer designaciones, era natural que éstas recayesen en quienes vendrían a consolidar el patrimonio de su jefe.

Estas formas de proveer a los cargos públicos, que fueron sabidas y admitidas, y que hoy calificaríamos como corruptas, tienen un común denominador: la conveniencia del servidor público —el que designa y el designado—, mucho más que la conveniencia del servicio —que es, vista desde otro ángulo, la conveniencia del pueblo—, por más que a menudo se disfrazara con una expresión tan sacramental como inconsecuente: “por convenir al buen servicio...”.

Es evidente que en alguna medida persisten, y se niegan a morir, esos métodos egoístas y ligeros para el nombramiento de los funcionarios. Permean todos los ámbitos del Estado; desde los vinculados con los procesos electorales —así, cargos de selección partidista y elección popular— hasta los asociados al sistema administrativo de nombramiento por un superior jerárquico, característico del Poder Ejecutivo y, hasta cierto punto, del Poder Judicial.

La “obra de romanos” en el servicio público ha consistido y consiste todavía en cancelar aquellos métodos y sustituirlos por otros en que, finalmente, la designación de los servidores y su permanencia en el servicio dependan única y exclusivamente de la conveniencia del pueblo. Esta es otra manera —altruista, ya no egoísta— de entender la clientela y el patrimonio: una y otro se hallan más allá de los funcionarios, del otro lado de la ventanilla o del escritorio; se localizan en el pueblo; éste es el único cliente y el dueño exclusivo del patrimonio.

Obviamente, la nueva manera de ver las cosas hunde sus raíces en la democracia: no tanto porque la mayoría de los ciudadanos intervenga en la designación de los funcionarios, sino porque éstos se hallan comprometidos únicamente con los ciudadanos, y porque la ley, no la voluntad de un personaje, es la fuente de sus atribuciones, la llave de su ingreso y

permanencia en la función pública, y la medida de su desempeño, sea para estimularlo y recompensarlo, sea para sancionarlo. Los nuevos datos dominantes son, pues, pueblo y ley; ésta, a su turno, expresa las exigencias de aquél para la adecuada designación de empleados y funcionarios. Es entonces cuando podemos hablar de servidores públicos profesionales y de “profesionalización” del servicio público.

Los Estados modernos se precian de la calidad de sus servicios, en función de la calidad de sus funcionarios. De éstos depende, inclusive, la regularidad de esos servicios a pesar de que haya vientos de fronda en el gobierno. Pueden caer los gobiernos —como hemos visto en Europa, a lo largo de varias décadas— y persisten, impávidos, los servicios públicos. La crisis de un gobierno no tiene por qué significar crisis en las relaciones sociales de todos los días, es decir, en la vida ordinaria de los ciudadanos. Es preciso que ésta se desarrolle normalmente, a pesar de que el gobierno —es decir el sector estrictamente “político” de la administración pública— se halle en problemas. Los servicios están en donde deben estar: en las manos de profesionales, a salvo de los avatares de la política.

El servicio público de nuestro tiempo —diremos “moderno”, por oposición al servicio “tradicional” o “premoderno”, ligado al patrimonialismo y al clientelismo— requiere una serie de reglas y cuidados en diversos puntos. Se trata de una construcción delicada, que luego será formidable: es preciso elevarla con rigor y precisión, rodearla de garantías, observarla estrechamente, corregirla con suficiencia y oportunidad.

Esos puntos a considerar son, por lo menos, los siguientes: reclutamiento idóneo de los servidores públicos; selección objetiva de éstos; capacitación adecuada en intensidad y calidad; provisión de recursos (estabilidad, remuneración, prestaciones, etcétera) que atraigan y retengan a los aspirantes, primero, y a los servidores, después; supervisión y control; estímulo del comportamiento debido y premio de la conducta excepcional; sanción de las faltas y desviaciones en el desempeño del cargo. Es necesario que todas estas medidas se adopten y ejecuten con equilibrio, constancia y seguridad; el énfasis en algunas y el desentendimiento o el abandono de otras, distorsionarán el desempeño del servidor y afectarán negativamente la prestación del servicio.

Además de cuanto se ha dicho, es preciso, desde luego, cargar el acento en otros aspectos del servicio público profesional. Estos tienen que ver con la preparación del servidor —y la actualización de sus conocimientos y aptitudes, que es aquella misma preparación, ahora contempla-

da en forma dinámica—, el involucramiento en los “grandes fines” del Estado y la subordinación a los principios éticos que presiden el servicio público. Quizá no sea indispensable aludir ahora al primero de esos asuntos, que está implícito en algunos de los puntos mencionados en el párrafo anterior. Me referiré brevemente a los otros dos.

Aludí a un involucramiento en los “grandes fines” del Estado. Reconozco que el concepto es riesgoso, por equívoco. Empero, el funcionario o empleado del Estado debe estar involucrado en lo que éste “es”, en lo que “debe ser” y en lo que “debe hacer”, y no solamente en lo que “hace”. Los teóricos del Estado discuten los fines de éste. La pregunta central es: ¿tiene fines el Estado, más allá del cumplimiento estricto y exacto de la ley? Esto mismo, puesto en los términos que corresponden al asunto que aquí comentamos, puede ser expresado de la siguiente manera: los servidores públicos ¿deben perseguir ciertos fines u objetivos en el desempeño de sus actividades públicas, o deben contraerse al puntual cumplimiento de las obligaciones de su cargo, establecidas en la ley?

Desde luego, hay diversas respuestas a estas interrogantes. Reconozco que si los funcionarios públicos se limitaran al riguroso cumplimiento de sus deberes funcionales, habríamos dado un gran paso hacia adelante. Esto es mucho, sin duda alguna, pero no es todo. Creo que el Estado tiene fines que alcanzar. No pienso en fines “propios”, como han querido las más oscuras corrientes del transpersonalismo, que concibieron sistemas totalitarios. No, en lo absoluto. Esos fines del Estado no son otros, ni deben ser otros, que los fines que naturalmente se proponen los ciudadanos, para cuyo servicio se instituye el Estado. Nada más y nada menos. ¿Habría algo más consecuente con el género de relaciones que queremos entre el funcionario y el ciudadano?

Se dice que el fin general del hombre —y de cada uno de los hombres, por supuesto— es el pleno desarrollo de sus potencialidades. Y se asegura, como antes recordé, que el fin de todo buen gobierno es la felicidad del pueblo. Si tomamos estas afirmaciones en su conjunto y las llevamos al terreno que ahora nos ocupa, diremos que los servidores del Estado son “agentes” de éste en la prosecución de los fines que le incumben, lo cual significa algo más —o mucho más, sobre todo en la calidad del servicio, sino en la cantidad de éste— que la observancia regular de las atribuciones legales. Claro está que tampoco pretendo extender *ad libitum* las facultades de la autoridad, lo que pugnaría frontalmente con el Estado

de derecho. No se trata de añadir atribuciones, sino de la “manera de ejercer” las atribuciones conferidas.

Se dirá que en esto hay cierto exceso “romántico”; que es ir más allá de lo pertinente o de lo necesario. De acuerdo: hay un saludable exceso; pero si en la realidad hubiera este género de “excesos”, no padecería el servicio público, sino se beneficiaría el individuo, destinatario de aquél. No sobra poner un “alma” en el cuerpo de la administración, a la que frecuentemente se imputa “frialidad” o “distancia”. Ahora recuerdo a un antiguo funcionario que solía exhortar a los subalternos recién llegados diciéndoles, palabras más o menos, que deberían ser, en su relación con los ciudadanos, precisamente el tipo de servidores públicos que desearían para la atención de ellos mismos y de sus hijos.

Cabe suponer qué es lo que todos desearíamos en esos casos. ¿Acaso no querríamos servidores públicos que fueran un poco más allá del estricto cumplimiento del deber, y dieran un rostro más humano a la administración? ¿No pretenderíamos esto en todos los casos, pero sobre todo en aquéllos que más directamente nos afectan, como son los servicios de salud, de educación o de justicia?

Me referiré ahora al otro extremo que dejé enunciado: los principios éticos del servicio público. Este asunto sugiere otros, muy explorados: las relaciones entre la ética y el derecho, o entre aquélla misma y la administración. Para examinar esto conviene recordar ciertos programas o lineamientos políticos del pasado reciente en nuestro país. Hay progresos —o pretendidos progresos, para decirlo en forma menos terminante— que derivan de la oferta política electoral. Esto ha sucedido últimamente con la reforma constitucional del Poder Judicial, materia del discurso político en la campaña electoral de 1994. Lo mismo sucedió, por lo que respecta a la campaña de 1982, con la denominada “renovación moral de la sociedad”.

En 1982 se advirtió la necesidad de impulsar a fondo el buen desempeño de la función de gobierno, y más ampliamente, de la administración pública. Para ello se emprendió una serie de tareas que desembocaron, entre otras cosas, en la reforma del Título Cuarto de la Constitución, a propósito de las responsabilidades —política, penal y administrativa— de los servidores públicos. La legislación derivada de la ley fundamental estableció un amplio concepto del servidor público, que abarcó a quienes prestan sus servicios en el gobierno central y en el sector paraestatal de la administración.

Se entendió que la exigencia de responsabilidades debía derivar de algo más que una ley, indispensable, por supuesto, pero tal vez insufi-

ciente. Era necesario fijar los principios que debían regir el desempeño de los servidores públicos, y por este conducto, el funcionamiento mismo del Estado y de los servicios que éste brinda. Esos principios serían el sustento o sustrato material de todas las disposiciones en torno a la materia: un *leit motiv* que suscitara, animara y justificara la legislación y sus aplicaciones en la práctica.

Fue así como el artículo 113 constitucional adoptó un catálogo de principios o directrices inherentes al desempeño de funciones, empleos, cargos o comisiones de los servidores públicos: legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Probablemente se dirá que estos principios tienen naturaleza jurídica; el ejemplo obvio es la “legalidad”; o bien, que tienen carácter técnico-administrativo; el ejemplo característico es la “eficiencia”. Es cierto, pero también lo es que todas estas directrices poseen un valor moral muy claro. Por razones éticas, no sólo jurídicas o técnicas, el funcionario público debe atenerse a esas exigencias. Lo dice la razón y lo rubrica la *vox populi*, que es el más ilustrado legislador, o en todo caso el más perseverante.

El todavía insuficiente desarrollo del servicio público de carrera, asunto en el que otros países nos llevan notable delantera, se debe a diversos factores cuyo estudio no procede hacer ahora. No dejaré de mencionar, sin embargo, el papel que ha jugado el reclutamiento de funcionarios y empleados en el equilibrio, la paz pública y la capilaridad social. Fue así como la “burocracia” —la “empleomanía”, se dijo, con una expresión pintoresca y aleccionadora— sirvió a requerimientos político-sociales perfectamente explicables y justificables en su momento, a mi juicio, pero escasamente compatibles con la idea del servicio de carrera.

Hoy se habla de la reforma del Estado. Este concepto tiene un amplio contenido, y puede ser analizado y discutido en cada una de sus proyecciones. En lo que ahora nos atañe, es evidente que la transformación del Estado, su laboriosa reducción al “Estado mínimo”, a título de “estado razonable”, incide en una serie de cuestiones a las que no escapa el régimen general de los servidores públicos.

Es patente que un “Estado mínimo” —así sea como pretensión, pues las “dimensiones” del aparato estatal todavía distan mucho de ser las “mínimas” posibles— será más proclive al rigor en la incorporación y permanencia de servidores que un Estado cuyos intereses se concentran tanto en la prestación de los servicios como en la ocupación de servido-

res, garantía —relativa, por cierto— de absorción de trabajadores y, por lo tanto, de tranquilidad pública.

En el ámbito completo de los servicios públicos hay áreas que se han adelantado en la comprensión de que aquéllos deben quedar en manos de profesionales, y por lo tanto han avanzado en el empeño por instituir una verdadera profesión del servidor público. Es el caso del Ejército, como lo es del servicio diplomático. En ambos, el ingreso, la permanencia y el egreso se hallan sujetos a normas rigurosas; hay, asimismo, una serie de estipulaciones y usos que perfilan al militar y al diplomático como servidores de carrera, profesionales en su desempeño.

En otros espacios administrativos había también un germen de servicio de carrera, atento a la competencia para el cumplimiento de tareas que exigían vocación, aptitudes y preparación especiales. Tales eran los casos, por ejemplo, de ciertas actividades en el sector de obras públicas, donde se desempeñaban excelentes ingenieros, y en el campo de las finanzas. Sin embargo, esto era más una imposición de las circunstancias que el resultado de una decisión formal estipulada. Sin embargo, todo esto debe ser considerado en el desarrollo histórico del servicio civil de carrera.

Cuando se creó la Comisión de Recursos Humanos del Gobierno Federal, que tuve el honor de presidir en sus primeros años, entre 1973 y 1976, uno de los propósitos más acariciados fue la profesionalización del servicio público. Hubo diversos avances en varios programas que contribuyeron a mejorar el servicio, en mi concepto; sin embargo, en la profesionalización del servicio público no se llegó tan lejos como se deseaba, salvo aislados desarrollos en áreas específicas, como la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (entonces, también de los Territorios Federales), en cuya Ley Orgánica de 1972 se introdujo el sistema de oposiciones y concursos de méritos.

En los últimos años se ha acelerado el paso. Cada vez es más evidente y vigorosa la determinación de profesionalizar el servicio público. A esto contribuyen diversos ordenamientos que fijan la carrera del servidor público —inclusive en áreas generalmente desatendidas, como es la referente a los cuerpos policiales de seguridad pública—, y a ese mismo fin atiende; en su renovada organización, la Secretaría de Contraloría General y Desarrollo Administrativo. También hay que considerar los esfuerzos, que datan de hace tiempo, del Instituto Nacional de Administración Pública y de los Institutos estatales de la misma especialidad, entre ellos el organismo correspondiente al Estado de México.

## LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS\*

SUMARIO: I. *Los derechos humanos en el sistema constitucional.* II. *Internacionalización de los derechos humanos.* III. *Deberes y responsabilidad internacional del Estado. Los tribunales.* IV. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos.* V. *Competencia consultiva e imperio de los derechos humanos.* VI. *Competencia contenciosa. El desideratum.* VII. *Norma internacional y norma nacional.* VIII. *Reglas de interpretación y “nuevos” derechos.* IX. *Conocimiento sobre derechos de segunda generación.* X. *Organización de la Corte. La pronta justicia.* XI. *Jueces ad hoc.* XII. *Violación de la norma y responsabilidad internacional. El infractor.* XIII. *Estados federales.* XIV. *Ampliación del concepto y el papel de la víctima.* XV. *Autocomposición e indisponibilidad.* XVI. *Medidas cautelares.* XVII. *Reparaciones e indemnizaciones.* XVIII. *Otras cuestiones.* XIX. *Colofón: un recuerdo y una esperanza.*

### I. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

La era moderna se inicia con un gran acontecimiento moral, jurídico y político: el reconocimiento de los derechos del hombre, precisamente por su condición humana, sin más exigencias. Difícilmente habría un suceso mayor en la historia. Esta novedad luminosa, oriunda de los *bills of rights* estadounidenses<sup>1</sup> y de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* —que esparció en el mundo la buena nueva—,<sup>2</sup> tuvo una honda raíz en el jusnaturalismo religioso o racionalista y dejó en el pasado las antiguas proclamaciones de

\* Revista *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Florida (en prensa), y una versión de este artículo en *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, nueva época, núm. 54, junio de 1998, pp. 116-149.

1 Que significaron una verdadera novedad histórica, subraya Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 7a. ed., Madrid, Manuales de la Revista de Occidente, 1964, p. 151.

2 Cuya “fuerza explosiva”, en comparación con los textos estadounidenses, examina Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1996, p. 118.

derechos fundadas en pactos entre el soberano y ciertos grupos sociales —nobles, clérigos, ciudades, gremios, universidades—.<sup>3</sup>

De esta suerte culminaban algunas etapas en la lucha por el poder y se iniciaba otra. Aquéllas se caracterizaron, primero, por la concentración del poder en unas solas manos, con exclusión de todas las restantes, y más tarde, por su distribución relativa: el monarca y los privilegiados. En la etapa emergente, en cambio, todo el poder recayó en el pueblo y toda sociedad política se plegó a un solo designio: la felicidad del pueblo. El Estado de derecho se caracterizaría por formalizar este proyecto: los derechos humanos son su esencia; el Estado se organiza para proteger al hombre y favorecer el desarrollo de sus potencialidades.<sup>4</sup> Esto mismo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>5</sup>

El constitucionalismo clásico se nutre de esas convicciones. Otro tanto hace el nuevo constitucionalismo, fruto del siglo XX —y en éste, de la Constitución mexicana de 1917—, que sigue colocando a la cabeza de sus propósitos la preservación de los derechos del ser humano, ahora en una doble vertiente: derechos “tradicionales”; es decir, las libertades civiles y políticas, y derechos “supervenientes”, esto es, las llamadas garantías sociales que restablecen la equidad extraviada en el juego de la libertad y la igualdad formales.<sup>6</sup> Los derechos de ambas generaciones se resumen, a mi modo de ver, en uno solo, de amplísimo alcance: el derecho individual al desarrollo,<sup>7</sup> diferente —pero conexo— del derecho colectivo al desarrollo. Este concentra un “interés difuso” que figura en la

3 Así, el derecho cartulario español e inglés del medievo, inclusive la notable *Magna Charta*. Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, pp. 31 y ss. Las “cartas” medievales corresponden a lo que Herbert Dorn calificó como libertades “por privilegio”. Cfr. “Los derechos humanos como fuerzas formativas del desarrollo económico y social”, en Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. *Cursos monográficos*, La Habana, 1953, vol. III, pp. 152 y 153.

4 Conserva su elocuencia y su razón el artículo 2o. de la *Déclaration* de 1789: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...”. Con una bella fórmula, nuestra Constitución de Apatzingán, de 1814, puntualizó: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”.

5 A la que en este trabajo también citaré, indistintamente, como la Corte Interamericana, la Corte o la CorteIDH.

6 Me ocupo de esta materia, en lo que respecta a la Constitución de 1917 y sus reformas principales, en el trabajo “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución mexicana”, *Librer Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, pp. 11 y 12.

7 Lo he manifestado en *Los derechos humanos y el derecho penal*, cit., pp. 172 y 173, y en “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución mexicana”, citado en la nota anterior.



tercera generación de los derechos humanos,<sup>8</sup> en tanto que el derecho individual al desarrollo es la concreción de los derechos de y en la persona humana. En suma, los derechos humanos —y su aparato de protección— constituyen el más entrañable reducto de los valores y principios éticos localizados en el núcleo del sistema jurídico de un Estado democrático.<sup>9</sup>

## II. INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde el derecho interno, la idea y la defensa de los derechos humanos llegaron al derecho internacional público. El ser humano ganó presencia como sujeto de este orden jurídico, que inicialmente se reservó a los Estados y sólo admitió a los individuos bajo el concepto de “súbditos”.<sup>10</sup>

Sin embargo, desde otra perspectiva se afirma que los individuos son por fuerza sujetos del derecho internacional, puesto que

el Derecho es esencialmente la regulación de la conducta humana... Como todo Derecho, el Derecho internacional es también una regulación de la conducta humana. Las normas del Derecho internacional se aplican a los hombres... Pero se dice que el Derecho obliga y faculta no sólo a los individuos sino también a las personas jurídicas, y que en especial el Derecho internacional al obligar y facultar a los Estados, no obliga y faculta a los

8 Cfr. Gross Espiell, Héctor, “El derecho a la paz” y “El derecho a vivir y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, *Derechos humanos y vida internacional*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 115 y ss. y 137 y ss.

9 En este sentido, cfr. Madrazo, Jorge y Beller, Walter, “Los valores éticos y los derechos humanos”, en García Ramírez (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, México, FCE, 1997, pp. 235 y ss.

10 Cfr. la discusión del tema en Verdross, Alfred, *Derecho internacional público*, trad. de Antonio Truyol y Serra, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 112 y ss. y 438, donde se establece la regla general prevaleciente en el anterior derecho de gentes: los individuos no suelen ser sujetos de aquél; empero, desde el Congreso de Viena (1915) aparecen “diversos tratados colectivos en los que el hombre como tal comienza a ser protegido internacionalmente”. César Sepúlveda advierte que en el sistema internacional “el lugar que ocupa el individuo es muy menguado”, pero reconoce que “cada vez hay más normas internacionales destinadas a grupos humanos y a personas individuales”. *Derecho internacional*, 16a. ed., México, Porrúa, 1996, p. 502. También Manuel Becerra Ramírez señala que “el individuo tiene una subjetividad jurídica muy limitada; sin embargo, no hay duda (de) que es un sujeto del derecho internacional”. *Derecho internacional público*, México, McGraw-Hill, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, Panorama del derecho mexicano, p. 29. al respecto, cfr., igualmente, Arellano García, Carlos, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 1983, vol. I, pp. 327 y ss.

individuos sino a las personas jurídicas... Esta doctrina es insostenible. Los sujetos del Derecho internacional son también los individuos.<sup>11</sup>

En todo caso, al arribar los derechos humanos a los textos internacionales, llegaría a ser directa la relación entre el hombre y el poder, mirada desde la perspectiva del *ius gentium* moderno: en la medida en que los pactos o los principios del derecho internacional lo establecen, todos los Estados tienen deberes ante todos los individuos, una vez satisfechas las condiciones —que abajo mencionaré— para que la responsabilidad se actualice. En rigor, el escudo protector de los seres humanos se integra, hoy día, con un dato nacional y otro internacional: de ambos se abastece el estatuto de la persona.<sup>12</sup>

Desde luego, con lo anterior no pretendo decir que el tratado necesariamente genere, por sí, un derecho a favor del individuo y un deber a cargo del Estado. Aquél no es parte en el tratado. El artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (22 de mayo de 1969) se refiere al principio de que *pacta sunt servanda*: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Lo que ocurre es que los tratados son asumidos como normas vigentes en el mismo ámbito de validez territorial<sup>13</sup> y personal cubierto por el derecho nacional, y de esta suerte crean obligaciones a cargo del Estado y facultades en favor de los gobernados. En el caso del derecho mexicano, esto se desprende naturalmente del artículo 133 constitucional: los tratados son ley suprema de la Unión.

En el desenvolvimiento del derecho de gentes aparecieron sendas disposiciones, cada vez más intensas y numerosas, que sustentaron la protección internacional de los seres humanos en diversos ámbitos. Hoy se

11 Kelsen, Hans, *Principios de derecho internacional público*, trad. de Hugo Caminos y Ernesto C. Hermida, Buenos Aires, Ateneo, 1965, pp. 84 y 85. Se sigue diciendo: “La afirmación de que los sujetos de Derecho internacional son los Estados como personas jurídicas no significa que los sujetos de Derecho internacional no sean los individuos; significa que los individuos son sujetos de Derecho internacional de una manera específica, diferente de la manera ordinaria en que los individuos son sujetos de Derecho nacional”.

12 Con razón puntualiza Germán J. Bidart Campos que “un sistema de derechos en un Estado democrático se debe interpretar de tal forma que logre su complitud y quede cerrado a través de dos fuentes: la internacional y la interna”. “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Organización de los Estados Americanos, Unión Europea, 1994, pp. 39 y 43.

13 Sin perjuicio de lo previsto por el artículo 29 de la propia Convención de Viena: “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

identifican tres vertientes en el panorama mundial de la protección a los seres humanos: el derecho humanitario, el derecho de los desplazados y perseguidos y el derecho de los derechos humanos. Se trata, en todo caso, de un solo haz de protección.<sup>14</sup>

Por lo que toca al derecho de los derechos humanos, se han sumado naturalmente los progresos de las dos etapas cumplidas en la construcción del sistema jurídico internacional, como previamente sucedió en su equivalente doméstico: primero, las declaraciones; luego, las instancias garantizadoras, los organismos de promoción y vigilancia, las jurisdicciones.<sup>15</sup> Es así que se ha observado una notable internacionalización de los derechos humanos.<sup>16</sup>

Las cartas fundacionales de la comunidad jurídica internacional en la hora contemporánea, producto de la severa experiencia de las posguerras mundiales —pero también de graves acontecimientos a escala regional o nacional—, ponen el acento en los derechos humanos: tal sucede en el plano universal<sup>17</sup> y en los regionales,<sup>18</sup> entre ellos el estadounidense

14 Cançado Trindade se refiere a esta materia como “las tres vertientes de la protección internacional de la persona humana”. Con orígenes distintos, hay, sin embargo, complementariedad entre dichas vertientes. *Cfr. Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris (ed.) 1997, t. I, pp. 270 y ss. *Cfr.*, asimismo, Gross Espiell, “Relaciones entre el Derecho internacional humanitario y los derechos humanos”, *Derechos humanos...*, pp. 83 y ss. y Sepúlveda, César, “El Derecho internacional humanitario y los derechos humanos”, *Estudios de derecho internacional...*, *cit.*, pp. 91 y ss.

15 Así, Antonio Cançado Trindade examina la consolidación, por una parte, y luego la “implementación” —realización, aplicación, ejecución— en el derecho internacional de los derechos humanos. *Cfr. Tratado de direito internacional...*, *cit.*, t. I, p. 59.

16 César Sepúlveda denomina ‘internacionalización de los derechos del hombre’ a “ese gran movimiento, que principia en 1945, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos, de la Comunidad Europea, principalmente, y en otras instituciones, para obtener la tutela de los derechos de hombres y mujeres en todo el mundo, a través de la acción de los organismos internacionales, de tratados y convenciones sobre la materia, de instituciones *ad hoc*”. “La internacionalización de los derechos del hombre: expansión y movimiento. Algunos obstáculos para su progreso actual”, en Sepúlveda, César, *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p. 17.

17 En el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945), los pueblos de éstas expresan su resolución de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres de las naciones grandes y pequeñas...”. El artículo 1o. fija, entre los propósitos de las Naciones Unidas, “realizar la cooperación internacional... en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. El artículo 55 pone a cargo de la ONU promover “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

18 En el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, 1992) se indica que “la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los De-

se.<sup>19</sup> Otro tanto hacen otros instrumentos convencionales: tanto los de alcance mundial,<sup>20</sup> como los de carácter regional.

En ambos casos se cuenta con normas aplicables a nuestra América. Así, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita en Bogotá durante la IX Conferencia Internacional Americana,<sup>21</sup> en 1948 —cuyo quincuagésimo aniversario celebramos ahora—, y reformada en 1967 por el Protocolo de Buenos Aires, y en 1985, por el Protocolo de Cartagena de Indias. Y también así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, igualmente de 1948,<sup>22</sup> y la Con-

rechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario” (artículo F.2).

19 En el preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948, reformada en Buenos Aires, en 1967), se “reafirman solemnemente” los “principios y propósitos” de las Naciones Unidas. En ese mismo texto, se sustenta “un régimen de libertad individual y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. El inciso j del artículo 3o. (anteriormente 5o.) señala: “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo y sexo”. Entre los derechos y deberes de los Estados (actual capítulo IV) se manifiesta que en su libre desenvolvimiento cultural, político y económico, “el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”.

20 Por lo que hace al conjunto internacional, además de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), rigen —ratificados y vigentes en México— el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. En Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma, en 1950, con varios protocolos adicionales, y la Carta Social Europea, hecha en Turín, en 1961. En América, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, con un protocolo acerca de derechos económicos, sociales y culturales, de San Salvador, de 1988, textos a los que me refiero en otros puntos de este artículo.

21 Sobre los antecedentes y la elaboración de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, *cfr.* Moreno Pino, Ismael, *Orígenes y evolución del sistema interamericano*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977, pp. 92 y ss.

22 En un tiempo se consideró que esta Declaración, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948) carecían de poder vinculante para los Estados, por no ser verdaderos tratados internacionales; su fuerza era moral o política. En la actualidad, por razones persuasivas —que me llevan a rectificar la opinión que hace años sustenté en *Los derechos humanos y el derecho penal*, *cit.*, pp. 62 y 63, se asegura que ambas declaraciones obligan a los Estados. Tal ha sido el criterio de la CorteIDH en lo que respecta a la Declaración Americana, cuyos conceptos definen los derechos humanos esenciales a los que se refiere la Carta de la OEA, y que es susceptible de surtir la competencia consultiva de la Corte cuando ello sea necesario para interpretar la Carta y la Convención. *Cfr.* CorteIDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989*, Serie A, Núm. 10, pp. 16 y ss. (párrs. 29 y ss.). En la doctrina mexicana, Arellano García, por ejemplo, considera que la Declaración Universal de Derechos Humanos “no contiene una norma jurídica internacional o interna, a menos que se diga que esa Declaración contiene ‘principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas’”. *Derecho internacional público*, *cit.*, p. 339.

vención Americana sobre Derechos Humanos —conocida como “Pacto de San José”—, suscrita en San José de Costa Rica, en 1969, cuya vigencia se inició el 18 de julio de 1978.<sup>23</sup> Por lo tanto, actualmente —1998— celebramos el vigésimo aniversario de la Convención.

### III. DEBERES Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO. LOS TRIBUNALES

En este trabajo, y desde luego en el presente apartado, no me refiero a los deberes entre los Estados, estrictamente, que pudieran acarrear responsabilidad internacional de un Estado con respecto a otro. Aludo solamente a los deberes y la consecuente responsabilidad en el régimen de los derechos humanos, que forja un vínculo entre el Estado y el individuo, aunque esa relación provenga de un acto interestatal: el tratado.

Los documentos que proclaman y en los que se pacta la observancia de los derechos humanos, fincan verdaderos deberes de los Estados ante los individuos, sin distinción alguna. Estas obligaciones —con sus consecuencias— se sostienen en determinadas premisas: la asunción por el Estado de los deberes de respeto y tutela de libertades y derechos, que pone en movimiento la responsabilidad internacional de aquél, y la presencia de una vulneración a las normas del derecho de gentes imputable al Estado.<sup>24</sup> Para que exista esto último se requiere que el afectado se halle al alcance del Estado —en su territorio, por ejemplo— y que la violación provenga de una persona, grupo u órgano que actúe a nombre, por encargo o con la complacencia del propio Estado.

Ahora bien, la doble experiencia de la vida humana, generadora del derecho, se resume en dos expresiones principales: el consenso y el conflicto. Éste, a su vez, debe ser resuelto de alguna manera, que ha llegado a ser una manera “civilizada”: el proceso. Semejante método de solución

23 Hasta 1997, habían ratificado la Convención veinticinco Estados, de los veintiséis signatarios. Faltaba la ratificación de Estados Unidos de América. Cfr. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (Actualizado a abril de 1997)*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997, p. 49.

24 Arellano García señala que para que exista responsabilidad internacional es menester que concurren estos elementos: “a) Existencia de una norma jurídica internacional que establece un deber a cargo de un sujeto de la comunidad internacional. b) Una conducta violatoria de la norma jurídica internacional, que puede consistir en acciones u omisiones o en ambas. c) La conducta violatoria de la norma jurídica internacional ha de ser imputable directa o indirectamente al Estado. d) La violación imputable de la norma jurídica internacional ha de engendrar un daño moral o material”. *Derecho internacional público*, cit., p. 216.

de los conflictos, que previene o concluye la violencia, requiere de órganos idóneos para emitir, colocados sobre los contendientes —convertidos en partes del proceso—, una resolución que los obligue. Consecuentemente, los tribunales son datos necesarios de la evolución jurídica. Lo han sido en el orden interno, y ya lo son en el internacional, por más que aquí su fuerza sea, todavía, reducida. Hay quienes relacionan el imperio de la paz con el desarrollo de los tribunales internacionales.<sup>25</sup>

La defensa de los derechos en el orden internacional, como en el interno, sería impracticable o por lo menos insuficiente si no hubiese instancias ante las que el titular de esas facultades y libertades pudiera reclamar su observancia. Ya la *Déclaration* de 1789 invocó la existencia de verdaderas garantías que asegurasen los derechos del hombre.<sup>26</sup> Otro tanto ha sucedido en el derecho de gentes. Como antes dije, aquí se han creado diversas instancias: las comisiones de derechos humanos, por una parte, y los respectivos tribunales o cortes, por la otra, además de órganos llamados directa o indirectamente a ejercer alguna actividad vinculada con tales derechos.<sup>27</sup> Se ha sostenido que la existencia misma de los derechos internacionales de los individuos depende de la posibilidad de invocar y actualizar aquéllos ante tribunales: “Sin someter al Estado a la juris-

25 Hans Kelsen analiza el desarrollo similar del derecho nacional y el derecho internacional. Es posible, afirma, que éste siga el rumbo histórico anticipado por aquél. Las primeras comunidades organizadas de derecho internacional—escribe— tuvieron como función resolver conflictos. “La evolución natural de los hechos tiende a una judicatura internacional. El primer paso hacia una paz duradera debe consistir en el establecimiento de una comunidad internacional, cuyos miembros estén obligados a someter todas las disputas que surjan entre ellos a un tribunal internacional permanente y a respetar las decisiones de esta autoridad”. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. de Florencio Acosta, México, FCE, 1943, pp. 180 y ss.

26 El artículo 16 precisó: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. No es unívoco el concepto de garantías; se aplica a numerosas instituciones y figuras jurídicas. Juiciosamente, Sánchez Viamonte observó: “Cuando todo es garantía, nada es garantía”. Luego definió: “Remedio jurídico o remedio legal o, mejor aún, institución jurídica para el amparo o protección de derechos o de condiciones de seguridad y de actividad que configuran la libertad individual y su contenido; eso es garantía”. *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, UNAM, Facultad de Derecho, 1956, pp. 84 y 85. Asimismo, sostiene que el concepto institucional de garantía corresponde esencialmente al derecho de resistencia a la opresión. *Ibidem*, p. 81.

27 Por lo que hace a la Organización de las Naciones Unidas, hay estimables desarrollos institucionales que han realizado una labor relevante. Sobre estos organismos, tanto de carácter estatutario —así, la Comisión de Derechos Humanos— como de control de las convenciones internacionales: la general de los Pactos de 1966 y los grupos o comités relacionados con las convenciones contra la discriminación racial, la discriminación de las mujeres, el *apartheid* y la tortura, *cfr.* Jean-Bernard Marie, “Los mecanismos de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, t. V, pp. 158 y ss.

dicción de un tribunal no se establecen ‘derechos’ de los individuos en relación al Estado”.<sup>28</sup>

En este punto hay que distinguir entre los órganos jurisdiccionales llamados a pronunciarse en las controversias entre Estados, de los que tienen a su cargo dirimir conflictos entre Estados y particulares; a esta categoría corresponden los tribunales sobre derechos humanos, sea que éstos mismos insten la actividad jurisdiccional, sea que lo hagan —sin excluir a aquéllos como parte “material” del litigio— otros entes públicos de derecho internacional; así, las comisiones de derechos humanos.

En el ámbito internacional son conocidos diversos órganos dotados de jurisdicción, con el nombre de cortes o la denominación de tribunales. Hay órganos de este carácter “impuestos” por algunos Estados,<sup>29</sup> o por instancias interestatales,<sup>30</sup> y los hay “pactados” o “convenidos” por los Estados mismos, en el marco del derecho convencional.<sup>31</sup> Otras figuras

28 Así, Kelsen se pregunta: “¿Pueden los individuos, no como órganos del Estado, sino como personas privadas, tener derechos internacionales en relación a los Estados o a otras personas privadas?”. Responde: “El Derecho internacional, especialmente un tratado, confiere derechos a los individuos al facultar a las personas privadas a promover un juicio contra un Estado ante un tribunal nacional o internacional. En ese caso, el tribunal puede constatar la violación del derecho, esto es, de los derechos de la persona privada (el actor) por parte del Estado (el demandado), y ordenar la reparación”. Adelante, al examinar los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas, señala que “si se han de conferir ‘derechos’ a los individuos por un convenio internacional, éste último debe imponer a los Estados que sean partes en el convenio, la obligación de reconocer la jurisdicción de un tribunal al que tengan acceso los individuos en caso de violación de los derechos por parte del Estado, así como la obligación de cumplir el fallo del tribunal. Podrá ser un tribunal nacional o internacional; pero los derechos están más efectivamente garantizados cuando los Estados son sometidos a un tribunal internacional”. *Principios...*, cit., pp. 121, 123 y 124.

29 Es el caso de los órganos jurisdiccionales que establecen los vencedores en una contienda. Así, el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y su equivalente de Tokio. De aquél surgieron “principios” de derecho internacional que recogió la Asamblea General de las Naciones Unidas. *Cfr.* Wright, Quincey, “The Law of the Nüremberg Trial”, International Law Commission, “Formulation of the Nüremberg Principles”, en Mueller, Gerhard O. W., y Wise, Edward M., *International Criminal Law*, Londres, Sweet & Maxwell Limited, 1965, pp. 239 y ss., y 279 y ss., respectivamente. Acerca de las cuestiones que plantearon el Estatuto del Tribunal Militar Interaliado y los juicios de Nüremberg y Tokio en relación con las provisiones del derecho internacional, *cfr.* Verdross, *Derecho internacional público*, cit., pp. 114-116.

30 El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dispuso la constitución de un tribunal internacional para conocer de los crímenes cometidos por autoridades en las contiendas internas de la antigua Yugoslavia (creado bajo la Resolución 808 del 22 de febrero de 1993), y un tribunal del mismo carácter para decidir en supuestos semejantes en el conflicto de Ruanda.

31 Corte Permanente de Justicia Internacional, en la etapa correspondiente a la Sociedad de Naciones, y Corte Internacional de Justicia, en el marco de la Carta de las Naciones Unidas. Igualmente, en los planos regionales, la Corte de Justicia Centroamericana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En general, sobre tribunales y cortes internacionales (entre ellos, varios de los mencionados en



jurisdiccionales se instalan en el seno de los grandes organismos internacionales para la atención de controversias internas de carácter laboral o administrativo.<sup>32</sup> Alguna vez se ha creado un órgano jurisdiccional para enfrentar litigios especiales.<sup>33</sup>

Obviamente, también existen —crecientemente— instancias arbitrales<sup>34</sup> o similares establecidas por particulares o por gobiernos, como efecto de la cada vez más intensa vida económica internacional, o bien, para decidir asuntos contenciosos de otro orden.<sup>35</sup> En Norteamérica se ha iniciado ya un nuevo régimen jurisdiccional para atender los problemas derivados del libre comercio.<sup>36</sup>

En todo caso, lo que importa —así ocurre, claramente, en el ámbito de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos— es que los órganos

este trabajo), *cf.* Seara Vázquez, Modesto, *Tratado general de la organización internacional*, México, FCE, 1985.

32 Tales son los casos de los tribunales administrativos de la Sociedad de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos.

33 Fue el caso del Tribunal de las Naciones Unidas para Eritrea, que conoció asuntos relacionados con la anterior administración italiana.

34 Así, la Corte Permanente de Arbitraje, creada en la Conferencia de La Haya, de 1899, que, como se ha dicho, “tiene un nombre equívoco, porque ni es permanente ni se trata de un tribunal”, sino de “una larga lista de personas de reconocida competencia en materia internacional, que gocen de la más alta reputación moral”. Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, *cit.*, pp. 397 y 398.

35 *Cfr.* Serrano Migallón, Fernando, “El capítulo XX (del Tratado de Libre Comercio): disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias”, en Witker, Jorge (coord.), *El tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, t. II, pp. 274 y 275.

36 Hay diversas opiniones sobre este punto, que no me corresponde examinar aquí. Dice Jorge Witker que las reglas consensuadas y negociadas que contiene aquel instrumento “tiene en los capítulos de solución de controversias sus logros jurídicos más significativos”. *Introducción a El Tratado de Libre Comercio...*, *cit.*, t. II, p. 12. En esa obra colectiva, *cf.* del mismo Witker y Hernández, Susana, “Resolución de controversias en materia de *antidumping* y cuotas compensatorias en el TLCAN”, pp. 233 y ss., donde se analiza el principio de exclusión de la revisión judicial interna —en favor del sistema de panel— sobre las resoluciones definitivas acerca de *antidumping* y cuotas compensatorias. Bernardo Sepúlveda expone serias reservas sobre el mecanismo arbitral estatuido en el capítulo XI, que permite al nacional extranjero someter a juicio arbitral al Estado mexicano en determinados casos. Comenta que “con la aceptación de este tipo de obligaciones, la norma general que establece el imperativo de agotar los recursos locales antes de acudir a instancias internacionales puede quedar derogada. Además, la regla de igualdad entre nacionales y extranjeros queda vulnerada, ya que el extranjero es titular de un privilegio, esto es, posee la capacidad de recurrir a una instancia jurídica en contra del Estado mexicano, como lo es el arbitraje internacional, privilegio que no es concedido al nacional mexicano”. “Los valores éticos y el orden jurídico mexicano. La perspectiva del derecho internacional”, en García Ramírez (coord.), *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, *cit.*, pp. 405 y 406. El nuevo sistema jurisdiccional trinacional implica reformas importantes en la legislación interna, observan Witker y Hernández, *op. cit.*, pp. 255 y 256. Asimismo, *cf.* Serrano Migallón, “El capítulo XX: disposiciones institucionales...”, en *op. cit.*, esp. pp. 279 y ss.



que tienen ésta a su cargo sean verdaderos tribunales, esto es, que en ellos concurren los rasgos de competencia, independencia y organización que ese concepto apareja.<sup>37</sup> A ellos es preciso agregar uno más: el carácter vinculante para los Estados de las decisiones adoptadas por esos órganos. Aquí se aprecia la distinción entre recomendaciones y sentencias, que se observa en el orden nacional —por lo que hace al *ombudsman* con respecto a los tribunales— y en el internacional.<sup>38</sup>

#### IV. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Es mi propósito destacar aquí la presencia y la función del órgano jurisdiccional instituido por los países americanos a propósito de la protección de los derechos del ser humano, equivalente, en esta región, del Tribunal Europeo previsto en la Convención de Roma.<sup>39</sup> La Convención Americana de 1969 previno la existencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>40</sup> con sede en San José, Costa Rica, instalada el 3 de septiembre de 1979. El precedente regional de ese organismo fue la efímera Corte Centroamericana.<sup>41</sup> También es preciso considerar la be-

37 Kelsen entiende que “un organismo internacional, esto es, un organismo creado por un convenio internacional, es un tribunal si: 1) sus miembros son jueces, 2) el organismo es competente para arreglar controversias internacionales mediante la aplicación del Derecho internacional, y 3) tratándose de un órgano colegiado, éste es competente para tomar la decisión por el voto de la mayoría”. En seguida, Kelsen puntualiza que “el individuo o los individuos designados para arreglar la controversia serán jueces en el verdadero sentido del término, si son independientes, especialmente independientes de los han designado... Si no son jurídicamente independientes porque están obligados legalmente por instrucciones que se refieran al contenido de su decisión, serán representantes o agentes del Estado que los ha nombrado y no jueces”. *Principios..., cit.*, p. 322.

38 La CorteIDH abordó el asunto a propósito de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

39 Artículos 19 y 38-56. Para una comparación sobre la estructura y el funcionamiento de los organismos europeo y americano, *cfr.* Gross Espiell, “Tribunales internacionales y derechos fundamentales. El modelo interamericano y el modelo europeo”, *Derechos humanos..., cit.*, pp. 233 y ss.; y Fix-Zamudio, “Reflexiones comparativas sobre las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos”, en Varios autores, *Gobernabilidad democrática y derechos humanos*, Caracas, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo/Comisión Nacional de Derechos Humanos de Venezuela/Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República de Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, 1997, pp. 61 y ss.

40 Artículos 33 y 52-73. Véase un panorama sobre el desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos, hasta el advenimiento de la Corte, con los ordenamientos que rigen sus funciones, en la *Presentación* de Rafael Nieto Navia —expresidente de la CorteIDH— a la obra colectiva, de la que fue editor el propio Nieto Navia, *La Corte y el sistema interamericanos..., cit.* pp. 7 y ss.

41 Este organismo, producto de la Conferencia de Washington (20 de diciembre de 1907), existió durante una década. Su jurisdicción era obligatoria y se admitía el acceso de los particulares. *Cfr.* Seara Vázquez, *Tratado general..., cit.*, p. 882.

néfica actividad cumplida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desde 1960, a la que justamente se ha calificado como un “cuerpo útil y valioso”, que “ha logrado mostrar sus méritos”.<sup>42</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya organización y procedimiento se hallan estipulados en la Convención Americana, cuenta con un Estatuto del año de su instalación<sup>43</sup> y un Reglamento, expedido por la propia CorteIDH y revisado en diversas ocasiones.<sup>44</sup> Se halla en vigor el texto de 1997, que ya tuvo una reforma durante el periodo de sesiones del organismo en 1998.<sup>45</sup> La Corte ha sabido traducir su experiencia y mejorar el despacho de los asuntos a su cargo mediante las nuevas fórmulas reglamentarias introducidas en esas revisiones.<sup>46</sup>

42 Las expresiones son de Sepúlveda, César, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1960-1981)”, *Estudios sobre derecho internacional...*, cit., pp. 51 y 57. Véase una revisión sintética acerca de aquella, en Padilla, David J., “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Comisión de la Unión Europea, 1994, t. I, pp. 224 y ss. Faúndez Ledesma examina detalladamente la creación de la Comisión y el procedimiento ante ella. *Cfr. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 36 y ss., y 173 y ss.

43 Fue aprobado por la Resolución 448 de la Asamblea General de la OEA, en el noveno periodo de sesiones de aquella, que tuvo lugar en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979.

44 La Corte expidió el primer Reglamento durante su tercer periodo de sesiones, en 1980. Fue reformado en 1991, 1993 —dos veces: una en enero y otra en julio de dicho año—, 1995, 1996, 1997 (reforma integral) y 1998. *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos...*, cit., p. 16. Obviamente, la reforma de 1998 no aparece mencionada en esta publicación, cerrada en abril de 1997.

45 La reforma realizada durante el XXXIX Periodo Ordinario de Sesiones, se contrajo al artículo 48.2, a propósito de la comunicación de la sentencia de fondo. Anteriormente se prevenía que una vez votada y aprobada la redacción de ésta se fijaría “la fecha de la audiencia pública en que se comunicar(ía) a las partes”. La enmienda de 1998 suprimió la lectura de la sentencia en audiencia pública, que acostumbraba la Corte. En lo sucesivo sólo se hará notificación a las partes, además de que los medios de información tendrán acceso al pronunciamiento, por conducto de la Secretaría.

46 En este artículo no haré el examen integral del procedimiento ante la CorteIDH. Dicho examen figura en dos estudios de Héctor Fix-Zamudio, a saber: “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericano...*, cit., pp. 147 y ss., y “Notas sobre el sistema interamericano de derechos humanos”, en García Belaúnde, D. y Fernández Segado, F. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, S. L., 1997, pp. 167 y ss. *Cfr.*, igualmente, el amplio examen de Héctor Faúndez Ledesma, en *El sistema interamericano de protección...*, cit., pp. 288 y ss.

## V. COMPETENCIA CONSULTIVA E IMPERIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la primera fase de sus actividades, la CorteIDH dedicó todo su esfuerzo a la emisión de opiniones consultivas solicitadas por los Estados Parte en la Convención o por órganos de la OEA. Ese desempeño permitió esclarecer diversas cuestiones del derecho internacional americano —vinculadas con el Pacto de San José—, así como cuestiones de alcance y relevancia mayores que se suscitan a propósito de la expedición o la aplicación de normas nacionales *vis a vis* las reglas del *ius gentium* americano o del aplicable en países de la región.<sup>47</sup>

Por esta vía, la Corte ha podido avanzar en definiciones que rescatan principios y tendencias congruentes con el más amplio respeto a la dignidad humana, como sucedió en la opinión consultiva a propósito de la pena de muerte;<sup>48</sup> y por ella podrá servir, más ampliamente todavía, al desarrollo del derecho doméstico en puntos que interesan a los derechos humanos. Un tema destacado en esta materia es el debido proceso legal.<sup>49</sup>

Es evidente, pues, que la competencia consultiva de la Corte puede rendir grandes servicios al desenvolvimiento de los derechos humanos, merced a la fuerza moral que poseen las opiniones dictadas en estos casos, no obstante carecer de eficacia vinculante,<sup>50</sup> punto que, por lo demás, está sujeto a discusión.<sup>51</sup>

47 Al referirse a las primeras opiniones consultivas emitidas por la CorteIDH, César Sepúlveda consideró que, con ellas, la Corte “ha mostrado un amplio y comprensivo espíritu progresista hacia los derechos humanos, que la alientan y que hacen esperar desempeños más avanzados en pro de las libertades básicas de los individuos”. *Derecho internacional*, cit., p. 326.

48 Existe, como se sabe bien, una gran corriente abolicionista de la sanción capital, que no ha alcanzado a vencer la antigua y tenaz resistencia de los partidarios de esta pena bárbara. En nuestra área aún no se generaliza la admisión del Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, suscrito en Asunción, Paraguay, el 8 de junio de 1990. De los países signatarios —siete—, sólo tres la han ratificado hasta 1997: Panamá, Uruguay y Venezuela. La opinión consultiva a la que me refiero en el texto es la OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, emitida a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Véase CorteIDH, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, Serie A, Núm. 3.

49 En 1997, el gobierno de México solicitó a la CorteIDH una opinión consultiva (clasificada como OC/16) a propósito del debido proceso legal, en relación con los extranjeros procesados y condenados a la pena capital, a quienes no se informó oportunamente de su derecho —artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares— a contar con la asistencia de los funcionarios consulares del país de su nacionalidad.

50 Así lo ha sostenido el propio tribunal al decir que “las opiniones consultivas de la Corte, como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vin-

Obviamente, lo anterior depende de la inclinación de los Estados a acoger dichas opiniones como una fuente real de derecho internacional público, inclinación que debiera deducirse de dos datos, por lo menos: la admisión misma de la función consultiva en general, por una parte, y el hecho de recurrir a ésta en puntos concretos, por la otra. De lo contrario, aquélla se reduciría a ser un ejercicio académico. No es razonable que se le asigne, en la práctica, tan modesto alcance.

## VI. COMPETENCIA CONTENCIOSA. EL *DESIDERATUM*

Sólo más tarde llegaron los asuntos contenciosos, en la medida en que disminuyó la reticencia de los Estados a admitir el desempeño de una jurisdicción internacional en cuestiones que habían estado reservadas a la jurisdicción doméstica. De tal suerte, gradualmente se incrementó el número de los Estados que admitieron la actuación de la Corte en asuntos contenciosos. Sin embargo, aún hay Estados que no participan en el Pacto de San José, como los hay que, siendo partes en éste, todavía no aceptan la jurisdicción contenciosa de ese tribunal.<sup>52</sup>

culante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención; y si esto es así (no hay) razones... para sacar argumentos de los eventuales efectos que pudieran tener frente a Estados que ni siquiera habrían participado en el procedimiento consultivo. En esta perspectiva, es obvio que tal posible contradicción de opiniones entre esta Corte y otros tribunales o entes carece de trascendencia práctica, y resulta perfectamente concebible en el plano teórico". Corte IDH, '*Otros tratados' objeto de la función consultiva de la Corte (Artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A, Núm. 21, p. 25 (párr. 51)*. En otro caso, la Corte invocó el parecer transcrito y señaló que en materia consultiva "cumple una función asesora". CorteIDH, *Restricciones a la pena de muerte...*, cit., p. 19 (párr. 32).

51 Faúndez Ledesma difiere del criterio de la Corte. Critica la adopción misma del giro 'opiniones consultivas' en el Reglamento de la Corte; sostiene que "en el ejercicio de esta competencia, la Corte opera como una especie de tribunal constitucional"; sus opiniones "no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que, en particular, no se puede eludir por los Estados partes en la Convención". En tal sentido, "su efecto jurídico es comparable a los dictámenes que emanan de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, y difiere del efecto jurídico que caracteriza a las opiniones consultivas propiamente tales de la Corte Internacional de Justicia". *El sistema interamericano de protección...*, cit., pp. 450 y ss.

52 Hasta abril de 1997, habían aceptado la competencia de la CorteIDH los siguientes Estados: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela. No lo habían hecho: Barbados, Brasil, Dominica, Estados Unidos, Granada, Haití, Jamaica, México y República Dominicana. *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos...*, p. 49.

Desde luego, la admisión de la justicia internacional consensual representa, en la actualidad, una etapa avanzada del derecho de gentes. El desempeño de aquélla constituye un método benéfico y confiable para la solución de conflictos, sobre todo en el sensible campo de los derechos humanos, cuando se realiza por tribunales que actúan con buena fe, son cuidadosos en la aplicación del derecho y se mantienen independientes de los Estados y de otros órganos internacionales, características, todas éstas, que acreditan a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, establece la alternativa de solución legítima, en contraste con las pretensiones favorecedoras de un supuesto “derecho de injerencia”.<sup>53</sup>

El compromiso de los gobiernos con el tema de los derechos humanos, que es, a todas luces, una de las grandes cuestiones del presente —lo mismo fuente de satisfacción que de suspicacia o controversia—, probablemente se traduce mejor cuando se accede a los tribunales internacionales de esta especialidad. El futuro cercano podría registrar un dato alentador, no tanto para la Corte como para el sistema regional de tutela de los derechos humanos: la admisión de esta fórmula de justicia por todos los Estados de América. Las dificultades que hay en el camino hacia este *desideratum*<sup>54</sup> no debieran privarnos de la esperanza de alcanzarlo pronto. En rigor, la causa misma de los derechos humanos ha representado siempre un largo camino accidentado, que muchos han recorrido con éxito.

53 Esta forma de intervención contraviene la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la OEA. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia, en su resolución sobre el caso del Canal de Corfú (1949) rechazó “el pretendido derecho de intervención (que) no puede ser considerado sino como la manifestación de una política de fuerza...”. En el mismo sentido se pronunció dicha Corte en otra resolución de 1986. *Cfr.* Sepúlveda, Bernardo, “Los valores éticos y el orden jurídico mexicano...”, en García Ramírez (coord.), *Los valores en el derecho...*, *cit.*, pp. 398-403. Desde otra perspectiva, se afirma que “en el ‘global village’ en que se ha convertido el mundo... los Estados no sólo tienen derecho a abrir los ojos, sino el deber de hacerlo”, y se postula un “derecho de asistencia”. Al respecto, *cfr.* Sandoz, Yves, “Derecho o deber de injerencia, derecho de asistencia: ¿De qué hablamos?”, *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ministerio Real de Relaciones Exteriores de Noruega, t. VI, pp. 323 y ss., esp. pp. 337 y 338.

54 Al referirse a la IX Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 1948), que produjo la Carta de la OEA y otros avances en la organización americana, Seara Vázquez comentó: “la decisión de iniciar estudios acerca del establecimiento de una Corte Interamericana destinada a proteger los derechos del hombre, no llevó, como era de esperarse, a ningún resultado positivo en el futuro, debido a las consecuencias políticas que el funcionamiento de una Corte de esa categoría lleva consigo y al temor de los Estados a un control externo de las relaciones con sus súbditos”. *Tratado general...*, *cit.*, pp. 839 y 840.

## VII. NORMA INTERNACIONAL Y NORMA NACIONAL

La operación del régimen jurisdiccional americano, y más todavía, la propia tutela de los derechos humanos a través de declaraciones y convenios, se hallan estrechamente relacionadas con otro punto que debo mencionar aquí. Me refiero a la eficacia vinculante de los instrumentos internacionales de la materia en el ámbito doméstico de los Estados.

Sobre ese particular, en el área americana coexisten varias tendencias, cuyo detalle desborda los propósitos y límites de este artículo. Las Constituciones nacionales aluden, cada vez más, a las normas internacionales.<sup>55</sup> Sólo recordaré ahora que en algunos casos —los menos, desde luego— la legislación interna ha equiparado los tratados internacionales con las normas constitucionales; en otros, con las disposiciones legales del derecho nacional; en algunos más, las estipulaciones internacionales tienen preeminencia con respecto a las leyes secundarias, pero se encuentran subordinadas a la Constitución.<sup>56</sup> Una corriente de pensamiento impulsa la preeminencia de las normas internacionales como medio para afianzar lo que se ha denominado “el núcleo irreductible de los derechos humanos”.<sup>57</sup>

No deja de ser importante que haya precisión sobre este punto, como acerca de la aplicación directa de las estipulaciones internacionales en el ámbito interno. Es plausible —y acaso anuncia el camino del porvenir— el criterio de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana fija el rumbo de la jurisprudencia nacional en lo que respecta a la interpretación hecha por aquélla, en ejercicio de su jurisdicción, sobre normas internacionales relativas a los derechos humanos.<sup>58</sup>

55 Ariel E. Dulitzky señala las siguientes categorías de “cláusulas” en las Constituciones iberoamericanas que se refieren a normas de derecho internacional sobre esta materia: interpretativas, reconocedoras de derechos implícitos o no enumerados, reguladoras de procedimientos especiales, declarativas y jerárquicas. *Cfr.* “Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano”, en Varios autores, *Estudios especializados de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 129 y ss.

56 Sobre esta materia, *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “El Derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 445 y ss.; y Quiroga Lavié, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 71 y ss.

57 *Cfr.* Albanese, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1992, p. 30.

58 Sobre este punto es relevante la sentencia dictada por la Suprema Corte de Argentina en el caso Ekmedjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros, el 7 de julio de 1992, citada y comentada DR © 2000.

La Corte es un órgano de la justicia internacional, que conoce de responsabilidades internacionales del Estado. Se distingue, pues, de los órganos nacionales, que se pronuncian sobre responsabilidades individuales de servidores públicos que actúan en el ejercicio y con motivo de sus funciones, y ocasionalmente de responsabilidades del Estado mismo, con sustento en normas interiores. Por ello, la Corte Interamericana aplica disposiciones del derecho de gentes, no del derecho doméstico.

Esta subordinación específica al *ius gentium* no obsta, sin embargo, para que la CorteIDH tome en cuenta mandamientos nacionales, cuando éstos contribuyen a la aplicación de aquél y mientras no contravengan las disposiciones internacionales, cuyas fuentes difieren apreciablemente de las correspondientes al derecho doméstico.

En este campo, es interesante la invocación de costumbres indígenas, a las que alguna vez ha reconocido la Corte eficacia normativa. El interés del punto estriba en el sabido hecho de que en buena parte de los países americanos subsisten grupos étnicos indígenas, cuyos integrantes mantienen sus propias costumbres normativas. Obviamente, existe un límite: la frontera se localiza en el propio derecho de gentes y en las libertades que éste consagra. No es admisible la invocación, y mucho menos la aplicación, de disposiciones que pugnen con los derechos humanos acogidos por el derecho internacional.<sup>59</sup>

## VIII. REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y “NUEVOS” DERECHOS

También vale considerar en este momento las reglas de interpretación que conducen el desempeño jurisdiccional de la Corte. Esta apreciación puede versar sobre normas nacionales, como sucedería en la hipótesis de una opinión consultiva, pero sobre todo en el supuesto de normas internacionales que deben aplicarse a un caso contencioso sujeto a resolución del órgano internacional.

Los derechos humanos tienen una virtud expansiva; el progreso jurídico determina ampliaciones, no restricciones, en el espacio de aquéllos.

por Thomas Buergenthal, “La jurisprudencia internacional en el Derecho interno”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos...*, cit., pp. 76 y ss. Acerca de la jurisprudencia argentina en la materia de derechos humanos, en relación con el ordenamiento internacional americano, *cfr.* asimismo Albanese, *Promoción y protección...*, cit., pp. 55 y ss.

<sup>59</sup> Me refiero a este asunto en “Los indígenas ante el Derecho nacional” (trabajo incluido en esta obra, pp. 225-256), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXIX, núm. 87, septiembre-diciembre de 1996, pp. 887 y ss.

De ahí que la Corte, válida de sus poderes de intérprete, pueda impulsar “relecturas” de los estatutos internacionales, es decir, de las fórmulas expresas, a modo de traer a la escena (nuevos) derechos implícitos. En otros términos, el catálogo de la Convención no “agota” los derechos; hay otros, a los que puede acudir la Corte en ejercicio de su misión de intérprete expuesta y acotada por el propio tratado internacional.<sup>60</sup>

Esta facultad, asociada a la existencia de posibles derechos fuera del estatuto internacional, deducidos de la dignidad humana y de los principios en que se apoya el Estado democrático,<sup>61</sup> tiene un horizonte estimable. Podría enriquecer en alguna medida el catálogo de los derechos humanos bajo el *ius gentium*, con la trascendencia que ello tendría al momento de establecer la conformidad de las normas nacionales con las normas internacionales.<sup>62</sup> También es relevante la aplicabilidad al Estado de normas tutelares de derechos recogidas en instrumentos que no ha ratificado.<sup>63</sup>

60 Probablemente se puede llegar a esta misma conclusión a partir de los puntos de vista que proporciona Bidart Campos, “La interpretación de los derechos humanos...”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos...*, cit., pp. 39 y ss., esp. p. 45.

61 Las reflexiones contenidas en el texto se basan en el artículo 29 de la Convención, que se desarrolla bajo el epígrafe “Normas de interpretación”. Dice este precepto que “(n)inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

62 Piénsese, por ejemplo, en la situación que se plantearía cuando la Corte ha reconocido en algún caso la existencia de algún derecho no descrito literalmente por la Convención, conforme a la regla de interpretación que establece el inciso c del artículo 29, si una ley nacional cuya valoración solicita un Estado —en los términos del artículo 64.1 de la Convención— entrase en real o supuesto conflicto con ese “nuevo derecho”, por así llamarlo.

63 En este orden de cosas, es interesante el problema que se suscita cuando el Estado acepta la jurisdicción contenciosa de la Corte en fecha posterior a la violación de un derecho, tema que se despliega en dos direcciones: una de ellas se refiere a la aplicabilidad de la condena, en su caso, por esos hechos previos; la otra versa sobre la vinculación del Estado a las normas del derecho internacional antes de que ratifique el tratado que establece determinados derechos. En su voto razonado acerca del Caso Blake, el juez Cançado Trindade analiza las convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados; asegura: “A pesar de que las... referidas Convenciones de Viena consagran la función del *jus cogens* en el dominio propio del Derecho de los tratados, es una consecuencia ineludible de la existencia misma de normas *imperativas* del Derecho internacional que no se limitan éstas a las violaciones resultantes de tratados, y que se extienden a toda y cualquier violación, inclusive las resultantes de toda y cualquier acción y cualesquiera actos unilaterales de los Estados. A la responsabilidad internacional *objetiva* de los Estados corresponde necesariamente la noción de *ilegalidad objetiva* (uno de los conceptos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas —prácticas éstas que representan crímenes de lesa humanidad—, condenadas por la conciencia jurídica universal, a la par de la aplicación de tratados” (énfasis en el original). *Voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade*, párr. 25.



Por supuesto, el punto que aquí menciono, surcado de sugerencias y problemas relevantes, implica un examen cuidadoso de la forma en que operan, para sus respectivos fines, la facultad de interpretación de la Corte sustentada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>64</sup> y en la propia Convención Americana y las disposiciones de ésta sobre el ingreso de otros derechos, que serían formalmente agregados al Pacto de San José.<sup>65</sup>

## IX. CONOCIMIENTO SOBRE DERECHOS DE SEGUNDA GENERACIÓN

A lo largo de su desempeño en asuntos contenciosos, la Corte Interamericana ha conocido de litigios relacionados con los derechos humanos de primera generación, y específicamente con cuestiones vinculadas al desbordamiento penal de los agentes del Estado. Menudean los casos de desaparición forzada —cuya presencia debiera animar a la generalizada adopción del tratado regional sobre esta materia—, ejecución sumaria, tortura y tratos inhumanos, crueles o degradantes, etcétera. La existencia de estos casos corresponde a la dura experiencia de nuestros países.

Desde luego, la CorteIDH ha prestado un buen servicio a la causa de los derechos humanos mediante sus pronunciamientos en este campo, caracterizado por el abuso y la violencia. Empero, los derechos humanos no se agotan en aquél. Se halla pendiente la otra faz de los derechos: la que corresponde a la segunda generación; los derechos sociales, económicos y culturales, originalmente enunciados con gran generalidad y cautela, y luego con decisión más firme por parte de los Estados americanos. Esta situación no es insólita.

En este renglón apenas comienza el desempeño de la Corte.<sup>66</sup> En otros lugares se ha caminado un buen trecho en el terreno de los derechos

64 La regla general de interpretación se halla en el artículo 31.1: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El principio de la buena fe se afirma también en el artículo 26 del mismo instrumento, citado *supra*, que previene que las partes deben cumplir los tratados “de buena fe”.

65 Esto es, los artículos 31, 76 y 77. Aquél permite la inclusión de “otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77”. Éstos regulan la forma de enmendar la Convención y emitir protocolos adicionales. La Corte Interamericana está facultada para proponer enmiendas a la Convención, por conducto del secretario general de la OEA (artículo 76.1).

66 En 1998, la CorteIDH tomó conocimiento de un asunto sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con derechos laborales de varias personas: Caso Baena RíDR © 2000.

sociales, sea en materia de derechos humanos, sea en el ámbito de la jurisdicción comunitaria. Lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no sin cuestionamientos.<sup>67</sup> He aquí otro horizonte útil para la Corte Interamericana, llamada a serlo de “todos los derechos humanos”, no sólo de una porción, aunque por lo pronto se concentre en ésta, dolorosamente, la mayor visibilidad en el conflicto entre los particulares y algunos agentes del Estado. Será interesante escuchar el criterio de la Corte sobre la obligación que tienen los Estados de adoptar todas las medidas conducentes a la efectiva vigencia de los derechos sociales y económicos,<sup>68</sup> y acerca del carácter progresivo de éstos, por ejemplo.<sup>69</sup>

## X. ORGANIZACIÓN DE LA CORTE. LA PRONTA JUSTICIA

La organización de la Corte, que no ha cambiado desde la fecha de su establecimiento, debe analizarse a la luz del buen despacho, que a su turno se halla condicionado por el número y las características de los asuntos de que conoce el tribunal. Hoy día, éste sólo sesiona en pleno. Con su actual número de integrantes —siete jueces titulares, además de los jueces *ad hoc* que intervienen en algunos casos— y en la forma prevista por el Estatuto y el Reglamento, la Corte debe hacer frente a un creciente número de asuntos contenciosos, que desde luego excede, con mucho, el vo-

cardo y otros contra Panamá. Por otra parte, conviene tomar en cuenta que tampoco ha sido frecuente, por ahora, la intervención del *ombudsman* mexicano en cuestiones concernientes a los derechos de segunda generación. Una interesante aparición en esta nueva escena es la contenida en dos Recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a saber: 18/97, dirigida al gobernador y al presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, y 19/97, girada a los secretarías de Comunicaciones y Transportes, Desarrollo Social, Reforma Agraria, Salud y Educación Pública, al procurador agrario y al director del Instituto Nacional Indigenista, ambas identificadas como “Caso de las comunidades indígenas de la Huasteca Veracruzana”. *Cfr. Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, año 7, núm. 80, 1997, pp. 63 y ss.

67 Así, la posibilidad de que la armonización jurisprudencial del derecho social europeo implique “cargas nuevas e injustificadas”. *Cfr. Eichenhofer, Eberhard, “Il ruolo della Corte di Giustizia nello sviluppo del diritto sociale europeo”*, trad. de E. Ferrari y D. V. Galetta, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, año V, 1995, núm. 1, pp. 1 y ss.

68 Por disposición del artículo 1.1 de la Convención que se extiende, sin salvedades, a los derechos y libertades reconocidos en ella, entre los cuales figuran los de carácter económico, social y cultural, conforme al artículo 26, así como los derechos previstos en el Protocolo de San Salvador, suscrito en esa ciudad el 17 de noviembre de 1988 y ratificado, hasta abril de 1997, por Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Perú, Surinam y Uruguay. *Cfr. Documentos básicos en materia de derechos humanos...*, *cit.*, p. 71.

69 Carácter que suelen invocar los instrumentos internacionales y que se menciona en los artículos 26 de la Convención y 1o. del Protocolo de San Salvador.

lumen de trabajo que existió en los primeros años de funcionamiento del tribunal.

Este mismo punto debe relacionarse con otra cuestión relevante para la justicia que la Corte IDH imparte: la duración de los procedimientos. Como se sabe, antes de que aquélla asuma el conocimiento jurisdiccional de un caso, es preciso que se agote el procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La suma de ambas etapas implica que transcurran varios años entre la fecha en que se produjo la violación y aquella en que la Corte pronuncia sentencia sobre el fondo, periodo al que normalmente es preciso agregar el tiempo necesario para la decisión sobre reparaciones e indemnización, más el que corresponda a la aclaración de la sentencia, si se solicita, y el que se necesite para verificar el cumplimiento de ésta, antes de cerrar el caso.

En consecuencia, en el futuro cercano pudiera aguardar un examen sobre los medios para obtener mayor celeridad en la emisión de resoluciones, obviamente sin perjuicio de los actos esenciales del procedimiento internacional. Sobre este punto hay algunas referencias en otra jurisdicción. Tal es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reorganizado por el protocolo 11 de la Convención de Roma.<sup>70</sup> Dicho Tribunal funcionará en Gran Sala, salas y comisiones, una vez que desaparezca la Comisión Europea de Derechos Humanos.

Es importante el hecho de que el Tribunal Europeo, a diferencia de la Corte Interamericana, ha trabajado con un nutrido conjunto de jueces, que también sesionan en salas, cada una con cinco integrantes. La Interamericana, como es sabido, celebra periodos de sesiones con recesos intermedios —periodos cuyas frecuencia y duración han aumentado, por cierto— y sólo sesiona con el pleno de los siete jueces que la constituyen, o por lo menos de cinco de ellos como *quorum* de reunión y votación. No sería impertinente examinar la posibilidad de que la Corte Interamericana se-

70 El Protocolo Núm. 11 relativo a la restructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio (Europeo), adoptado en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994, contiene dos considerandos muy escuetos (pero se remite a diversas resoluciones de la Conferencia Ministerial Europea, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y de los jefes de Estado y de gobierno de los Estados miembros de aquel Consejo). Así, se dice: “Considerando que es necesario y urgente reestructurar el mecanismo de control establecido por el Convenio, con el fin de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales previstas por el Convenio, a causa, principalmente, del aumento de las demandas de protección y del número creciente de miembros del Consejo de Europa”; y “Considerando que procede modificar, en consecuencia, ciertas disposiciones del Convenio con objeto, en especial, de sustituir la Comisión y el Tribunal europeos de derechos humanos actuales por un nuevo Tribunal permanente”.

sionara ininterrumpidamente y en salas, aun cuando éstas sólo se integrasen por tres jueces.<sup>71</sup>

## XI. JUECES *AD HOC*

En la estructura del tribunal —como en la composición de otros órganos similares— figuran los jueces *ad hoc*, llamados a intervenir al lado de los jueces titulares cuando ninguno de ellos es nacional del Estado que comparece ante la Corte. Aquí hay materia para futuras reflexiones.<sup>72</sup> Es evidente que los jueces deben mantener en todo caso una absoluta “neutralidad” frente a los asuntos que se hallan sujetos a su conocimiento. En otros términos, el juez no resuelve al amparo de sus sentimientos nacionales, sino de las normas aplicables al caso.

Sin embargo, la institución del juez *ad hoc* parece provenir de una hipótesis poco consecuente con aquella idea, a saber, que es indispensable —o al menos conveniente— que en el tribunal figure un juez con la nacionalidad del Estado litigante, acaso para reforzar —no diré asegurar, que sería excesivo— la objetividad del tribunal, o bien, más suavemente, el mejor conocimiento de éste acerca de las circunstancias del Estado en cuestión.

No son desconocidos los argumentos en favor y en contra de figuras del proceso colocadas a media vía entre los contendientes y los juzgadores, por más que participen de la condición de los segundos. Sobre ellos recaen expectativas encontradas: de un lado, la esperanza del contendiente de que su posición será vista con simpatía por el juzgador afín; del otro, la exigencia de imparcialidad y objetividad inherente a la función jurisdiccional.<sup>73</sup>

71 Esto así, debido a la necesidad de no incrementar significativamente el presupuesto de la Corte, que forma parte del presupuesto de la Organización de Estados Americanos. La formación de dos salas no exigiría aumento en el número actual de jueces, aunque pudiera requerir, limitadamente, más personal auxiliar de la función jurisdiccional. Habría la posibilidad de que los siete jueces conformaran una Gran Sala o Sala Superior, a cargo de resoluciones cuya naturaleza exigiese la concurrencia de todos los juzgadores.

72 Este asunto enlaza con el tema de un estudio de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, t. II, pp. 239 y ss. Este ilustre jurista se refirió a la situación del juez-defensor, característico de las jurisdicciones paritarias laborales (pp. 252 y 253), a cuyo perfil pueden acomodarse figuras semejantes en otros órdenes jurisdiccionales.

73 Véase la interesante consideración que hace un ex juez *ad hoc*, Rigoberto Espinal Irías, en torno a determinadas expectativas sobre la CorteIDH, sus jueces titulares y el juez *ad hoc*, en “Competencia y funciones de la Corte Interamericana”, en Navia Nieto (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos...*, *cit.*, pp. 117 y 118.

Desde luego, la calidad ética y profesional de los jueces *ad hoc* les permite sortear con acierto esta incómoda antinomia y despachar su encomienda con pulcritud. Esto mantiene viva la institución de este juez ocasional. Empero, subsiste la pregunta: ¿es necesario?<sup>74</sup> Si la interrogante persiste en los órganos jurisdiccionales internos, de composición clasista, por ejemplo, con mayor razón perdura en el caso de juzgadores que volverán a su propio país después de que se ha dictado una resolución que puede ser adversa a éste, y que en tal virtud acaso generará sentimientos encontrados entre los connacionales del juez.

## XII. VIOLACIÓN DE LA NORMA Y RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL. EL INFRACTOR

Como es obvio, el juicio internacional gravita sobre dos extremos naturales: la violación de un derecho humano, que apareja quebrantamiento de un deber internacional del Estado que consume aquella —con independencia del daño que el hecho produzca—<sup>75</sup> y la existencia de un infractor —cuya conducta asume el Estado, como origen de su propia responsabilidad— y de una víctima. El enunciado de estos extremos es sencillo; sin embargo, cada uno apareja considerables problemas.

Por otra parte, en el porvenir de la jurisdicción internacional americana habrá ocasión de continuar precisando el alcance de la violación justiciable y, por lo mismo, de la víctima de aquella: ¿se conocerá únicamente de las violaciones actuales, o también de las inminentes, probables o sólo posibles? En otros términos, la existencia de una ley amenazante, no aplicada todavía, ¿constituye violación reclamable?<sup>76</sup> Este tema es familiar

74 Faúndez Ledesma reprobaba la institución del juez *ad hoc* y la considera un “vestigio indeseable del arbitraje”. *El sistema interamericano de protección...*, cit., p. 136.

75 Cfr. de Aguiar, Asdrúbal —quien fuera juez de la CorteIDH—, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello, 1997, p. 76. Obsérvese esta secuencia, que ilustro con los preceptos del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU y presentado en informe a la Asamblea General en 1996 (documento que en lo sucesivo identificaré como PARE y que figura en el *Apéndice* de la obra de Aguiar citada en esta nota, pp. 299 y ss.). El Estado es responsable internacionalmente por sus hechos ilícitos (artículo 1o.); hay hecho ilícito cuando la acción u omisión correspondientes son atribuibles al Estado y constituyen violación de una obligación internacional a cargo de éste (artículo 3o.); y existe dicha violación “cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige (una) obligación” internacional (artículo 16).

76 La Corte Europea se ha ocupado de este asunto, mediante el examen de las “afectaciones potenciales”: se puede reclamar la violación a la Convención Europea aun cuando las supuestas me-

para el jurista mexicano —entre otros— que impugna leyes inconstitucionales.<sup>77</sup> El parecer de la Corte a este respecto se desprende de una opinión consultiva, que arribó a dos conclusiones: la expedición de una ley contraria a la Convención viola ésta, y “en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional (del) Estado”.<sup>78</sup>

No sobra tomar en cuenta ahora —aun cuando no se trate, en la especie, de demanda por violaciones a la Convención— que la jurisdicción consultiva de la Corte se ha ejercido ya, previo examen cuidadoso de las atribuciones para ello, sobre “proyectos” de ley doméstica.<sup>79</sup>

La violación es la contrariedad entre cierta conducta, activa u omisiva, y determinada norma del derecho de gentes. Para este efecto no hay cuestión, como la habría en el derecho punitivo interno, sobre el dolo o la culpa con que se produce la conducta,<sup>80</sup> aunque la haya acerca de ciertos datos de la misma que pueden aparejar la irresponsabilidad del Estado.

didias violatorias todavía no hayan sido aplicadas al demandante. En este orden de consideraciones surge también una suerte de *actio popularis* en beneficio general y con efectos preventivos. Cfr. Cançado Trindade, “Mechanisms of international protection”, en *op. cit.*, pp. 271 y ss.

77 Me refiero al amparo contra leyes, al que Juventino V. Castro denomina “amparo para la desaplicación de leyes”. *Lecciones de garantías y amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 295. Tómese en cuenta que el amparo se encuentra todavía restringido por la “fórmula Otero” acerca de los efectos relativos de la sentencia. En cambio, la reforma constitucional de 1984-1985, ampliada por la de 1996 en materia electoral, introdujo otras fórmulas para la anulación de leyes: controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Lamentablemente este nuevo sistema excluye la legitimación procesal de los particulares. Cfr. una crítica sobre aquellas reformas en mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997.

78 CorteIDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 16 de diciembre de 1994*, Serie E, Núm. 14, p. 25 (párr. 58).

79 Al examinar, con fines consultivos, una “propuesta” de modificación a la Constitución de Costa Rica, la Corte analizó el alcance del artículo 9.1 del artículo 64 de la Convención, que se refiere a la emisión de opiniones acerca de la compatibilidad entre leyes internas de un Estado y la Convención Americana; consideró los objetivos a los que sirve su atribución consultiva, en los términos de la propia Convención; tuvo en cuenta las normas de interpretación contenidas en aquella, y arribó a la conclusión de que “una interpretación restrictiva del artículo 64.2 que condujera a que los Estados sólo pudieran invocarlo para solicitar opiniones consultivas sobre leyes vigentes, limitaría indebidamente el servicio consultivo de la Corte”; empero, la función consultiva tiene “naturaleza permisiva”, y debe ejercerse con el necesario cuidado para evitar que la Corte se inmiscuya en disputas políticas internas. Cfr. CorteIDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984*. Serie A, Núm. 4, pp. 12 y ss. (párrs. 8 y ss.).

80 La responsabilidad internacional todavía tiene, ordinariamente, un carácter colectivo. Cfr. Aguiar, *Derechos humanos y responsabilidad...*, *cit.*, p. 108. La responsabilidad (penal) doméstica no puede perder de vista el dolo o la culpa del agente; lo contrario contravendría las bases mismas del derecho penal contemporáneo.

El Estado, que no tiene sustantividad propia ni es capaz de una conducta autónoma, es un típico responsable por el comportamiento de quien sí posee tal sustantividad y capacidad: el infractor que se halla investido de funciones públicas<sup>81</sup> o que las ejerce *de facto*, por encargo o con la complacencia de un gobierno.<sup>82</sup> La Corte Interamericana ha debido entrar en la precisión sobre la naturaleza de ciertos agentes infractores, como condición para resolver la imputabilidad del Estado.<sup>83</sup>

Un juicio de este carácter no es un juicio penal, en el sentido estricto de la palabra. Empero, tampoco carece de ciertos rasgos que lo aproximan —lo colocan en la vecindad, digámoslo así— del juicio penal dirigido contra un inculpado particular. Es preciso reconocer que en su sentencia —juicio de imputación de un ilícito internacional—, la Corte indica a una persona o a un conjunto de personas, cuya identidad aparece —con frecuencia— en el cuerpo de la resolución jurisdiccional.

Esa identificación es requisito para vincular el hecho ilícito con el Estado responsable; si no hay individuos infractores, no hay Estado imputable desde la perspectiva de la responsabilidad internacional. Si bien es cierto que la Corte no “condena” al infractor personal, sino al Estado obligado a proveer a la observancia de los derechos humanos, también lo es que la sentencia expresa involucra una condena implícita, o al menos un cargo cierto. Precisamente en ello se sostiene la exigencia —que forma parte de las denominadas “reparaciones”— de enjuiciar y condenar

81 El PARE precisa que es hecho de un Estado, conforme al derecho internacional, “el comportamiento de todo órgano del Estado que tenga la condición de tal según el texto interno de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad” (artículo 5o.); asimismo, “el comportamiento de un órgano de una entidad pública territorial de ese Estado, siempre que, en el caso de que se trate, haya actuado en esa calidad” (artículo 7.1); e igualmente el “de un órgano de una entidad que no forme parte de la estructura misma del Estado o de una entidad pública territorial pero que esté facultado por el derecho interno de ese Estado para ejercer prerrogativas del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, ese órgano haya actuado en esa calidad” (artículo 7.2).

82 Se alude, en los términos del PARE, al comportamiento de una persona o un grupo, cuando: “a) Consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta del Estado; o b) Esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias que justificaban el ejercicio de esas prerrogativas” (artículo 8o.).

83 Así, por ejemplo, en el Caso Blake, resuelto por la CorteIDH en enero de 1998. En la especie se trató de establecer las características de los organismos que actuaron en Guatemala bajo la denominación de “Patrullas civiles” o “Comités voluntarios de defensa civil”. Estos fueron reconocidos por el Decreto Ley 19-86, del 7 de enero de 1986, y quedaron disueltos dentro del proceso de paz en aquel país, por Decreto 143-96, del 28 de noviembre de 1996. La Corte estimó que “la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades (las descritas en la sentencia) por parte de las patrullas civiles, permite concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados”. Caso Blake, Sentencia del 24 de enero de 1998, párr. 78.

nacionalmente a los violadores de derechos y garantías.<sup>84</sup> De aquí se sigue, evidentemente, una pretensión punitiva —ya que no una condena directa— dirigida contra los infractores.<sup>85</sup>

He aquí un punto para futuros desarrollos: ¿cuál es la eficacia de la sentencia de la Corte Interamericana con respecto a esos infractores, que personalmente han incurrido en conductas típicas penales, como son la tortura, la desaparición forzada, el genocidio, etcétera? Es verdad que la justicia interna no está llamada a homologar simplemente el fallo de la Corte y en seguida fijar una pena para el delincuente; pero también lo es que el pronunciamiento internacional debe poseer una fuerza y una condición determinada ante la jurisdicción nacional. Por supuesto, este asunto difiere notablemente de los que corresponden al proyectado tribunal penal internacional.

### XIII. ESTADOS FEDERALES

A propósito de la responsabilidad internacional del Estado, existe otro asunto interesante. Aludo al problema que se presenta cuando se trata de un Estado federal y la violación aparece cometida por órganos o individuos vinculados con una entidad federativa, como denominamos en México a los estados que integran la unión federal. El tema no es académico: si bien la mayoría de los Estados americanos se hallan organizados en forma unitaria, hay varios que han acogido el sistema federal: Argentina, Brasil, Estados Unidos de América, México y Venezuela.

Hasta donde recuerdo, este punto no ha sido abordado concluyentemente por la Corte, que puede recibir, por una parte, la salvedad de un Estado nacional federal sobre la atribuibilidad o imputabilidad de la violación, cuando ésta ha sido realizada por acción u omisión de órganos locales; y por otra parte, la afirmación de que es el Estado federal —no la

84 Este deber forma parte de las obligaciones primarias que deben cumplir los Estados. *Cfr.* Aguiar, *Derechos humanos y responsabilidad...*, cit., pp. 259 y 260.

85 Los deberes de prevenir la posible comisión de nuevas violaciones, investigar los hechos y sancionar a los responsables subsisten aun después de dictada la sentencia condenatoria. La Corte IDH ha resuelto que “aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento”. CorteIDH, Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria, Sentencia del 21 de julio de 1989 (artículo 63.1 Convención Americana de Derechos Humanos). Serie C, Núm. 7, p. 23 (párr. 36).



provincia— la persona de derecho internacional que se obliga por el conjunto de sus integrantes en el Pacto de Derechos Humanos, y que esa obligación no puede ser transferida por obra de la organización política interior.

No sobra recordar que en los orígenes mismos del Estado federal quedó establecido que es éste —la persona jurídica que resulta del pacto federal— quien representa y obliga al conjunto en el trato con las demás naciones, es decir, la Unión aparece como el actor único en las relaciones internacionales, no así las provincias y los estados particulares.<sup>86</sup> De ello es consecuencia el régimen adoptado a propósito de los tratados internacionales, que celebran y aprueban los órganos de la Federación —Ejecutivo y Senado— y que poseen eficacia vinculante sobre el conjunto, a título de “ley suprema del país”.<sup>87</sup>

#### XIV. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO Y EL PAPEL DE LA VÍCTIMA

La condición del individuo como sujeto del derecho internacional puede observarse y acreditarse desde diversos ángulos relevantes. Lo es la forma en que el derecho de gentes considera al individuo en la calidad de “obligado”, que luego devendrá en “responsable”, más tarde en “procesado” y finalmente en “condenado”. También lo es la manera en que ese mismo derecho recoge a la víctima de una conducta que acarrea responsabilidad internacional del Estado.

86 Madison advierte que entre los poderes encomendados por la nueva Constitución americana al “gobierno general” figura “regular el intercambio con las naciones extranjeras, a saber: celebrar tratados... Esta categoría de poderes constituyen un sector obvio y esencial de la administración federal. Si en cualquier aspecto hemos de constituir una sola nación, claramente debe ser frente a las demás naciones”. *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, 2a. ed., México, FCE, 1957, pp. 176 y 177.

87 Aludo al segundo párrafo del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América (con equivalente en el artículo 133 de la Constitución mexicana), que incluye bajo el concepto de “ley suprema del país”, prevaleciente sobre las Constituciones y leyes locales, a los “tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos”. Al refutar a los adversarios de la Constitución federal, Madison invita a pensar lo que sucedería si “la supremacía de las constituciones de los Estados hubiera quedado intacta gracias a una cláusula que hiciera una salvedad en su favor”. Dado que dichos ordenamientos difieren grandemente entre sí, podría ocurrir que un “tratado... de gran importancia para todos los Estados, estuviera en pugna con algunas de las constituciones, aunque no con todas, por lo que resultaría válido en algunos Estados, al mismo tiempo que no tendría ningún efecto en otros”. Si tal ocurriera, “el mundo habría visto por primera vez un sistema de gobierno fundado en la inversión de los principios fundamentales de todo gobierno; habría visto la autoridad de toda la sociedad subordinada en todos los aspectos a la autoridad de las partes; habría contemplado a un monstruo con la cabeza bajo las órdenes de sus miembros”. *El Federalista*, *cit.*, p. 194.

La noción de víctima, esencial para desencadenar el procedimiento internacional, tampoco está libre de problemas. Por una parte, es probable que la Corte se vea en la necesidad de trabajar este concepto, que ha evolucionado desde la versión restringida y estricta de la víctima “directa” hasta la idea, mucho más dilatada, de la víctima “indirecta”.<sup>88</sup>

En el derecho penal interno, el ofendido por el delito puede poner en movimiento el aparato persecutorio. En el derecho de gentes dirigido a la exigencia de la responsabilidad internacional del Estado, la víctima posee relevancia semejante, matizada o complementada por la actividad de otros promotores de la justicia. En este punto reside una de las cuestiones más dinámicas y sugerentes de la materia que se aborda en este artículo. De aquélla depende, en buena medida, la evolución orgánica y funcional de este sector de la justicia.

La Corte Europea tiene una experiencia propia y característica: la víctima y otros sujetos demandantes de justicia pueden comparecer directamente ante aquélla. Pronto relevarán totalmente a la Comisión Europea de Derechos Humanos, suprimida por el protocolo 11 de la Convención de Roma. Así enfrentará ese tribunal, directamente, un gran número de pretensiones.

Algunos analistas consideran que en el despacho de esta función abrumadora, la Corte Europea podría replegarse en la atención de los “casos paradigmáticos”. De ser así, se produciría un vacío en la asunción de múltiples litigios menores; los afectados directamente por éstos difícilmente convendrían en la exclusión de sus contiendas, por no revestir esa naturaleza “paradigmática”, que los exalte y singularice.

88 Este punto se ha examinado en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Inicialmente, la Corte Europea sostuvo un concepto restrictivo, concentrado en la víctima directa. La Comisión Europea desarrolló luego la noción de la víctima indirecta. *Cfr.* Cançado Trindade, Antonio A., “Mechanisms of international protection”, en *Academie de Droit International, Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 263 y ss. La materia se analiza por la Corte IDH en la sentencia sobre el caso Blake. En la especie, se estimó violado el artículo 8.1 de la Convención Americana en agravio de los familiares de la víctima directa. Ese precepto “debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c de la Convención, según el cual ninguna interpretación de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”. Caso Blake, Sentencia del 24 de enero de 1998, párr. 96. Al respecto, difirió el juez Montiel Argüello, *cfr.* Voto disidente del juez Alejandro Montiel Argüello, párrs. 1-8. En su voto razonado sobre el mismo caso, que aborda un problema de desaparición forzada, el juez Cançado Trindade consideró que “la forma compleja de violación de múltiples derechos humanos que representa el delito de desaparición forzada de persona tiene como consecuencia la *ampliación de la noción de víctima* de violación de los derechos perseguidos” (énfasis en el original). *Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade*, párr. 38.

Diffiere la experiencia americana: sólo los Estados Parte en la Convención y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueden promover la actividad contenciosa de la Corte. En la realidad, esta “acción procesal internacional” ha quedado en manos de la Comisión; la Corte no ha tenido oportunidad de pronunciarse aún sobre controversias planteadas por un Estado.<sup>89</sup>

Es bien sabido que una vigorosa corriente de opinión propone que la víctima actúe independientemente ante la Corte Interamericana, lo cual pudiera ocurrir en diversas direcciones, todas ellas definitorias —en un sentido u otro— de su carácter de participante procesal: sea como actor, y por ello mismo promotor de la jurisdicción, en forma concurrente o excluyente de la Comisión; sea como reclamante autónomo de la reparación; sea como coadyuvante en determinados actos procesales, sin detrimento de que la Comisión mantenga ampliamente la posición actora ante la Corte.<sup>90</sup> Este es uno de los puntos más debatidos en el quehacer de la jurisdicción interamericana; ha dado lugar a diversos planteamientos y se halla en la base de votos particulares emitidos por jueces de la Corte.<sup>91</sup>

89 En el Caso de Viviana Gallardo y otras, sometido directamente ante la Corte por el gobierno de Costa Rica, aquélla consideró que era preciso llevar adelante, primero, el procedimiento ante la Comisión Interamericana.

90 En un voto particular, el juez Rodolfo E. Piza Escalante sostuvo (teniendo en cuenta, seguramente, la teoría de Carnelutti sobre las partes en el proceso) que en el enjuiciamiento ante la Corte Interamericana la víctima y sus causahabientes son partes en sentido material, en tanto la Comisión de Derechos Humanos es “parte en sentido procesal”, esto es “parte imparcial e instrumental”. Todo ello tiene una inmediata repercusión en el acuerdo sobre la indemnización. *Cfr. Voto disidente*, en Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, Núm. 4, pp. 83 y ss. (párrs. 1 y ss.). Sobre las partes en el proceso ante la CorteIDH, véase Fix-Zamudio, “Lineamientos procesales...”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos...*, pp. 164 y ss.

91 Además del voto mencionado en la nota anterior, véase el emitido por el juez Cançado Trindade con respecto a la resolución sobre excepciones preliminares en los Casos Castillo Páez (sentencia del 31 de enero de 1996) y Loayza Tamayo (sentencia del 31 del mismo mes). Distingue entre el *locus standi in iudicio* de los individuos en casos ya sometidos a la Corte por la Comisión y el derecho de someter directamente un caso ante la propia Corte. Considera que sin el *locus standi* de ambas partes “cualquier sistema de protección se encuentra irremediablemente mitigado, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de directamente vindicarlos”; agrega: “En nuestro sistema regional de protección, el espectro de la persistente denegación de la capacidad procesal del individuo peticionario ante la Corte Interamericana, verdadera *capitis diminutio*, emanó de consideraciones dogmáticas propias de otra época histórica tendientes a evitar su acceso directo a la instancia jurídica internacional —consideraciones estas que, en nuestros días, a mi modo de ver, carecen de sustentación o sentido, aún más tratándose de un tribunal internacional de *derechos humanos*” (énfasis en el original). *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996*. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., 1997, pp. 56 y 57 (párrs. 14-17 del voto), y 72-73 (párrs. 14-17 del voto).

No parece cercano el momento en que la víctima releve totalmente a la Comisión en la función de actor; empero, tiene ya una nueva posición ante la justicia interamericana,<sup>92</sup> y hay elementos para suponer que en el futuro su *locus standi iudicis* adquirirá, quizá, mayor relevancia. En este desenvolvimiento será preciso abordar diversas cuestiones: evidentemente, el alcance de las actividades procesales del particular, fuera del conducto de la Comisión, y también el contenido de las costas,<sup>93</sup> que pudiera incrementarse.

## XV. AUTOCOMPOSICIÓN E INDISPONIBILIDAD

El planteamiento de un asunto contencioso ante la Corte puede suscitar, en forma más o menos inmediata, el allanamiento del Estado —que en efecto ha ocurrido en varios casos—, pero también es posible que el demandante opte por desistirse. En este último caso queda de manifiesto la trascendencia del tema “derechos humanos”, en tanto no se trata de una materia disponible para el promotor del proceso. Rebasa la potestad de éste y permanece ante la Corte, pese al desistimiento, para que el órgano jurisdiccional determine si cesa o prosigue el juicio, impulsado por un típico principio de oficialidad.<sup>94</sup>

92 Es de celebrarse —dice Juan E. Méndez— el avance que en poco tiempo ha obtenido la posición de la víctima ante la Corte, así como la participación de los organismos no gubernamentales en las audiencias, por más que todavía exista la necesidad de obtener mayores progresos. *Cfr.* “La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos...*, cit., pp. 326 y 327. Tomando en cuenta el desarrollo observado en torno a la capacidad procesal internacional del individuo, “tampoco se puede descartar que, en un futuro cercano, la posición del individuo ante la Corte pueda verse mejorada”. *El sistema interamericano de protección...*, cit., p. 299.

93 En un examen general de las reparaciones conforme al criterio de la CorteIDH, Rodríguez Rescia señala que “en materia de costas, queda por esperar qué resolverá la Corte cuando se presenten los primeros casos donde el individuo tenga participación procesal autónoma en la fase de reparaciones... también será determinante lo que resuelva cuando se presenten reintegros de gastos de casos por el trámite ante la Comisión donde no haya existido patrocinio de alguna ONG (organización no gubernamental). En buena medida, de ello dependerá que las víctimas continúen accionando directamente el sistema interamericano de protección de derechos humanos y que la Convención Americana cumpla con su objeto y fin”. “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de derechos humanos”, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1995, núm. 1, p. 150.

94 Al respecto es claro el artículo 54 del Reglamento de la Corte, que no obliga al sobreseimiento en los casos —mencionados en el artículo 53— de “una solución amistosa, de una avenencia o de otro hecho apto para proporcionar una solución al litigio”; prevalece el interés de los derechos humanos sobre la conformidad de la víctima y del demandante, y por ello la Corte, “teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que pro-

## XVI. MEDIDAS CAUTELARES

Otro punto que merece consideración es la adopción de medidas provisionales de naturaleza cautelar,<sup>95</sup> un tema sobre el que la CorteIDH se ha pronunciado con frecuencia.<sup>96</sup> Parece relativamente sencillo admitir que si estas precauciones se dirigen a preservar un bien no menoscabado —digamos, la vida de una persona que sufre amenazas—, el mandamiento del tribunal y la actividad del Estado se dirigirán a proteger el bien amenazado contra cualquier vulneración ilegítima.

Reviste mayores problemas el sentido del mandamiento de la Corte y de la actividad esperada del Estado cuando entra en juego un bien ya afectado, como la libertad de un individuo que se encuentra detenido por disposición de una autoridad cuya competencia constitucional se cuestiona.

¿Cómo operan en estos casos las nociones de urgencia y gravedad, que invoca el artículo 63.1 de la Convención como presupuesto de la medida? ¿Y cómo la noción de “daños irreparables” a una persona, que también contiene ese mismo precepto?<sup>97</sup> ¿Tendría la Corte atribuciones para disponer la libertad provisional mientras se llega a la sentencia de fondo, evitando así el menoscabo continuo del bien cuya protección se reclama: la libertad, cuya privación —así sea provisional—, arroja un daño irreparable, pues nunca se podría “recuperar el tiempo perdido”? ¿Podría ejercer la Corte, en este orden de cosas, una especie de *habeas corpus* internacional? O bien, ¿estaría anticipando su resolución final, al conceder en una determinación intermedia y cautelar —la medida provisional de libertad— lo que se encuentra sujeto a debate y debiera ser materia de la decisión de fondo: la privación ilegítima de la libertad?

siga el examen del caso...” . La propia Corte se ocupó de este supuesto en un caso contencioso. *Cfr.* CorteIDH, Caso Maqueda. Resolución del 17 de enero de 1995. Serie C, Núm. 18, pp. 9 y ss. (párrs. 17 y ss.)

95 Estas medidas “son la expresión concreta de un principio de Derecho procesal que ordena garantizar el equilibrio de las partes en todo litigio y permite que la jurisdicción realice, en la práctica, las consecuencias de la responsabilidad sujeta al contradictorio”. Aguiar, *Derechos humanos y responsabilidad...*, *cit.*, p. 208.

96 *Cfr.* CorteIDH, *Medidas provisionales*, *Compendio: 1987-1996*. Serie E, Núm. 1, 1996.

97 El inciso 2 del artículo 63 de la Convención fija estos presupuestos de las medidas provisionales: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas...”. En torno a tales nociones, insuficientemente caracterizadas, *cfr.* Aguiar, *Derechos humanos y responsabilidad...*, *cit.*, pp. 214 y 215.

## XVII. REPARACIONES E INDEMNIZACIONES

Una vez establecidos o admitidos los hechos de los que proviene la responsabilidad internacional del Estado, se plantea una consecuencia natural: las reparaciones y las indemnizaciones. Recuérdesse que la Corte no es un juzgador penal. Sin perjuicio de lo que dije *supra* acerca de la repercusión de la sentencia internacional sobre la responsabilidad penal individual, la Corte no podría —y probablemente no podrá— constituirse en tribunal del crimen y condenar al criminal bajo la ley doméstica. A cambio, tiene en sus manos aquella otra consecuencia de derecho internacional.

Ha sostenido la Corte, con razón, que el efecto deseable del juicio condenatorio sería la *restitutio in integrum*, que aparejaría el retorno de las cosas al estado que guardaban antes de la violación.<sup>98</sup> Esto es deseable, pero lamentablemente imposible en muchos casos. Hay que echar mano, pues, de las reparaciones y las indemnizaciones. En este orden de cosas, la Corte IDH ha iniciado la consideración —que todavía es posible profundizar y afinar— del alcance que razonablemente cabe reconocer a esas consecuencias del comportamiento ilícito.<sup>99</sup>

En algunos casos, la Corte Interamericana se ha ocupado en perfilar el carácter de las reparaciones y las indemnizaciones, que ciertamente no son lo mismo. También se puede avanzar en el ámbito de las denominadas re-

98 En el Caso de Velázquez Rodríguez se manifestó: “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral”. Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria, Sentencia del 21 de julio de 1989. Serie C, Núm.7, p. 21 (párr. 26).

99 En un análisis relevante, con motivo del caso Aloeboetoe, la Corte señaló: “Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causae est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. —Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es esteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable... La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida *jurídicamente* tutelada. Por otra parte, en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la *in integrum restitutio* se refiere a un modo como *puede* (énfasis en el texto de la resolución) ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como *debe* ser reparado (*ibidem*), porque puede haber casos en que aquélla no sea posible, suficiente o adecuada (Cfr. *Usine de Chorów, fond, arrêt Núm. 13, 1928, C. P. K. I., Serie A, Núm. 17, p. 48*). De esta manera, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1 de la Convención”. Caso Aloeboetoe y otros, reparaciones (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, Núm. 15, pp. 20 y 21 (párrs. 48 y 49).

paraciones, que ofrecen mayores novedades y complejidades que las indemnizaciones. Es en aquéllas, mucho más que en éstas, donde se puede construir una “teoría del desagravio” que posea alcance más general que el correspondiente a la indemnización por el doble daño material y moral.<sup>100</sup> No será fácil, pero puede ser conveniente. También se podría reflexionar sobre las ventajas y desventajas de remitir la reparación al régimen del derecho interno, como lo hace, implícitamente, el Convenio de Roma;<sup>101</sup> en cambio, el Pacto de San José se ha interpretado en otro sentido.<sup>102</sup>

## XVIII. OTRAS CUESTIONES

Desde luego, hay otras muchas cuestiones que se suscitan ya o aparecerán en el futuro con motivo de la jurisdicción interamericana de los de-

100 Es interesante mencionar aquí dos conceptos de la Corte. Por una parte, el criterio de que la sentencia condenatoria sobre el fondo “constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas”. CorteIDH, Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria..., *cit.*, p. 23 (párr. 36); por otra parte, el alcance que en un asunto notable se dio a la indemnización para favorecer el adecuado desarrollo de los menores hijos de las víctimas; así, se ordenó “al Estado de Suriname... con carácter de reparación, reabrir la escuela sita en Gubaja (lugar de residencia de los hijos de las víctimas) y dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994 y poner en operación en el curso de ese año el dispensario existente en ese lugar”. En otro punto de la resolución se precisó que esas medidas formaban parte de la indemnización. CorteIDH, Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones..., *cit.*, pp. 38 y 48 (párrs. 96 y 116.5). Susana Albanese proporciona el siguiente dato: en sesenta causas, sobre un total de setenta y siete en que constató violaciones a la Convención de Roma, la Corte Europea otorgó al lesionado una satisfacción equitativa; en los casos restantes consideró que “la constatación de la violación de un derecho constituía per se una satisfacción equitativa”. *Promoción y protección...*, *cit.*, p. 157.

101 Puesto que, conforme al artículo 50 de ese instrumento, el Tribunal Europeo acordará una “satisfacción equitativa a la parte lesionada” cuando “el Derecho interno (del Estado) sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias” de la resolución o medida en que consistió la violación.

102 El artículo 63.1 señala que la Corte dispondrá “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. De la mera lectura de este precepto, entendido en su rigor gramatical, se desprende una doble posibilidad; que aquella disposición se dirija a las autoridades domésticas, para que éstas, en aplicación de su derecho interno, acuerden tales reparaciones e indemnizaciones; o b) que la Corte asuma la determinación, sea bajo el derecho interno, sea conforme al derecho internacional. La Corte ha sostenido, reiteradamente, la segunda posibilidad, en la última modalidad mencionada: la obligación de reparar proviene del derecho internacional y se sujeta a éste, interpretado y aplicado por la Corte Interamericana. *Cfr.* Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria..., *cit.*, pp. 21 y 22 (párrs. 28-31); Caso Godínez Cruz, Indemnización compensatoria, Sentencia del 21 de julio de 1989, pp. 19 y 20 (párrs. 25-29); y Caso Aloeboetoe, Reparaciones..., *cit.*, p. 23 (párr. 55). Ahora bien, en este último caso la Corte aceptó “precisar el Derecho interno vigente en cuanto al régimen de familia, pues éste puede ser aplicable en algunos aspectos”. *Idem.*



rechos humanos.<sup>103</sup> Habrá que analizar más ampliamente, por ejemplo, el sistema probatorio, habida cuenta de la gran importancia de la prueba en el proceso ante la Corte,<sup>104</sup> de la potestad que ésta tiene de procurar la “verdad histórica” y de las sugerencias que se han hecho para mejorar el régimen general de la prueba —que incluiría un mejor aprovechamiento por la Corte de las indagaciones realizadas por la Comisión Interamericana—;<sup>105</sup> el alcance de la regla *jura novit curia* ante cada situación concreta;<sup>106</sup> el agotamiento previo de los recursos internos cuando éstos existen formalmente, pero se sabe o se dice que será inútil invocarlos, o inclusive contraproducente;<sup>107</sup> las repercusiones del allanamiento —que no es insólito— en lo que respecta a la precisión de los derechos violados,<sup>108</sup> etcétera.

103 A propósito de algunos asuntos abordados en este artículo y de otras cuestiones relevantes, que constituyen campos para el desarrollo del sistema interamericano de derechos humanos, *cfr.* Grossman, Claudio, “Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos...*, *cit.*, pp. 255 y ss. Las sugerencias de Grossman abarcan: fortalecimiento de la Comisión y de la Corte, actividades de promoción a cargo de ambos organismos y áreas de interés, como las desapariciones y los nuevos desarrollos normativos, promoción e implementación de los derechos económicos y sociales, representación directa de las víctimas en los procedimientos ante la Corte, actuación en casos de emergencia y aumento en el nivel de protección de las organizaciones no gubernamentales. También hay interesantes sugerencias sobre temas a considerar —por ambos organismos del sistema interamericano— en el artículo “Las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de Edith Márquez Rodríguez, en *ibidem*, pp. 297 y ss. Véase, igualmente, las propuestas que formula Albanese en *Promoción y protección...*, *cit.*, pp. 163 y 164.

104 Fix-Zamudio observa las diferencias que median en las atribuciones de la Comisión en el sistema europeo y en el interamericano; en aquél, posee amplias potestades instructorias, que no tiene en éste; de ahí la destacada actividad instructoria que se atribuye a la CorteIDH. *Cfr.* “Lineamientos procesales...”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos...*, *cit.*, p. 176.

105 En este sentido, *cfr.* Reisman, Michael y Levit, Janet Koven, “Fact-Finding Initiatives for the Inter-American Court of Human Rights”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos...*, *cit.*, pp. 443 y ss.

106 Véase la interpretación sobre la aplicabilidad de la regla *jura novit curia* en un asunto en que el alegato de violación no fue incluido en la demanda presentada por la Comisión, sino en el alegato final de ésta. CorteIDH, Caso Blake, Sentencia del 24 de enero de 1998, párrs. 112-116.

107 La Corte ha examinado esta materia en una opinión consultiva, que contuvo dos conclusiones: “si por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención, no puede exigírsele su agotamiento”; y “si un Estado Parte ha probado la disponibilidad de los recursos internos, el reclamante deberá demostrar que son aplicables las excepciones del artículo 46.2 y que se vio impedido de obtener la asistencia legal necesaria para la protección o garantía de derechos reconocidos en la Convención”. *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículo 46.1, 46.2,a y 46.2,b Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990*. Serie A, Núm. 11, p. 16, párr. 42).

108 *Cfr.* Ventura Robles, Manuel E., “El desistimiento y el allanamiento en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Héctor Gross Espiell Amicorum Liber. Persona humana y derecho internacional*, Bruselas, vol. II, p. 1739.



## XIX. COLOFÓN: UN RECUERDO Y UNA ESPERANZA

No debo llevar más lejos estos comentarios, en los que ciertamente no pretendo agotar los arduos problemas de la jurisdicción internacional —que mis colegas jueces de la Corte Interamericana podrían abordar con experiencia y conocimientos mucho mayores que los míos—, sino servir a la conmemoración que el gobierno de México hace a propósito de la Carta de la OEA, suscrita hace medio siglo.

Traigo a estas líneas un recuerdo personal sobre aquel año de 1948 en que se llevó a cabo la IX Conferencia Internacional Americana, que produjo la Carta de nuestra Organización. En aquel entonces, mi madre se desempeñaba como intérprete de la OEA y me refirió, de regreso en México, las horas difíciles que vivió la capital de Colombia, nación hermana de la mía, en los sucesos que luego recogería la historia bajo el nombre de “Bogotazo”.

No obstante la severidad de esa circunstancia, la Conferencia siguió adelante y brindó a las naciones del continente, que seguían los sucesos con ansiedad, un instrumento destinado a recoger antiguos sueños de unidad hemisférica, con respeto a la soberanía de cada pueblo y esperanza en un destino mejor para la humanidad. La continuación de aquél encuentro continental, por encima de las adversas condiciones en que cumplió sus tareas, fue un ejemplo de entereza y convicción.

Han transcurrido cincuenta años desde entonces. Muchos anhelos se hallan vigentes, y no pocas metas siguen distantes. Empero, nuestros pueblos han caminado un largo trecho, sembrado de obstáculos. A menudo han podido sortearlos o vencerlos. En todo caso, la marcha prosigue con irreductible voluntad. Creo que entre los logros meritorios de este prolongado esfuerzo se halla el sistema regional de protección de los derechos humanos, en el que figura la Corte Interamericana a la que tengo el honor de pertenecer, gracias a la confianza —que me obliga— de la Asamblea General de la OEA, reunida en Lima en 1997.

La Corte —como la propia Organización de los Estados Americanos— no ha agotado, ni con mucho, sus posibilidades bienhechoras. En rigor, su historia sólo comienza. Es una jurisdicción joven, esforzada, que tiene a su cargo una misión excepcional: brindar a las mujeres y a los hombres de este continente la protección de la justicia internacional, al amparo de una Declaración y un Convenio generosos, que se elevan sobre una firme convicción sobre la dignidad humana. El balance de la Cor-

te es alentador,<sup>109</sup> aunque no han faltado las observaciones críticas.<sup>110</sup> El hecho mismo de que opere este medio de solución de controversias en un ámbito particularmente complejo y delicado, y de que los Estados admitan, con creciente frecuencia, someterse a su jurisdicción, implica un gran paso adelante.

La Corte —y otras instituciones en América y en el mundo entero— vela por esa dignidad, como pudieron quererlo, en el alba de la nueva era, los redactores de la *Déclaration de 1789*, que pusieron los fundamentos para el establecimiento de garantías que sostuvieran los inalienables derechos del hombre.

Quiero terminar este trabajo con las palabras de mi antiguo maestro de derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México —a quien tuve el honor de suceder como miembro del Consejo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos—, que concluyó con “una nota relativamente optimista” un panorama sobre la internacionalización de los derechos humanos y los obstáculos que a menudo enfrenta.

A pesar de todo —escribió César Sepúlveda—, es incuestionable que ha habido progreso, aunque no proporcionado a la inversión de esfuerzos. Es alentador que en el proceso se hayan logrado abatir muchas diferencias de ideología y de criterio, y se hayan colmado abismos de incomprensión y antagonismos políticos para llegar a un lenguaje común y a métodos más o menos aceptables para proteger esos derechos. Los derechos humanos continuarán siendo un tema capital de la vida política internacional. Todo ello hace abrigar esperanzas de que el progreso de esta rama pueda continuar sobre bases mejores, si los hombres se empeñan en ello.<sup>111</sup>

109 Véase la valoración que, desde el ángulo de la eficacia jurídica —“posibilidad de que un sistema jurídico se adecue al fin o propósito que motivó su origen”—, analizada en el triple plano de los fallos contenciosos, las opiniones consultivas y las medidas provisionales, suministra Víctor Manuel Rodríguez Rescia en “Eficacia jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Nieto Navia (ed.), *La Corte y el sistema interamericano...*, cit., pp. 459 y ss.

110 En este sentido, *cfr.* las observaciones que formula Faúndez Ledesma en varios puntos de su obra *El sistema interamericano de protección...*, cit., y especialmente en las pp. 456 y ss. Empero, el mismo autor no deja de señalar: “a la hora de hacer el balance final, en un continente que no se ha caracterizado precisamente por la tolerancia y en el que aún se recurre a la violencia para resolver nuestros conflictos, es indudable que, con todas sus limitaciones, el sistema interamericano ofrece inmensas posibilidades para la defensa de los derechos humanos; hasta hace poco, muchas de ellas eran impensables y, desde ese punto de vista, resultan absolutamente sorprendentes”. *Ibidem*, p. 468.

111 “La internacionalización de los derechos del hombre...”, *Estudios sobre derecho internacional...*, cit., p. 27.

## ALGUNOS CRITERIOS RECIENTES DE LA JURISDICCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Prueba*. III. *Agotamiento de los recursos internos*. IV. *Idoneidad y eficacia del recurso*. V. *Personalidad jurídica y legitimación*. VI. *Defensa del Estado ante la Comisión*. VII. *Señalamiento de la violación en el informe de la Comisión*. VIII. *Modificación de la demanda*. IX. *Congruencia en las pretensiones formuladas por la Comisión*. X. *Conductas ilícitas de las presuntas víctimas*. XI. *Soberanía nacional y deberes internacionales*. XII. *Reparaciones en general*. XIII. *Indemnización por derecho propio y por transmisión sucesoria*. XIV. *Carácter compensatorio o sancionatorio de la reparación*. XV. *Daño material: ingresos futuros*. XVI. *Daño social por la pérdida de una vida humana*. XVII. *Beneficiarios de la indemnización*. XVIII. *Costas*. XIX. *Deber de actuar en el ámbito interno: reforma de normas, investigación y sanción a los responsables individuales*. XX. *Proyecto de vida*.

### I. INTRODUCCIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte o CorteIDH) ha sustentado criterios relevantes en diversas resoluciones dictadas en 1998. En éstas amplía o reitera tesis anteriormente adoptadas, o bien, aborda nuevas cuestiones. Por demás está señalar la relevancia que posee la jurisprudencia de este tribunal internacional, tomando en cuenta el papel que juega en la formación del derecho de gentes<sup>1</sup> —sin olvidar la forma

\* En *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre de 1999, pp. 123-160.

<sup>1</sup> El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recogió las fuentes del derecho internacional, en concepto de muchos autores, y desde luego las referencias para las decisiones de la propia Corte. En las controversias de las que conozca, ésta deberá aplicar: “d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia en las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”, que a su turno dice: “La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. César Sepúlveda escribe que “la jurisprudencia internacional

de “recepción” que resulta de las diversas culturas jurídicas—,<sup>2</sup> así como la reciente admisión, por parte de México, de la competencia contenciosa de la CorteIDH.<sup>3</sup>

Este artículo sirve al propósito de exponer y comentar dichos criterios, con las características y límites que impone la circunstancia de que el autor es juez de la propia Corte, y en tal virtud ha participado en las resoluciones examinadas, como parte de la mayoría que las aprobó o como emisor de votos concurrentes.

En el examen de estos criterios se indica el caso contencioso al que corresponde la resolución respectiva, así como la integración de la Corte, la fecha de la resolución y la naturaleza de ésta: excepciones preliminares,<sup>4</sup> fondo o reparaciones;<sup>5</sup> ocasionalmente, resoluciones de otra natura-

constituye una fuente muy importante de derecho internacional moderno. Pero su carácter es más bien auxiliar, porque una sentencia internacional no puede apoyarse de manera única y exclusiva en un precedente jurisprudencial. Las decisiones judiciales no son normas, pero son fuentes a las que se recurre para encontrar la regla aplicable”. *Derecho internacional público*, 16a. ed. actualizada, México, Porrúa, 1991, p. 106. Sobre el mismo asunto *cfr.* Arellano García, Carlos, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 1983, pp. 201-203; Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, 16a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 70 y 71; Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, McGraw-Hill-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 57.

2 Manuel Becerra Ramírez sostiene que “la diferencia (de posiciones en esta materia) la hace la cultura jurídica a la que se pertenece. Mientras que para los que compartimos la cultura jurídica de derecho civil, la idea de que la jurisprudencia internacional sea una decisión limitada al caso concreto y a las partes en el litigio, nos parece muy normal, para los que comparten la cultura del *common law*, las decisiones de la (Corte Internacional de Justicia) y de cualquier otro órgano judicial internacional, en especial los órganos judiciales permanentes, están dotados de gran autoridad”. “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de los derechos humanos”, en Varios autores, *Liber amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, p. 433.

3 El Senado de la República aprobó el reconocimiento de la competencia contenciosa —conforme a iniciativa del Ejecutivo— el 1 de diciembre de 1998. El instrumento respectivo se depositó en la Secretaría General de la OEA el 17 del mismo mes.

4 Las decisiones sobre excepciones preliminares poseen gran importancia en la jurisprudencia de la CorteIDH y en el desarrollo del derecho internacional que ésta ha impulsado. Las excepciones no sólo poseen relevancia, como es obvio, para los casos en que se presentan, “sino que han sido la causa motriz para que la Corte haya hecho evolucionar considerablemente el sistema de protección interamericano de los derechos humanos... En (las correspondientes resoluciones) ha interpretado las normas del sistema interamericano de derechos humanos y ha sentado bases claras y firmes que orientan la conducta de todos los que pueden ser afectados por las mismas; existiendo hoy mayor seguridad jurídica principalmente para las partes en los procesos ante la Comisión y la Corte”. Reina, Ana María, “Las excepciones preliminares en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Varios autores, *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Rafael Nieto Navia (ed.), CorteIDH, OEA-Unión Europea, 1994, p. 440.

5 La resolución sobre excepciones preliminares, que figura en la etapa procesal denominada de “Procedimiento escrito”, se halla prevista en el artículo 36.6 del Reglamento de la CorteIDH. La resolución de fondo —sentencia, en sentido estricto— decide la controversia; a ella se refieren los

leza: así, sobre promociones probatorias. En la primera alusión a un caso —o bien, en alguna referencia posterior, a la que se hace el reenvío correspondiente—, se explica en forma breve, a pie de página, el tema de la controversia.

Cuando la Corte invoca expresamente puntos de vista doctrinales o antecedentes jurisprudenciales, éstos se incluyen en nota a pie de página, para brindar al lector un panorama adecuado sobre las razones consideradas por el tribunal al expedir su fallo.

## II. PRUEBA

En esencia, el proceso es una amplia oportunidad probatoria a propósito de ciertas pretensiones y determinadas excepciones y defensas. Por ello, el resultado del proceso depende en gran medida de la prueba, y si ésta se dirige a obtener la llamada verdad histórica y no se conforma con la verdad “convencional” que propongan las partes, la importancia de la prueba sube de punto. En este marco se analizan y regulan los poderes probatorios del tribunal y las facultades probatorias de las partes.

En el derecho interno —sobre todo en el enjuiciamiento penal y social— ha decaído el excesivo formalismo probatorio, aunque se ha acentuado —en general, con salvedades deplorables— la exigencia de garantías para la admisión y eficacia de la prueba. El sistema internacional, comprometido con la verdad histórica, no se aviene con formalismos excesivos.

La Corte “siempre ha aplicado criterios flexibles en la recepción de prueba”.<sup>6</sup> En este sentido, se adhiere a la jurisprudencia internacional que “ha sostenido la potestad de los tribunales para evaluar libremente las pruebas”,<sup>7</sup> y en tal virtud reconoce la posibilidad de “utilizar una adecua-

artículos 66 a 69 de la Convención y 29, 55 y 57 del Reglamento mencionado. A la resolución sobre reparaciones aluden los artículos 63.1 de la Convención y 56 del Reglamento.

6 Estos criterios se recogen en la sentencia de reparaciones dictada en el Caso Castillo Páez, de 27 de noviembre de 1998. Sobre el párrafo citado (párr. 38), el tribunal invoca precedentes: de otros órganos y de la propia Corte. A este último respecto, cita: Corfu Channel, *Merits, Judgement I.C.J. Reports 1949, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, *Merits, Judgement, I. C. J. Reports 1986*, párrs. 29-30 y 59-60; Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, Núm. 4, párr. 127; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C, Núm. 5, párr. 133, y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia del 15 de marzo de 1989. Serie C, Núm. 6, párr. 130.

<sup>7</sup> *Idem*.

da valoración de la prueba según la regla de la ‘sana crítica’, lo cual permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados tomando en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana”,<sup>8</sup> “sin que por ello se menoscabe la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes”.<sup>9</sup>

En suma, los procedimientos que se desarrollan ante la Corte —tanto en general como por lo que atañe al sistema probatorio—

no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos y el Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia constante que aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba, y que la incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presentes los límites dados por el respeto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.<sup>10</sup>

Es aplicable a la materia la observación general que la Corte formuló en el Caso Cayara en torno al carácter y la finalidad del procedimiento: dice, con razón, que

el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y... ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad pública.<sup>11</sup>

8 *Ibidem*, párr. 40. Se invocan: Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 8 de marzo de 1988. Serie C, Núm. 37, párr. 76; y Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Serie C, Núm. 42, párr. 57.

9 *Ibidem*, párr. 38. Se citan resoluciones de los Casos Cayara, Excepciones preliminares, Sentencia del 3 de febrero de 1993. Serie C, Núm. 14, párr. 63, y Caballero Delgado y Santana, Excepciones preliminares, Sentencia del 21 de enero de 1994. Serie C, Núm. 17, párr. 44.

10 Caso Loayza Tamayo, Reparaciones (artículo 63 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 38. El Caso Loayza Tamayo se refiere a violaciones a los derechos de libertad e integridad personales, así como a diversas garantías judiciales, en el Perú, en agravio de María Elena Loayza Tamayo. El tribunal internacional dispuso la liberación de la víctima, que se hallaba reclusa cuando se dictó la sentencia de fondo. En la resolución sobre reparaciones, de fecha 27 de noviembre de 1998, intervinieron los jueces Hernán Salgado pesantes (presidente), Antônio Cançado Trindade (vicepresidente), Máximo Pacheco Gómez, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez y Carlos Vicente de Roux Rengifo. Secretario: Manuel E. Ventura Robles.

11 Párr. 42 de la resolución sobre excepciones preliminares en el Caso Cayara, *cit.*, que se invoca en la resolución sobre reparaciones del Caso Loayza Tamayo, párr. 39.

Conviene destacar, como lo hace la propia jurisprudencia, que la flexibilidad procesal no es ilimitada, de manera que permita cualesquiera variaciones en aras de una verdadera o supuesta realización de la justicia. De hecho, las reglas del proceso se establecen para garantizar, hasta donde es posible, la obtención de aquel objetivo. En este orden de cosas, el fin y los medios debieran ir de la mano. Obviamente, no siempre será fácil lograr el equilibrio deseable, pero en todo caso será indispensable procurarlo.<sup>12</sup> En otra oportunidad, al analizar la regla de exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, he subrayado que a diferencia de lo que pretende el impugnable principio de que el fin justifica los medios, en estos casos la justicia de los medios concurre a justificar el fin alcanzado.

Por lo pronto, la jurisprudencia insiste en la preservación del equilibrio entre las partes; de no haberlo, se alteraría una regla crucial del enjuiciamiento democrático. Además, el tribunal pone atención en la “seguridad jurídica” —en algún caso, como vimos, se alude a “seguridad pública”—, habida cuenta de que la excesiva laxitud en la observancia de las normas procesales mellaría la seguridad que las partes deben tener con respecto a sus derechos y deberes, cargas y dispensas: el proceso devendría oscuro y aleatorio. Evidentemente no se confunden seguridad jurídica y seguridad pública, aunque entre ambos conceptos existan, claro está, destacados vasos comunicantes.

Por otra parte, como antes se dijo, el hecho de que la admisión y valoración de pruebas no se halle sujeta al riguroso formalismo que todavía caracteriza a ciertas legislaciones nacionales, no implica que se desatendan normas explícitas del procedimiento internacional, establecidas para seguridad del proceso y garantía de las partes, o se desechen reglas naturales inherentes al carácter mismo de la o las pruebas y a los principios generales rectores del procedimiento, como el régimen de contradicción y el análisis crítico de la prueba.

En este orden de cosas es interesante el examen de algunos aspectos del sistema probatorio, traídos a la consideración del tribunal a propósito

12 El ex presidente de la Corte, Héctor Gros Espiell, ha observado que es correcto el criterio establecido por la Corte sobre esta materia, “pero lo difícil es lograr, en el caso concreto, el equilibrio entre el objetivo de justicia y el ineludible deber de respetar las formas procesales, establecidas justamente para garantizar los derechos de las partes y, a través de ellas, la correcta interpretación y aplicación de la Convención y, por ende, el cumplimiento de su objeto y fin”. “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”, en Varios, *La Corte y el sistema...*, cit., p. 241.

de probanzas relacionadas con el Caso Bámaca Velázquez.<sup>13</sup> En este punto es pertinente mencionar dos extremos: la oportunidad en la aportación de pruebas, por una parte, y las características de éstas, y particularmente del testimonio recogido en un documento, por la otra.<sup>14</sup>

En cuanto al primer punto, conviene considerar lo previsto en el artículo 43 del Reglamento de la Corte,<sup>15</sup> que fija la oportunidad para el ofrecimiento de una prueba y establece, en consecuencia, la posible preclusión del derecho respectivo. Esto no obsta para la admisión extemporánea, que el mismo precepto restringe a los supuestos de fuerza mayor, impedimento grave y hecho superviniente.

Ahora bien, debe rechazarse la prueba extemporánea si la parte que la propone “no mencionó, ni mucho menos demostró, la existencia de fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes..., que pudieran justificar su extemporánea aportación al proceso”. Si la Corte “no rechazara en el acto esas pruebas contravendría el mandamiento expreso del artículo 43 del Reglamento”.<sup>16</sup>

En cuanto al segundo punto mencionado, el examen se refirió a “documentos obtenidos de oficinas del Gobierno de los Estados Unidos de América, en los que se consignan diversos hechos sin expresar la fuente del conocimiento de éstos”. En efecto, no constan ni la identidad de quien proporciona informaciones o hace observaciones, ni la circunstancia y forma en que aquél tuvo conocimiento de lo que manifiesta, esto es, la llamada “razón del dicho” del testigo.

Por ello es “imposible establecer críticamente la veracidad” de los informes; las características de la probanza cuya aportación se solicita, que pudiera ser explicable en ciertos casos y para determinados efec-

13 Se trata de la demanda por tortura y desaparición de Efraín Bámaca Velázquez en Guatemala. La resolución probatoria aludida se produjo el 1 de septiembre de 1998, con intervención de los jueces Hernán Salgado Pesantes (presidente), Antônio A. Caçado Trindade (vicepresidente), Máximo Pacheco Gómez, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez y Carlos Vicente de Roux Rengifo. Secretario: Manuel E. Ventura Robles.

14 El examen de estos puntos corresponde a mi *Voto concurrente* relacionado con la resolución de la CorteIDH del 1 de septiembre de 1998 en el Caso Bámaca Velázquez. Esta resolución sólo abordó cuestiones probatorias, tomando en cuenta diversas promociones y alegaciones de las partes.

15 Artículo 43: “Las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son señaladas en la demanda y en su contestación y en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa”.

16 Párr. 1 de mi *Voto concurrente*.



tos, “es de plano incompatible con los requerimientos de prueba en un proceso”.<sup>17</sup>

Ha merecido atención del tribunal y de los litigantes el caso de las “declaraciones juradas” ante fedatarios. Se trata de emisiones de conocimiento rendidas ante notarios públicos, bajo juramento —o, en su caso, la formalidad o solemnidad previstas en el derecho interno— acerca de asuntos pertinentes para el proceso, por parte de la presunta víctima, de sus familiares o derechohabientes o de terceros. Obviamente, esta forma de recabar material probatorio ahorra tiempo y gastos considerables, sobre todo si se toma en cuenta que nos hallamos ante una jurisdicción internacional que desahoga procedimientos con la participación de personas que se encuentran a gran distancia y que no siempre están en condiciones o en disposición de desplazarse, sea por carencia de medios para hacerlo, sea por temor de abandonar su lugar de residencia y comparecer directamente ante el tribunal.

Es posible discutir la naturaleza de esta prueba: ¿se trata de un documento?, ¿se trata de un testimonio o un dictamen? Parece evidente que el contenido es una declaración de parte o de tercero (testimonio, confesión, dictamen), recogido en un continente (documento) que se elabora por una instancia legalmente calificada (fedatario) para acreditar de lo que ante él ocurre. En la especie, el fedatario sólo puede hacer constar que determinada persona, debidamente identificada, compareció y expuso lo que consideró pertinente. Por ende, el *quid* de este asunto se halla más bien en la apreciación que el tribunal haga sobre el valor de la “declaración jurada”, tomando en cuenta las circunstancias que a este respecto concurren.

En el Caso Loayza Tamayo, el presidente de la Corte requirió a la víctima y al Estado que otorgaran “especial consideración a la posibili-

17 El argumento de mi *Voto concurrente*, contenido en el párr. 2, se expresa en los siguientes términos: “...las pruebas ofrecidas no satisfacen los requerimientos básicos para que sean admisibles y eficaces, conforme a su naturaleza... Una verdadera prueba testimonial implica la transmisión de conocimientos por parte de la persona física que los adquiere a través de sus sentidos. En este caso no se sabe quién es el testigo, o dicho de otra forma, se ignora por completo la fuente de la que provienen los informes. No se debe aducir que existe una agencia gubernamental responsable de éstos, porque la admisibilidad y validez del testimonio apareja la posibilidad de conocer o poder conocer en forma precisa, así como interrogar, a la persona física que declara en calidad de testigo. Si se aceptaran los supuestos testimonios vaciados en los documentos a los que se refiere este voto, sería imposible dar cumplimiento a disposiciones terminantes del Reglamento de la Corte, como son las contenidas en los artículos 41 (Preguntas durante los debates), 46 (Citación de testigos y peritos), 47 (Juramento o declaración solemne de los testigos y peritos) y 48 (Objeciones contra testigos).—No omito decir que muchos de los cuestionamientos que se formulan a propósito de los llamados jueces sin rostro podrían mencionarse en relación con ‘testigos sin rostro’”.

dad de presentar algunos testimonios y experticias mediante declaración jurada, en atención a los principios de economía y celeridad procesal”.<sup>18</sup> Al proceder así, se “aseguró que el procedimiento oral<sup>19</sup> en la presente etapa fuese lo más expedito posible, sin limitar a la víctima, a la Comisión y al Estado su derecho de ofrecer aquellos testimonios que, en su criterio, deberían ser escuchados directamente por el Tribunal”.<sup>20</sup>

Hasta ahí los motivos y las razones para la admisión de la declaración jurada: por ello, las “declaraciones suscritas ante Notario presentadas por la víctima deben ser admitidas”. Una vez resuelta la admisibilidad, en general, la Corte fijó su criterio en cuanto a la eficacia: aquella

tiene criterio discrecional para valorar las declaraciones o manifestaciones que se le presenten, tanto en forma escrita como por otros medios. Para ello, como todo tribunal, puede hacer una adecuada valoración de la prueba, según la regla de la ‘sana crítica’, lo cual permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados, tomando en consideración el objeto y fin de la Convención Americana.<sup>21</sup>

### III. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

Una regla clásica del acceso a la jurisdicción internacional es el previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción doméstica,<sup>22</sup> concepto que no debiera entenderse, necesariamente, como sinónimo de impugnaciones en sentido estricto; abarca, en general, los procedimientos domésticos, cualquiera que sea la denominación que se les asigne, a condición de que se trate de medios o remedios jurídicos accesibles, expeditos y pertinentes para combatir un acto o esclarecer una situación de lo que re-

18 Párrs. 13 y 56 de la sentencia de reparaciones dictada en este caso.

19 El Reglamento de la Corte, del 16 de septiembre de 1996, distingue entre la fase de “Procedimiento escrito” (capítulo II, artículos 32 a 38) y la fase de “Procedimiento oral” (capítulo III, artículos 39 a 42). Aquella se inicia con la demanda y abarca la contestación de ésta y el examen de las excepciones preliminares, en el que, sin embargo, también se presentan actuaciones gobernadas por el principio de oralidad: así, la audiencia que autoriza el artículo 36.6.

20 Párr. 56.

21 Párr. 57.

22 El artículo 46.1.a de la Convención sujeta la admisibilidad de la petición o comunicación —ante la Comisión Interamericana— al hecho de “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”. Esta exigencia decae cuando en la legislación interna no existe el debido proceso legal para proteger el derecho violado, no se permite al presunto lesionado acceder al recurso o agotarlo, o existe retardo injustificado en la resolución correspondiente (artículo 46.2).

sultará la calificación jurídica del acto cuestionado con las consecuencias pertinentes. El agotamiento de esos recursos suele figurar en los catálogos de excepciones vinculadas con la admisibilidad de la denuncia.<sup>23</sup>

En el Caso Castillo Petruzzi,<sup>24</sup> la Corte se hizo cargo de una cuestión interesante: la mera presentación de una denuncia, ¿implica el inicio del procedimiento internacional, en forma tal que antes de esa presentación debiera haberse agotado el recurso ante la jurisdicción nacional? La respuesta fue negativa: en la especie, “si bien la Comisión recibió la denuncia acerca de este caso cuando el procedimiento penal se hallaba pendiente de solución definitiva en última instancia, ante la justicia militar, la mera presentación de aquélla no motivó que la Comisión iniciara el trámite del asunto”.

Así las cosas, vale distinguir entre la presentación de una denuncia y la actividad que en tal virtud pudiera desarrollar la Comisión, dedicándose al conocimiento del problema. Es así que “no debiera confundirse el recibo de una denuncia, que deriva de un acto del denunciante, con la admisión y tramitación de aquélla, que se concreta en actos específicos de la propia Comisión, como lo es la resolución que admite la denuncia, en su caso, y la notificación al Estado acerca de ésta”.<sup>25</sup>

23 Está abierto el debate sobre las potestades de la Corte en cuanto a la admisibilidad de la denuncia. Quienes sostienen que aquélla no debiera revisar *in toto* —conforme a facultades explícitamente reconocidas por el tribunal y ejercidas corrientemente— las decisiones de la Comisión, aducen que a través de esa interpretación del artículo 61.2 se “confunde competencia con admisibilidad y, lejos de brindarle garantías a las partes, deteriora aún más la posición del peticionario y afecta la seguridad jurídica del sistema. En términos prácticos, le da acceso al Estado a un recurso de revisión de la decisión de la Comisión, a todas luces improcedente, teniendo en cuenta que no se les permite a los peticionarios, por ejemplo, pedir la revisión de declaraciones de inadmisibilidad”. Gómez, Verónica, “Seguridad jurídica e igualdad procesal ante los órganos”, en Varios autores, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Juan E. Méndez y Francisco Cox (editores), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 233 y 234.

24 En este caso se ventila el juicio y la condena, por parte del Perú, de varias personas de nacionalidad chilena, sentenciadas por un tribunal militar “sin rostro” bajo cargo de traición a la patria. Aquí se comenta la sentencia sobre excepciones preliminares, dictada el 4 de septiembre de 1998. La Corte estuvo integrada por los jueces Hernán Salgado Pesantes (presidente), Antônio A. Cançado Trindade (vicepresidente), Máximo Pacheco Gómez, Oliver Jackman, Sergio García Ramírez, Carlos Vicente de Roux Rengifo y Fernando Vidal Ramírez (juez *ad hoc*). Secretario: Manuel E. Ventura Robles. La desestimación de excepciones fue resuelta por mayoría de votos; disintieron los jueces De Roux Rengifo y Vidal Ramírez.

25 Párr. 54.

#### IV. IDONEIDAD Y EFICACIA DEL RECURSO

Refirámonos ahora a dos puntos mencionados líneas arriba: la idoneidad del recurso de la jurisdicción interna para obtener el objetivo propuesto, por una parte, y la eficacia del recurso previsto por dicha legislación. Se trata, desde luego, de dos cuestiones diferentes: la primera tiene que ver con la existencia misma —regulada en el ordenamiento doméstico— de un recurso adecuado conforme a su naturaleza; la segunda, que supone la existencia legal del recurso, atañe a la operación real de éste, es decir, a su eficacia, que se desprende sobre todo de las condiciones de hecho en que se intenta o desarrolla el procedimiento.

En lo que concierne a la primera cuestión planteada, en la resolución sobre excepciones preliminares del Caso Cantoral Benavides,<sup>26</sup> la Corte hizo ver “que el Estado no (había) precisado de manera inequívoca el recurso con el cual debía agotarse el procedimiento interno...”. A *contrario sensu*, entendió que correspondía al Estado formular semejante precisión de manera clara y unívoca. Al respecto, agregó que “de acuerdo con el principio de buena fe, que debe imperar en el procedimiento internacional, es necesario evitar toda manifestación ambigua que produzca confusión”.<sup>27</sup>

Si se trata de actos relacionados con la privación de la libertad personal, es bien sabido —así lo afirma la jurisprudencia de la Corte— que el *habeas corpus* es “el recurso idóneo para combatir violaciones a la libertad personal”.<sup>28</sup> No cabría exigir, por lo tanto, que antes de recurrir a los órganos internacionales el interesado emprendiera, además del *habeas corpus*, otros procedimientos cuyo carácter es radicalmente distinto, aunque también se relacionen con el paradero de cierta persona, como la declaración de ausencia o de muerte, inherentes al orden jurídico civil.

En lo que atañe al segundo supuesto mencionado, será necesario acreditar la eficacia del recurso, asunto que ha sido tratado ampliamente

26 Párr. 30. Este litigio se refiere a supuestos hechos de detención arbitraria, tortura y juzgamiento irregular, en Perú, en agravio de Luis Alberto Cantoral Benavides. La resolución sobre excepciones preliminares se dictó el 3 de septiembre de 1998. Intervinieron los jueces Hernán Salgado Pesantes (presidente), Antônio A. Cançado Trindade (vicepresidente), Máximo Pacheco Gómez, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez, Carlos Vicente de Roux Rengifo y Fernando Vidal Ramírez (juez *ad hoc*). Secretario: Manuel E. Ventura Robles.

27 Párr. 30.

28 Párr. 62. Cita la sentencia una opinión consultiva de la Corte, pertinente en esta materia: *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A, Núm. 8, párrs. 35 y 42.

por la jurisprudencia internacional relativa a la tutela de los derechos humanos.<sup>29</sup> ¿A quién corresponde hacerlo? La CorteIDH ha examinado el problema de la prueba sobre la eficacia del recurso nominalmente accesible. Aquélla recae en el Estado: “corresponde al Estado acreditar la efectividad de los recursos internos cuya aplicabilidad sostiene”, señaló en la resolución de excepciones del Caso Castillo Petruzzi;<sup>30</sup> otro tanto indicó en Cantoral Benavides.<sup>31</sup>

## V. PERSONALIDAD JURÍDICA Y LEGITIMACIÓN

Especial interés reviste el examen de los asuntos de personalidad y legitimación para poner en movimiento el sistema internacional de tutela de los derechos humanos. En este orden de consideraciones queda de manifiesto la preponderancia del interés tutelar de los derechos sobre otras preocupaciones vinculadas al procedimiento.

En el Caso Castillo Petruzzi, el Estado mencionó la falta de personalidad del organismo no gubernamental que denunció ante la Comisión los hechos supuestamente violatorios de derechos humanos, en virtud de que ese organismo<sup>32</sup> no se hallaba formalmente registrado ante las autoridades correspondientes de su país —o se sostenía que el registro presentaba determinados aspectos cuestionables—, e igualmente se impugnaba la facultad de actuar por parte de quienes se ostentaban como representantes del propio organismo.

El tema se puede examinar desde dos perspectivas. Conforme a una de ellas, se cuestiona la ausencia de formalidades que debieron atender el organismo y sus representantes. Ante ello, la Corte volvió a sostener que “las formalidades características de ciertas ramas del derecho interno no rigen en el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo principal y determinante cuidado es la debida y completa protección de esos dere-

29 La materia ofrece diversas proyecciones, entre ellas: el concepto mismo de eficacia de los recursos internos, el deber de los Estados de proveer recursos internos eficaces, las excepciones y salvedades a la regla de agotamiento y el *onus* probatorio acerca del propio agotamiento. *Cfr.* Cançado Trindade, “A regra do esgotamento dos recursos internos revisitada”, en Varios, *Liber amicorum*. Héctor Fix-Zamudio, *cit.*, vol. I, pp. 19 y ss.

30 Párr. 63. Ahí se invoca: Casos Velázquez Rodríguez, Excepciones preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C, Núm. 1, párrs. 88 y 89; y Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C, Núm. 2, párrs. 87 y 88.

31 Párrs. 30 y 31.

32 Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC).

chos”.<sup>33</sup> En fin de cuentas, “pueden ser dispensadas ciertas formalidades a condición de que exista equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”, como anteriormente señalara la Corte.<sup>34</sup>

La otra perspectiva atañe a la aplicación del fundamental artículo 44 de la Convención Americana.<sup>35</sup> Éste faculta a cualquier persona o grupo de personas (físicas) para formular denuncias o quejas por violación de los derechos consagrados en dicho instrumento. Aun en la hipótesis de que la persona colectiva estuviese integrada irregularmente o quienes se dicen sus representantes carecieran de mandato para actuar como tales, nos hallaríamos ante un “grupo de personas”, o por lo menos ante una “persona”, en el sentido del artículo 44. Esto basta para que prospere la instancia y se desarrolle el procedimiento. Semejante amplitud en la legitimación del quejoso es un generoso rasgo característico del régimen interamericano,<sup>36</sup> y desde luego aleja el debate sobre las condiciones formales de las entidades no gubernamentales.

En este mismo campo se puede examinar el problema de la representación para actuar en favor de una supuesta víctima o de sus derechohabientes. La Corte examinó el asunto en las sentencias de reparaciones de los Casos Castillo Páez y Loayza Tamayo. En aquélla subrayó su propia práctica, consecuente con la naturaleza de la jurisdicción internacional:

Basta una manifestación clara de la voluntad de los familiares de la víctima en los poderes enviados para que constituya material probatorio suficiente en esta jurisdicción internacional. Desde esa perspectiva —llámese poder, carta-poder, autorización o de cualquier otra forma— es suficiente para esta Corte, para efectos de legitimación, un documento mediante el cual los poderdantes expresen su voluntad de ser representados sin que deba este

33 Párr. 77.

34 Párr. 78, que invoca los Casos Cayara, Excepciones preliminares, *cit.*, párr. 42; Paniagua Morales y otros, Excepciones preliminares, *cit.*, párr. 38; Castillo Páez, Excepciones preliminares, sentencia del 30 de enero de 1996. Serie C, Núm. 24, parr. 34; y Loayza Tamayo, Excepciones preliminares, sentencia del 21 de enero de 1996. Serie C, Núm. 25, *cit.*, párr. 33.

35 Este precepto dispone: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización (de los Estados Americanos), puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte”.

36 En torno a esta materia y al futuro *jus standi* del individuo ante la Corte Interamericana, *cf.* el detallado *Voto concurrente* del juez Antônio A. Cançado Trindade en relación con esta misma resolución de excepciones preliminares del Caso Castillo Petruzzi.

tribunal ceñirse a las formalidades exigidas por las legislaciones nacionales.<sup>37</sup>

Ahora bien, la propia resolución citada antes señala los límites inherentes al “objeto útil de la representación misma”: los correspondientes instrumentos han de “identificar de manera unívoca al poderdante y reflejar una manifestación de voluntad libre de vicios. Deben además individualizar con claridad al apoderado y, por último, deben señalar con precisión el objeto de la representación”.<sup>38</sup> Esto mismo se indicó en la sentencia relativa al Caso Loayza Tamayo.<sup>39</sup>

## VI. DEFENSA DEL ESTADO ANTE LA COMISIÓN

El procedimiento que se sigue ante los órganos de tutela internacional de los derechos humanos implica un continuo que atraviesa por diversas etapas y ofrece a los contendientes distintas oportunidades procesales, que es necesario aprovechar adecuadamente. Aquí opera un régimen de preclusiones que mucho influye, por cierto, en el desenvolvimiento posterior de la causa.

Tanto el Estado como la presunta víctima pueden esgrimir determinados derechos ante la Comisión, en forma tal que la contraparte, enterada de los cargos y descargos, esté en posición de defenderse en el momento adecuado, que puede ser la etapa procesal que se desarrolla ante la propia Comisión. Este punto fue también analizado en la sentencia de excepciones preliminares de Castillo Petruzzi.

La Corte advirtió que el Estado no había alegado ante la Comisión la falta de agotamiento de recursos de la jurisdicción interna. Con apoyo en numerosos precedentes de la jurisdicción europea y de la propia justicia interamericana, la Corte sostuvo que “al no hacerlo (el Estado) prescindió de un medio de defensa que la Convención establece en su favor e

37 Párr. 65. En este caso se trató de diversas violaciones —derechos a la libertad, a la integridad, a la vida y a un recurso efectivo ante los tribunales— en agravio de Ernesto Rafael Castillo Páez, en Perú. Integraron la Corte para la resolución de este punto, emitida el 27 de noviembre de 1998, los jueces Hernán Salgado Pesantes (presidente), Antônio A. Caçado Trindade (vicepresidente), Máximo Pacheco Gómez, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez y Carlos Vicente de Roux Rengifo. Secretario: Manuel E. Ventura Robles.

38 *Ibidem*, párr. 66.

39 Párrs. 98 y 99.

incurrió en admisión tácita de la inexistencia de dichos recursos o el oportuno agotamiento de éstos”.<sup>40</sup>

## VII. SEÑALAMIENTO DE LA VIOLACIÓN EN EL INFORME DE LA COMISIÓN

El punto que se aborda en el inciso anterior puede examinarse, asimismo, desde el ángulo de los señalamientos que formula la Comisión en su propia etapa procesal, antes de que el caso quede sujeto a la jurisdicción de la Corte. Es necesario, igualmente, que el Estado tenga conocimiento oportuno de las imputaciones que se le hacen, para que atienda a su defensa.

Esto lleva al cotejo entre los hechos violatorios sostenidos en el informe de la Comisión, consecuencia de las investigaciones realizadas por ella misma en la primera etapa del procedimiento internacional —que puede ser el único procedimiento, si el asunto no llega al tribunal— y los hechos que figuran en la demanda planteada por la Comisión ante la Corte. El Estado pudo refutar los señalamientos contenidos en el informe de la Comisión, y luego deberá rebatir los cargos que se le hacen en la demanda. La identidad entre unos y otros debe ser materia de cuidadoso examen.

En la resolución sobre las excepciones del Caso Castillo Petruzzi, la Corte observó que

si bien es cierto que la demanda no ha de ser, necesariamente, una simple reiteración del informe rendido por la Comisión, también lo es que no debiera contener conceptos de violación que el Estado no conoció durante la etapa del procedimiento que se sigue ante la propia Comisión, y que por eso mismo no pudo desvirtuar oportunamente.<sup>41</sup>

40 Párr. 56. Por lo que hace a la propia CorteIDH, se cita: Viviana Gallardo y otras. Núm. G 101/81, Serie A., párr. 26; Caso Velázquez Rodríguez, Excepciones preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C, Núm. 1, párrs. 88 y 89; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C, Núm. 2, párrs. 87 y 88; Godínez Cruz, Excepciones preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987. Serie C, Núm. 3, párrs. 90 y 91; Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, Núm. 4, párr. 64; Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, *cit.*, párr. 67; Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia del 15 de marzo de 1989, *cit.*, párr. 109; Castillo Páez, Excepciones preliminares, *cit.*, párr. 40; y Loayza Tamayo, Excepciones preliminares, Sentencia del 21 de enero de 1996, *cit.*, Serie C, Núm. 25, párr. 40.

41 El argumento se halla en el párr. 68, que sigue diciendo: “No sobra recordar que en esa etapa el Estado dispone de la posibilidad de admitir los hechos aducidos por los denunciantes, rechazarlos



Ahora bien, interesa señalar que la Corte reconoce la diferencia que a este respecto existe entre las obligaciones particulares que debe mencionar la Comisión específicamente, y las “obligaciones generales instituidas en la Convención Americana (artículos 1.1 y 2), cuyo cumplimiento debe examinar de oficio la Corte”.<sup>42</sup> En este caso, no resulta relevante que la Comisión aluda o no en su informe a dichas obligaciones generales, antes de alegarlas en la demanda; a pesar de la posible omisión, el tribunal deberá apreciar esas violaciones, actuando para ello oficiosamente.

Este extremo aparece mayormente detallado en la resolución de excepciones preliminares del Caso Cantoral Benavides. Mientras en el Caso Castillo Petruzzi se trataba del derecho, supuestamente violado, a la asistencia consular del detenido extranjero, en Cantoral Benavides se hallaba en cuestión la falta de adecuación de la legislación antisubversiva a la Convención Americana. El gobierno adujo que esa falta no fue señalada por los peticionarios ante la Comisión, ni mencionada por ésta a la consideración del Estado ni aludida en el informe de dicha Comisión.

Sin embargo, la Corte sostuvo que está facultada para

examinar, en el contexto de un caso concreto (*de motu proprio*, señaló adelante), el contenido y los efectos jurídicos de una ley interna desde el punto de vista de la normatividad internacional de protección de los derechos humanos, para determinar la compatibilidad con esta última de dicha ley.<sup>43</sup>

La decisión del tribunal descansa en la idea de que el artículo 2o. de la Convención —al que se refiere la violación imputada—, así como el artículo 1.1 del mismo instrumento, “consagra una obligación general —que se suma a las obligaciones específicas en relación con cada uno de los derechos protegidos— cuyo cumplimiento, por los Estados Partes, tiene la Corte el deber de examinar de oficio, como órgano judicial de supervisión de la Convención”.<sup>44</sup>

motivadamente o procurar una solución amistosa, que evite la remisión del asunto a la Corte. Si el Estado no conoce ciertos hechos o determinadas afirmaciones, que luego se presentarán en la demanda, no puede hacer uso de los derechos que le asisten en aquella etapa procesal”.

42 Párr. 68, en el que se invoca el Caso Cantoral Benavides, Excepciones preliminares, Sentencia del 3 de septiembre de 1998, Serie C, Núm. 40, párr. 46.

43 Párr. 45.

44 Párr. 46.

## VIII. MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda es un acto fundamental del proceso: es el marco para la definición de la *litis*, el desempeño jurisdiccional y la resolución definitiva. De esto se sigue la unicidad de la demanda, asunto que también examinó la Corte en las excepciones preliminares del Caso Castillo Petruzzi. En la especie se trataba de precisar si actos posteriores del demandante, dirigidos a modificar los términos de la demanda, tendrían eficacia procesal.

Sobre este asunto, el tribunal reconoció

que no puede existir más de un texto de demanda, tomando en cuenta las características y consecuencias de este acto procesal, pero al mismo tiempo observ(ó) que en este caso el demandante incorporó correcciones o rectificaciones puramente formales, para mejorar la presentación del documento, sin modificar ninguna de las pretensiones que en éste se hicieron valer oportunamente, ni afectar, por lo mismo, la defensa procesal del Estado.<sup>45</sup>

De lo dicho se deduce que sólo puede haber una formulación sobre las pretensiones constitutivas de la demanda; que esa formulación vincula al demandante y constituye el espacio natural y acotado para el ejercicio de las defensas del demandado; y que únicamente son admisibles los cambios formales (meras aclaraciones o precisiones) en la demanda, que no traigan consigo alteración alguna de las pretensiones ni reducción de las defensas.

## IX. CONGRUENCIA EN LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR LA COMISIÓN

Para que el procedimiento tutelar de los derechos humanos alcance los objetivos que le son inherentes, la Corte debe atenerse al principio *pro homine*. Una de las consecuencias de esta regla es la superación de discrepancias aparentes, que no alteran el fondo de la pretensión, y la preminencia de las razones de fondo sobre las simples formalidades, por encima de la importancia que éstas pudieran revestir en el fuero doméstico.<sup>46</sup>

A propósito de las excepciones preliminares planteadas en el Caso Castillo Petruzzi, la Corte debió analizar una incongruencia *prima facie*

45 Párr. 96.

46 Al respecto, véase lo que *infra* se menciona, subapartado XI.

en las peticiones de la Comisión. Para hacerlo, recurrió al conjunto de éstas e indagó la posible compatibilidad entre las diversas pretensiones formuladas.

En este asunto, la Comisión pidió, por una parte, la nulidad del proceso seguido contra las supuestas víctimas, y requirió, por la otra, la inmediata libertad de los inculpados.

Aun cuando el planteamiento de estas peticiones —sostuvo el tribunal— pudo formularse en términos más rigurosos, para evitar confusiones, la Corte estima que tal incongruencia es más aparente que real. La anulación de un proceso en el que ha recaído sentencia firme de condena no implica la apertura de uno nuevo contra la misma persona y por los mismos hechos, porque se incurriría en una flagrante violación del principio *non bis in idem*, sino que conlleva la inmediata y absoluta libertad del inculpado. La Corte, al analizar las expresiones de la Comisión, puede establecer el posible alcance de ellas, que se identifican en un doble objetivo: la nulidad del proceso, de un lado, y la libertad del inculpado, del otro, como natural efecto de aquella nulidad.<sup>47</sup>

Lo anterior implica que la Corte examine el proceso seguido contra el reo y el carácter de la resolución con que culminó ese proceso, para apreciar la observancia de la regla de legalidad y la subsistencia o insubsistencia, en su caso, de la resolución final. Estos puntos no fueron materia de la determinación de la Corte acerca de las excepciones preliminares; corresponden naturalmente a la sentencia de fondo.

En esencia, el mismo problema se suscita en otra parte del debate sobre excepciones preliminares, que también ha resuelto la Corte. Ahora se trata de la congruencia entre lo que manifiesta el cuerpo de la demanda y lo que solicita la Comisión peticionaria. Debiera haber esa congruencia, “tomando en cuenta la continuidad natural que lógicamente existe” entre aquéllo y esto. Sin embargo, tampoco existe aquí un obstáculo irreductible, que deba inhibir a la Corte, porque ésta “puede y debe, conforme al principio *jura novit curia*,<sup>48</sup> examinar el acto en su conjunto y precisar la

47 Párr. 73.

48 El “aforismo... del *jura novit curia* (el derecho lo sabe el juez) significa, pura y simplemente, que el tribunal no se halla atado por los errores o las omisiones de las partes y que en la búsqueda del derecho todos los caminos se hallan abiertos ante él”. Couture, Eduardo S., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 286. Calamandrei señala que *jura novit curia* “significa que el juez debe hallar de oficio la norma que corresponda al hecho, sin esperar a que las partes se la indiquen”. Elogio de los jueces escrito por un abogado, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1969, p. 37.

naturaleza y el sentido de las peticiones que formula el demandante, para apreciarlas debidamente y resolver lo que corresponda”.<sup>49</sup>

## X. CONDUCTAS ILÍCITAS DE LAS PRESUNTAS VÍCTIMAS

La tutela de los derechos humanos enfrenta hoy día un dilema falso, que ha prosperado en ciertos círculos de opinión: derechos humanos o seguridad pública. En los términos de esa alternativa, se justificaría —es un decir— la vulneración de derechos en aras de la conservación de la seguridad y la paz. Puesto el tema de diversa manera, se diría que la gravedad de los delitos perpetrados por las supuestas víctimas influye en el tratamiento de éstas, “modera” el interés por sus derechos humanos y reduce o retrae el papel de los órganos internacionales correspondientes.

Este asunto aparece en las excepciones preliminares del Caso Castillo Petruzzi. Aquí se hace valer la extrema gravedad de las infracciones atribuidas a las presuntas víctimas. Sobre este particular, la Corte Interamericana sostiene que “no puede ni debe discutir o juzgar la naturaleza de los delitos atribuidos a (aquéllas), ciertamente muy graves, que se halla reservada al juicio penal correspondiente”.

Luego el tribunal recuerda que

sólo está llamad(o) a pronunciarse acerca de violaciones concretas a las disposiciones de la Convención, en relación con cualesquiera personas e independientemente de la situación jurídica que éstas guarden y de la licitud o ilicitud de su conducta desde la perspectiva de las normas penales que pudieran resultar aplicables a la legislación nacional.<sup>50</sup>

## XI. SOBERANÍA NACIONAL Y DEBERES INTERNACIONALES

El concepto de soberanía pesa sobre el orden jurídico internacional y determina, a menudo, las acciones y las reacciones de los Estados. Difícilmente se podría decir que este delicado tema se ha resuelto en definitiva y que existe unanimidad de pareceres sobre la relación que media entre el derecho internacional —las obligaciones que éste entraña y las consecuencias que aquéllas aparejan— y la soberanía nacional. De ahí

49 Se citan los Casos Velázquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, *cit.*, párr. 163, y Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, *cit.*, párr. 172.

50 Párr. 83 de la resolución sobre excepciones preliminares del Caso Castillo Petruzzi.

que ocasionalmente se opongan razones de soberanía, asociadas al ejercicio de la jurisdicción doméstica, a las pretensiones del derecho de gentes y a las actuaciones de la jurisdicción internacional.

Sin embargo, un Estado no puede sustraerse a los compromisos que libremente adquirió, en ejercicio de su soberanía, aduciendo razones derivadas de ésta. Cuando el Estado suscribe y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “acept(a) las obligaciones convencionales consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna”.<sup>51</sup>

El Estado Parte en aquel instrumento

admit(e) la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y por ende se oblig(a), también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de éstos y, en general, de la aplicación de la Convención.<sup>52</sup>

## XII. REPARACIONES EN GENERAL

La responsabilidad internacional del Estado por violación a los deberes asumidos en materia de derechos humanos tiene una culminación natural: la reparación. Si no hubiera reparación, se reduciría notablemente la trascendencia del pronunciamiento, e incluso devendría irrelevante —o por lo menos escasamente significativo— para la víctima y sus derechohabientes.<sup>53</sup>

Ahora bien, el alcance de la reparación trae consigo cuestiones importantes, tanto en general como en litigios particulares. En diversas sentencias, la Corte ha precisado aquel concepto. Vuelve sobre el punto en la sentencia sobre reparaciones del Caso Garrido y Baigorria.<sup>54</sup> Al respecto,

51 Párr. 101.

52 Párr. 102.

53 La Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José) destina a este punto su conocido artículo 63.1: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. El precepto pudo ser más explícito y sistemático. La jurisprudencia ha elaborado el concepto de reparación, sus especies, alcances y características.

54 Este caso se refiere a la desaparición forzada de Raúl Baigorria y Adolfo Garrido, en Mendoza, Argentina. El gobierno de Argentina reconoció los hechos mencionados en la demanda por la

el tribunal recordó que la reparación es un “término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido”. Bajo este concepto surgen diversos “modos específicos” de reparar, que “varían según la lesión producida”. Es posible que la reparación “tenga también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”.<sup>55</sup> Nótese, pues, la existencia de dos vertientes reparadoras: una mira hacia el pasado y pretende resolver las lesiones causadas por el hecho pretérito; la otra mira hacia el futuro y se propone impedir nuevas violaciones.

También interesa destacar que todos los aspectos de la obligación de reparar contenida en el artículo 63.1 de la Convención se hallan regidos por el derecho internacional; así, alcance, naturaleza, modalidades, beneficiarios; nada de ello puede ser modificado por el derecho interno del obligado.<sup>56</sup>

### XIII. INDEMNIZACIÓN POR DERECHO PROPIO Y POR TRANSMISIÓN SUCESORIA

Es importante precisar bajo qué título se recibe cierta indemnización como consecuencia de la violación de derechos humanos. Esto resulta todavía más relevante cuando se trata de violaciones que trajeron consigo la muerte o la desaparición de una persona, a la que sobreviven otras que estuvieron vinculadas con aquella por relaciones jurídicamente destacadas, como las de matrimonio o consanguinidad.

Aquí no se trata, desde luego, de sujetos que hubiesen sufrido, originalmente, el quebranto de sus derechos, y que en este sentido figuren

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como las consecuencias jurídicas que derivan de ellos. *Cfr.* Caso Garrido y Baigorria, Sentencia del 2 de febrero de 1996. Serie C, Núm. 26, párr. 27. En consecuencia, sólo quedó pendiente la reparación. En virtud de que no hubo acuerdo entre las partes acerca de ésta, la Corte dictó sentencia de reparaciones el 27 de agosto de 1998. El tribunal estuvo integrado por los jueces Hernán Salgado Pesantes (presidente), Antônio A. Cançado Trindade (vicepresidente), Máximo Pacheco Gómez, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez, Carlos Vicente de Roux Rengifo y Julio A. Barberis (juez *ad hoc*). Secretario: Manuel E. Ventura Robles.

55 Párr. 41. En el mismo sentido, posteriormente, la sentencia de reparaciones en el Caso Castillo Páez, *cit.*, párr. 48.

56 Párr. 42, que remite a antecedentes en el mismo sentido, a partir del Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C, Núm. 15, párr. 44. En el mismo sentido, *cfr.* la sentencia de reparaciones del Caso Castillo Páez, *cit.*, párr. 49.

como víctimas por sí mismas, sino de individuos que reclaman una indemnización a causa de hechos violatorios que inicialmente recayeron sobre otro u otros, pero trascendieron hasta ellos y ejercieron determinado impacto o presión en sus propios bienes jurídicos. Tal sucedió en el Caso Garrido y Baigorria: los desaparecidos tenían diversos familiares que reclamaban sendas indemnizaciones. ¿Cuál era el alcance de éstas? ¿Bajo qué título habría que analizarlas y, en su caso, concederlas?

La Corte Interamericana, invocando sus precedentes,<sup>57</sup> sostuvo que “el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a sus herederos”. En contraste, “los daños provocados por la muerte a los familiares de la víctima o a terceros pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio”.<sup>58</sup> Otro tanto se afirmó en la sentencia de reparaciones del Caso Castillo Paéz.<sup>59</sup>

Para deslindar entre ambas hipótesis, considérese que un individuo fue maltratado por los agentes de la autoridad en forma tal que devino acreedor a cierta indemnización por el sufrimiento padecido, es decir, en concepto de daño moral. Si aquél fallece, el derecho a la indemnización que le corresponde se transmite por vía sucesoria a sus derechohabientes. Ahora bien, éstos, a su turno, padecen determinados sufrimientos, que son el producto de la muerte de un ser querido. Tales sufrimientos —que implican un menoscabo de bienes jurídicos propios— generan para aquéllos un derecho diferente del que les llega por la vía sucesoria. No se confunden ambos derechos; cada uno subsiste por su parte; la resolución jurisdiccional debe distinguirlos, cuantificarlos y acumularlos.

#### XIV. CARÁCTER COMPENSATORIO O SANCIONATORIO DE LA REPARACIÓN

En principio, la reparación es correspondencia: un bien por un mal; el pago de cierta cantidad o la adopción de una medida determinada en co-

57 Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, *cit.*, párr. 54; Caso El Amparo, Reparaciones (artículo 63.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 14 de septiembre de 1996, Serie C, Núm. 28, párrs. 43 y 46; Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 19 de septiembre de 1996, Serie C, Núm. 29, párrs. 63 y 65; y Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, Núm. 31, párrs. 60 y 61.

58 Párr. 50.

59 Párr. 59 de dicha sentencia.

respondencia a la lesión jurídica ocasionada. Se trata, en fin, de compensar. Sin embargo, existe la idea de dar a la reparación una intensidad más amplia que la que pudiera corresponder estrictamente a los daños o perjuicios causados. En esta versión, las reparaciones asumirían una función sancionadora y disuasiva. Ya no se trataría solamente de valorar daños y perjuicios y resolver en consecuencia, sino de punir por la violación cometida y desalentar nuevas violaciones. Puesto en términos de derecho penal, la reparación tendría cometido de prevención general de la conducta ilícita.

En la resolución sobre reparaciones de Garrido y Baigorria, la Corte rechazó la pretensión de imponer una “indemnización ejemplar”, requerida por los familiares de las víctimas. Al respecto, dijo la CorteIDH que semejantes pretensiones “no corresponden a la naturaleza de este Tribunal ni a sus atribuciones”. Agregó, entre otras consideraciones: “La Corte Interamericana no es un tribunal penal y su competencia, en este particular, es la de fijar las reparaciones a cargo de los Estados que hubieren violado la Convención”.<sup>60</sup>

## XV. DAÑO MATERIAL: INGRESOS FUTUROS

La jurisprudencia de la CorteIDH se ha ocupado ampliamente en el daño material que resulta de hechos violatorios de los derechos humanos. En este punto sólo me referiré a un aspecto de la cuestión que se planteó en el Caso Castillo Páez, sin que fuera posible, por las características de este asunto y del acervo probatorio disponible, avanzar suficientemente en la exploración del tema. Me refiero a “la pretensión, que por primera vez se plantea ante la Corte, de conceder una reparación integral a partir de la ‘chance cierta’ de mejora en los futuros ingresos de la víctima”.<sup>61</sup>

He aquí una cuestión interesante y fecunda, que ha sido abordada por otros órganos nacionales e internacionales. Se acostumbra dilucidar el monto de los daños causados a partir de hechos bien establecidos, como

<sup>60</sup> La Corte citó diversos precedentes útiles; así: Caso del Ferrocarril de la Bahía de Delagoa, Berne, La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, 1902, p. 406; Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria, sentencia del 21 de julio de 1989 (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, Núm. 7, párr. 38; Caso Godínez Cruz, Indemnización compensatoria, Sentencia del 21 de julio de 1989 (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C, Núm. 8, párr. 36; y Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Sentencia del 15 de marzo de 1989, *cit.*, párr. 136.

<sup>61</sup> Párr. 74.



la ocupación, la remuneración y la edad de la víctima al momento de ocurrir la privación de la salud o de la vida. Con esta base es posible construir una proyección razonable y apreciar el lucro cesante, esencia del perjuicio patrimonial.

Ahora bien, el tema va más allá cuando entra en juego una consideración de “oportunidad” con respecto al incremento de los ingresos: la pérdida de una oportunidad puede ocasionar un perjuicio, más o menos cierto —concepto relevante, desde luego, para esta materia—, del que podría derivar determinada obligación resarcitoria.<sup>62</sup> Desde luego, esta cuestión no se confunde con el problema del “proyecto de vida” examinado en el Caso Loayza Tamayo, al que me referiré adelante.<sup>63</sup> En el Caso Castillo Páez, la Corte no dispuso de pruebas suficientes para “asegurar la pérdida de oportunidad” de la que derivaría una condena. Sin embargo, estableció un criterio que contribuirá, en su hora, a avanzar en la materia: la reparación integral que se pretenda bajo este concepto “debe estimarse a partir de un perjuicio cierto con suficiente fundamento para determinar la probable realización de dicho perjuicio”.<sup>64</sup>

En otros términos, se requiere un alto grado de persuasión razonable sobre la efectiva realización del supuesto del que dependería el incremento en los ingresos de la víctima. Si esto ocurre, será adecuado apreciar un perjuicio y resolver en consecuencia; así, el perjuicio resultará probable y no meramente posible. Si bastara con lo segundo, se multiplicarían, sin fundamento suficiente, las condenas por perjuicio en función de oportunidades vagas, apenas hipotéticas.

## XVI. DAÑO SOCIAL POR LA PÉRDIDA DE UNA VIDA HUMANA

En el examen del mismo Caso Castillo Páez, la Corte debió analizar una pretensión novedosa esgrimida por los familiares de la víctima. Éstos

62 El tema se halla todavía fuera de la experiencia jurisprudencial de la CorteIDH, no así, por supuesto, de la correspondiente a otras jurisdiccionales nacionales o internacionales. Tal es el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos. Ante ésta, el problema se suscita sobre todo en casos de violaciones de derechos procesales, que supuesta o realmente cancelan, alejan o disminuyen una expectativa benéfica, que se habría actualizado —alega el reclamante— si no hubiera ocurrido la violación: por ejemplo, del plazo razonable para dictar una resolución judicial, del derecho a un defensor, etcétera. *Cfr.* Selvadray, Jonathan, “Pérdida de oportunidad y derechos humanos”, *Liber amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, *cit.*, vol. II, pp. 1401 y ss.

63 Véase *infra* apartado XX.

64 Párr. 74.

afirmaron que “existe un valor atribuible a la vida de cada individuo que trasciende su renta potencial (ya que) cada individuo conforma una parte esencial y única de su familia, su comunidad, su nación, y de la humanidad”; aseguraron, asimismo, que este es “un rubro autónomo, una valoración económica en cuanto a la afectación al derecho a la vida”,<sup>65</sup> que no se confunde con la reclamación patrimonial asociada específica y estrictamente al daño emergente y al lucro cesante, ni con el daño moral que sufren los familiares.

La CorteIDH entendió que las expresiones de los solicitantes podían considerarse como “alusiones a un derecho de la nación, de la comunidad y de la familia a no verse privados de la vida de uno de sus miembros”.<sup>66</sup> Reconoció, obviamente, que todo individuo es miembro de una familia y ciudadano de un Estado, y además forma parte, generalmente, de comunidades intermedias, “pero no ha considerado que el daño moral por la muerte de una persona se extiende de por sí a dichas comunidades y menos aún al conjunto de la Nación”. Excepcionalmente podría hacerse condena a indemnización “por un daño de esta naturaleza... en beneficio de comunidades muy específicas, que hayan sufrido perjuicios morales demostrados”.<sup>67</sup>

## XVII. BENEFICIARIOS DE LA INDEMNIZACIÓN

Obviamente, no hay cuestión cuando el beneficiario de la indemnización es la propia víctima del hecho ilícito. El problema puede surgir, en cambio, cuando se trata de terceros, como ocurre con frecuencia, sea que éstos concurren con la víctima directa, sea que se presenten en ausencia de aquélla, que ha fallecido o no ha sido localizada. En este orden de cosas procede establecer el alcance de los conceptos “familia” o “familiares”, que acuden a título de “parte lesionada”.

De este asunto se ocupó la sentencia de reparaciones en el Caso Loayza Tamayo: el término “familiares” debe “entenderse como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano”; en la especie, la Corte tomó en cuenta a los hijos, los padres y los hermanos de la señora Loayza Tamayo. Es relevante la deter-

65 Párr. 91 de la sentencia sobre reparaciones del Caso Castillo Páez.

66 Párr. 93. En su razonamiento, la Corte se remitió al artículo 32.1 de la Convención: “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”.

67 *Ibidem*. Se invoca el Caso Aloeboetoe, Reparaciones, *cit.*, párr. 83.

minación de la Corte en el sentido de fijar el alcance de los conceptos que maneja —así, los de familia y familiares—, sin remitirse necesariamente a la noción que sobre este extremo suministre el derecho interno. Así se subraya que el tema de las reparaciones consecuentes a una responsabilidad de carácter internacional se halla regulado por el propio derecho internacional.<sup>68</sup>

## XVIII. COSTAS

El acceso a la justicia, un tema destacado del derecho contemporáneo, crucial para que la norma jurídica —y el sistema de garantías que encarna— adquiera eficacia auténtica, implica la posibilidad de contar con los recursos necesarios para acudir ante los tribunales y hacer valer las pretensiones propias. Si no se dispone de tales recursos, aquel acceso resulta ilusorio. Esto es cierto, fuera de dudas, en el ámbito interno, y con mayor razón lo es en el internacional; en éste, el acceso a la justicia, favorecido por las disposiciones jurídicas, tropieza con una realidad hostil, a menudo infranqueable. De ello resulta la importancia de una cuestión aparentemente menor: las costas judiciales. El reconocimiento de éstas ha sido largamente solicitado, como condición de acceso a la justicia.<sup>69</sup>

Existe una tendencia, afianzada en el derecho europeo,<sup>70</sup> a franquear al individuo el acceso directo a la jurisdicción internacional. Entre nosotros, la Comisión Interamericana retiene la legitimación —al igual que los Estados— de promover ante la Corte la solución de controversias sobre violación de derechos humanos. Empero, el reglamento de la Corte permite ya que el interesado, esto es, el titular del interés en sentido mate-

68 Párr. 92.

69 En este sentido, se ha señalado que “el Sistema (interamericano) no contempla ayuda legal alguna para los peticionarios quienes deben afrontar altos costos y prolongadas esperas para hacerse oír y probar su caso en sede internacional”. Y se ha sugerido que “la Corte debería diferenciar los gastos incurridos por la Comisión de aquellos incurridos por los representantes de las víctimas”. Gómez, “Seguridad jurídica...”, en Varios, *El futuro del sistema...*, cit., p. 238. La decisión de la Corte en el Caso Garrido Baigorria —que se analiza en el presente apartado— ha renovado esta materia y atendido, en medida apreciable, las necesidades que plantea el acceso a la justicia.

70 El Protocolo Núm. 11 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales resolvió la supresión de la Comisión Europea de Derechos Humanos y la subsistencia, con amplias atribuciones, de la Corte Europea. Ésta conoce de las demandas propuestas, directamente, por los particulares. La nueva Corte Europea quedó instalada en noviembre de 1998. Una síntesis sobre el organismo jurisdiccional europeo, a la luz del Protocolo Núm. 11, en Petzold, Herbert, “El nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en Varios, *Liber amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, cit., vol. II, pp. 1265 y ss.

rial, asuma la defensa de éste en la etapa de reparaciones:<sup>71</sup> he ahí un nuevo *locus standi*, del que pudiera derivar, en un futuro más o menos cercano, la asunción franca del carácter de actor en juicio. Obviamente, esta disposición progresista trae consigo consecuencias patrimoniales.<sup>72</sup>

Este tema se analiza con detalle, por vez primera, en la sentencia de reparaciones de Garrido y Baigorria, a propósito del derecho de la víctima a recibir compensación bajo el concepto de costas.<sup>73</sup> Abarca una serie de interrogantes: etapas procesales cubiertas por el derecho a recibir costas, y la consecuente obligación de pagarlas; alcance de aquéllas, y datos a considerar para establecer razonablemente el monto de las costas. El Reglamento de la CorteIDH, que establece el contenido de la sentencia, incluye “el pronunciamiento sobre las costas, ni procede” (artículo 55.1.h).

La Corte se había pronunciado ya en torno a la obligación de cubrir las costas correspondientes a los procedimientos seguidos ante la jurisdicción nacional;<sup>74</sup> en Garrido y Baigorria se pronuncia en lo que respecta al ámbito internacional. Al respecto, sostiene con realismo que la asistencia legal a la víctima, que se inicia en el ámbito nacional, “continúa en las sucesivas instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte, salvo cuando la víctima o sus familiares reciben asistencia jurídica gratuita”.<sup>75</sup>

En consecuencia de lo anterior, la condena en costas abarca las causadas en los procedimientos nacional e internacional, y dentro de éste, los

71 El artículo 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expedido por ésta en resolución del 16 de septiembre de 1996, dispone: “En la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma”.

72 La Corte lo advierte así en la sentencia de reparaciones en el Caso Garrido y Baigorria: “Este reconocimiento de un *locus standi* de (las víctimas o sus familiares) abre la posibilidad de gastos asociados a dicha representación”. Párr. 81.

73 Las costas se relacionan en otro tiempo, con la mala fe del litigante. Posteriormente se toman en cuenta los principios civiles acerca de la culpa. Hoy día “el fundamento de esta condena es el hecho objetivo de la derrota (*soccombenza*); y la justificación de esta institución encuéntrase en que la actuación de la ley no debe representar una disminución patrimonial para la parte en favor de la que se realiza”. Chioevnda, José, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Reus, s/t, t. II, pp. 452 y 453. Eduardo Pallares resume la doctrina imperante afirmando que las costas son “los gastos que sean necesarios, no los superfluos, para tramitar y concluir el juicio”. Abarcan los honorarios de abogados y peritos, así como gastos de viaje necesarios para el desarrollo del procedimiento, entre otros conceptos. *Derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Porrúa, 1968, p. 180.

74 Casos Aloeboetoe, *cit.*, párr. 94; Caballero Delgado y Santana, *cit.*, párr. 47 y punto resolutorio 2; *El Amparo*, *cit.*, párr. 21, y Neira Alegría, *cit.*, párr. 42.

75 Párr. 81.

seguidos ante la Comisión y ante la Corte.<sup>76</sup> Se excluyen —bajo la noción de “asistencia jurídica gratuita”— los gastos que otras personas hacen y que no representan erogación directa para la víctima o adquisición, por parte de ésta, de obligaciones patrimoniales frente a terceros.

El segundo tema a considerar es el alcance de las costas. En este extremo, parece indispensable precisar que las costas deben regularse en función de los gastos “efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus representantes”<sup>77</sup> y debidamente probados —al menos con indicios o presunciones razonables—, las circunstancias del caso y los rasgos del sistema procesal tutelar de los derechos humanos.

Como se ve, cabe una doble posibilidad tanto en orden a la erogación hecha como a quien la asumió. No es indispensable que el gasto se haya practicado ya, a través de un desembolso concreto y actual; también se toma en cuenta el gasto futuro comprometido: así, una deuda que será necesario cubrir. En esta hipótesis, la comprobación se referirá a la deuda contraída. En cuanto a la persona, puede tratarse, por igual, de la víctima o de su representante legal o convencional, calidad establecida con gran amplitud, pero al mismo tiempo con seriedad. Es obvio que la propia víctima no siempre estará en condiciones de resolver y hacer gastos conducentes a la defensa de sus derechos; estas decisiones y erogaciones quedan entonces sujetas al representante, que, sin embargo, no es un donador.

En cuanto al sistema internacional de tutela de los derechos humanos, se sabe bien que no es exactamente asimilable al régimen judicial interno: tiene características propias, entre ellas las que lo deslindan del sistema aplicable a los asuntos primordialmente patrimoniales, en los que domina la idea del lucro.

No diré, por supuesto, que aquí sólo tiene juego el altruismo, puesto que nos hallamos ante una prestación de servicios profesionales, que ameritan una justa retribución, pero tampoco omitiré destacar que la defensa de los derechos humanos posee un componente de solidaridad, fraternidad, humanidad —como se quiera expresarlo— mucho mayor y más decisivo —sobre la actuación del prestador del servicio— que el que pudiera existir en asuntos contenciosos a propósito de corporaciones

76 Explícitamente señala la resolución comentada: En “el concepto de costas, para los fines que ahora se examinan, quedan comprendidas tanto las que corresponden a la etapa de acceso a la justicia a nivel nacional... como las que se refieren a la justicia a nivel internacional, que se despliega ante dos instancias: la Comisión (Interamericana de Derecho Humanos) y la Corte (*idem*)”. Párr. 81 *in fine*.

77 Párr. 80.

multinacionales, comercio exterior, propiedad industrial, apoyos financieros y otras cuestiones semejantes.

Por lo dicho, la resolución dictada en Garrido y Baigorria reconoce al tribunal, “en el ejercicio de sus poderes jurisdiccionales”, la facultad de

apreciar prudentemente el alcance específico de las costas sobre las que verse la condena, tomando en cuenta tanto la comprobación de las mismas que se haga oportunamente, como las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento, que poseen rasgos propios y diferentes de los que pudieran revestir otros procesos, tanto de carácter nacional como internacional.<sup>78</sup>

Hay un giro en la sentencia comentada, que contribuye a fijar el ámbito de las costas admisibles: “gastos necesarios y razonables, según las particularidades del caso”.<sup>79</sup> En el mismo sentido se pronunció la Corte, poco más tarde, en los Casos Castillo Páez<sup>80</sup> y Loayza Tamayo.<sup>81</sup>

Un tercer tema digno de atención a este respecto es la identificación de los elementos específicos que la Corte ha de considerar para fijar el *quantum* —un “*quantum* razonable”, señala la sentencia— de las costas. Se rechaza el régimen de cuota o proporción: no es adecuado entender que las costas deben guardar cierta proporción con el monto de la indemnización obtenida. En el fondo de este rechazo se halla la idea de que el abogado no es un “socio” del justiciable, que reclama ciertas prestaciones para beneficio de ambos.

Formulado ese rechazo, la Corte puntualiza que

existen otros elementos que son más importantes para valorar la actuación de los abogados en un proceso ante un tribunal internacional, como, por ejemplo, el aporte de pruebas que tiendan a demostrar los hechos expuestos en la demanda, el conocimiento acabado de la jurisprudencia internacional

78 Párr. 82.

79 Párr. 80.

80 En el párr. 112 se afirma: “Corresponde a la Corte apreciar prudentemente el alcance específico de las costas sobre las que versa la condena, tomando en cuenta la oportuna comprobación de las mismas, las circunstancias del caso concreto, la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento, que posee rasgos propios y diferentes de los que pudieran revestir otros procesos. La Corte determinará el monto razonable de las costas sufragadas por la víctima o sus representantes y abogados ante el Perú sobre una base equitativa y razonable”.

81 Párrs. 177-179.

y, en general, todo aquello que permita evaluar la calidad y pertinencia del trabajo efectuado.<sup>82</sup>

No es posible perder de vista que en el éxito de la causa no concurren solamente los profesionales del derecho, sino también el esfuerzo de organizaciones no gubernamentales que suelen impulsar la reivindicación de la víctima, y el trabajo del órgano facultado para conocer de la primera fase del procedimiento internacional y promover, como único legitimado, la segunda: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Desde luego, la nueva posición adoptada por la Corte en el Caso Garrido Baigorria no cancela el razonable criterio sostenido hasta ahora, en el sentido de que no procede resarcir a los órganos del sistema interamericano —Comisión y Corte— los gastos hechos por ellos mismos, conforme a sus atribuciones específicas y de acuerdo con la mecánica de trabajo que han establecido, puesto que el sostenimiento de dichos órganos corre a cargo del propio sistema, que lo enfrenta con los recursos aportados por los Estados miembros de la OEA.

#### XIX. DEBER DE ACTUAR EN EL ÁMBITO INTERNO: REFORMA DE NORMAS, INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN A LOS RESPONSABLES INDIVIDUALES

La violación del derecho humano acarrea una serie de consecuencias para el Estado, bajo el concepto de responsabilidad internacional. Una de ellas es la indemnización debida a la víctima o a sus derechohabientes; otra, la sanción de quien incurrió, individualmente, en la conducta ilícita; una más, ocasionalmente, la modificación de un ordenamiento o la expedición de normas conducentes a asegurar el imperio de los derechos que derivan de la Convención.

No examinaré ahora *in extenso* este último punto, que ciertamente constituye uno de los asuntos más sugerentes del sistema tutelar de los derechos humanos, considerado en su conjunto: es perfectamente sabido y admitido que el estatuto plenario del ser humano y la protección de su dignidad, encarnada en derechos reconocidos y efectivamente realizados,

82 Párr. 83. En el párrafo 82 de esta sentencia, la Corte sostiene que la fijación del *quantum* debe hacerse sobre una base “equitativa”. Asimismo, indica que es preciso tener en cuenta “la conexión suficiente entre (las costas) y los resultados alcanzados” (*cf.* Eur. Court H. R., *Brincat vs. Italy Judgement of 26 November, 1992, Series A, Núm. 249-A*). Así las cosas, hay que ponderar el papel que la asistencia legal privada ejerció realmente en la condena al pago de costas.

abarca tanto el ámbito nacional como el internacional. De aquí derivan innumerables consecuencias, que se desplazan en la compleja relación entre las medidas de carácter internacional —actos y leyes— y las de carácter interno, tanto administrativas como legislativas y judiciales.<sup>83</sup> Al respecto, se echa de menos la existencia de disposiciones nacionales que propicien expresamente la iniciativa de leyes internas en virtud de la decisión de un órgano internacional tutelar de derechos humanos.<sup>84</sup>

Por lo que hace a la sanción del violador de derechos humanos —el autor individual de la infracción, ya no el Estado responsable—, recordemos que la Corte Interamericana no puede dictar condena, puesto que no es un tribunal penal interno (o internacional), pero puede —y debe— ordenar al Estado que realice las investigaciones pertinentes y aplique las sanciones adecuadas, conforme a sus propias leyes. Hacerlo es consecuencia de las obligaciones internacionales del Estado, contenidas en la convención respectiva, además de que lo sea de las normas nacionales correspondientes.

“La efectividad de las normas es de fundamental importancia en un orden jurídico —señaló la Corte en la sentencia de reparaciones de Garrido y Baigorria— y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica”.<sup>85</sup> Todavía no queda suficientemente establecida la fuerza “indiciaria” —por así llamarla— que pudiera tener, para los fines de la persecución penal interna, el señalamiento que la CorteIDH hace en la motivación de su sentencia acerca de los participantes individuales. De la identidad de éstos como agentes del Estado —o actores con la complacencia del gobierno— y de la conducta indebida que realizan deriva la responsabilidad internacional del Estado.<sup>86</sup>

83 Se cuestiona la tradicional doctrina del “margen de apreciación” dejado a los Estados —en un sistema democrático, atento a la dignidad humana— para adecuar su sistema interno a las obligaciones derivadas del derecho de gentes. En relación con este punto y sus vastas implicaciones y proyecciones, que desde luego comprenden las esferas legislativa y judicial de los Estados, *cfr.* Cançado Trindade, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Varios, *El futuro del sistema...*, *cit.*, esp. pp. 580 y ss.

84 *Cfr.* Krsticevic, Viviana, “Líneas de trabajo para mejorar la eficacia del sistema”, en Varios, *El futuro del sistema...*, *cit.*, p. 438. La “incorporación de las obligaciones internacionales en el ámbito interno, así como el dictado, reforma, adecuación de la legislación local constituyen una de las mayores garantías de compatibilidad entre la conducta del Estado y lo prescrito por la Convención”. *Ibidem*, p. 448.

85 Párr. 70.

86 *Cfr.* García Ramírez, “La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Actualidad y perspectivas” (que se incluye en este trabajo, pp. 279-314), *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 54, junio de 1998, pp. 136 y 137.



En el Caso Garrido y Baigorria, la CorteIDH tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular, habida cuenta de que al tiempo de disponer la reparación pecuniaria aún no se había juzgado a los responsables de las violaciones. En tal virtud, el tribunal afirmó que “las normas de derecho argentino que garantizan el derecho a la vida no han sido obedecidas y, por lo tanto, para asegurar su efectividad, la Argentina debe aplicar las disposiciones previstas para los casos de incumplimiento, o sea imponer las correspondientes sanciones”.<sup>87</sup> Nos hallamos, pues, en la línea de pensamiento que insiste en la efectividad de los derechos humanos, lo cual entraña la sanción de los transgresores y la reparación de las violaciones.<sup>88</sup>

Amplíemos estas consideraciones, a propósito de normas que pudieran oponerse a la investigación. En el Caso Castillo Paéz se replanteó el asunto a la luz de los obstáculos que pudieran surgir para la indagación y sanción de hechos ilícitos, y específicamente cuando existen normas de derecho interno que obstruyen la exigencia de responsabilidades penales, como sucede cuando se ha expedido una ley de amnistía que contempla o parece contemplar los hechos que pudieran resultar punibles y amparar a las personas que pudiesen resultar penalmente responsables por aquéllos.

En la sentencia sobre el fondo, del 3 de noviembre de 1997, la Corte había ordenado la investigación y sanción de los responsables de los hechos que motivaron la demanda. El tribunal señaló entonces que “inclusi-ve en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos”.<sup>89</sup> Esto se

87 Párr. 71. La diferencia entre la obligación de indemnizar y la obligación de sancionar queda de manifiesto al observar que la víctima puede renunciar a la indemnización que se le debe, pero no puede absolver al Estado del deber de perseguir al responsable (salvo que se trate de delito perseguible a instancia del ofendido). En otras palabras “la reparación prevista en el artículo 63.1 (de la Convención Americana) tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados”; en tanto que “la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención”. Párr. 72.

88 Germán J. Bidart Campos escribe: “Bien puede decirse que el derecho internacional de los derechos humanos y su recíproca jurisdicción supraestatal exige a los Estados miembros del sistema el ‘resultado’ de la efectividad de los derechos, con la paralela obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones, lo que autoriza a hablar de ‘obligaciones de resultado’ y no de ‘obligaciones de medios’”. “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en Varios, *Liber amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, cit., vol. I, p. 460.

89 Párr. 90 de la sentencia de fondo, del 3 de noviembre de 1997.

reitera en la sentencia de reparaciones, como medida de reparación en favor de los familiares de Castillo Páez, por la ineficacia del recurso de *habeas corpus* para lograr la libertad de éste y salvar su vida.<sup>90</sup>

En la resolución de reparaciones, la CorteIDH sostiene que entre dichas “dificultades del orden interno” se encuentra la ley de amnistía expedida por Perú, “debido a que... obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.<sup>91</sup> El razonamiento del tribunal gira en torno al artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención. Aquél “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”,<sup>92</sup> y guarda relación directa con el artículo 8.1.<sup>93</sup>

En fin, el Estado debe investigar, juzgar y sancionar a los responsables, y evitar la impunidad de los hechos ilícitos, caracterizada como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.<sup>94</sup> La misma determinación adoptada en el Caso Castillo Páez, sobre el tema al que se refiere el presente apartado, se encuentra en la sentencia de reparaciones correspondiente al Caso Loayza Tamayo.<sup>95</sup>

A propósito de la resolución de la Corte en este punto, adoptada por unanimidad, emití un voto concurrente en el que analizo “el carácter que pudiera tener (la sentencia de reparaciones) en el aspecto que aquí se analiza, así como las ideas y preocupaciones que pudieron informarla”, en mi concepto. Para ello subrayo la alta “conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en

90 Párr. 70.

91 Párr. 105.

92 Párr. 106. Así, en la citada sentencia de fondo en el Caso Castillo Páez, párr. 106; en el Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C, Núm. 35, párr. 35; y en la sentencia de reparaciones en el Caso Loayza Tamayo, párr. 169.

93 El artículo 1.1., de alcance general, impone a los Estados —que asumen la obligación, a título de partes en la Convención— el deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en ese instrumento y garantizar su libre y pleno ejercicio a todas las personas sujetas a su jurisdicción. El artículo 8o. contiene diversas garantías judiciales. El artículo 25 establece el derecho a un recurso sencillo y rápido ante juzgadores competentes, para el amparo de los derechos fundamentales.

94 Párr. 107. Se invoca el precedente constituido por la resolución del Caso Paniagua Morales y otros, *cit.*, párr. 173.

95 Ambas sentencias son de la misma fecha: 27 de noviembre de 1998. De la relativa al Caso Loayza Tamayo, *cf.* párrs. 168-171.

condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras”.<sup>96</sup>

Surgen puntos sumamente delicados en la debida armonización entre las exigencias de la paz y la reconciliación nacional, por una parte, y el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, especialmente cuando se cometen violaciones de extrema gravedad. En fin de cuentas, “las leyes de amnistía se hallan en el cruce, tan complejo y delicado, entre la lucha contra la impunidad y el propósito de promover la reconciliación nacional”.<sup>97</sup>

En este orden de consideraciones procede distinguir

entre las llamadas ‘autoamnistías’, expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados.<sup>98</sup>

Es frecuente el rechazo de las normas de la primera categoría.<sup>99</sup>

En el mismo Caso Castillo Páez, los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli emitieron voto razonado conjunto sobre dos cuestiones: una de ellas, las autoamnistías; la otra, el daño al proyecto de vida, asunto que analizaré *infra*.<sup>100</sup> En cuanto al primer extremo, sostuvieron que las autoamnistías conducentes a la impunidad de las violaciones de los derechos humanos “son incompatibles con el deber de los Estados de investigar aquellas violaciones, imposibilitando la vindicación de los derechos a la verdad y a la realización de la justicia,<sup>101</sup> así como, en consecuencia,

96 Párrs. 4 y 6 del *Voto concurrente*.

97 *Cfr. Progress Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations, Prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet, Pursuant to Sub-Commission Resolution 1992/23. E/CN.4/Sub.2/1993/6, párr. 1.*

98 Párr. 9 del *Voto concurrente*.

99 Así, Norris, Robert E., “Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas. Una respuesta legal”, *Revista IIDH*, núm. 15, enero-junio de 1992, esp. pp. 109 y ss.

100 Subapartado 20.

101 Más allá del reconocimiento del derecho de la víctima a obtener una indemnización, sobre el cual es pacífica la doctrina, sucede que la lucha contra la impunidad, entre otros datos de la evolución jurídica, ha impulsado nuevos progresos. Escribe al respecto Juan E. Méndez: “a partir de la lucha contra la impunidad que se ha desarrollado en nuestro continente en los últimos años, empieza a abrirse paso la noción de que la víctima tiene también derecho a la verdad y a la justicia, correlato esencial de la obligación del Estado de investigar los hechos, revelarlos a la sociedad, procesar y cas-

del derecho a obtener reparación”;<sup>102</sup> y también son incompatibles con la obligación general de los Estados de respetar y garantizar el respeto de los derechos humanos protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos.<sup>103</sup>

## XX. PROYECTO DE VIDA<sup>104</sup>

Uno de los temas de mayor interés y novedad abordados en la jurisprudencia reciente de la Corte IDH es el relativo a la reparación asociada al daño o menoscabo en el proyecto de vida de la víctima, asunto que se analiza y resuelve en forma separada a los daños materiales y morales que ordinariamente examina el tribunal. Esta materia fue ampliamente estudiada en la sentencia de reparaciones correspondiente al Caso Loayza Tamayo. No es excesivo, sino apenas estricto, decir que la consideración del daño al proyecto de vida de la víctima constituye un paso en la dirección y hacia el propósito de “reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones con el enfoque y el aporte propios del Derecho internacional de los derechos humanos”.<sup>105</sup>

En tal caso, la Corte deslinda entre el daño al proyecto de vida, por una parte, y el daño emergente y el lucro cesante, por la otra. Aquél “no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos”, que es lo característico del daño emergente; y tampoco se confunde con el lucro cesante, porque

mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.<sup>106</sup>

tigar a los responsables, y resarcir los daños”. “La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Varios, *La Corte y el sistema...*, cit., p. 332.

102 Párr. 3 del *Voto razonado conjunto*.

103 Párr. 4, *idem*.

104 Véase el artículo “Dos temas de la jurisdicción interamericana: ‘Proyecto de vida’”, que se encuentra publicado en esta misma obra.

105 Cancado Trindade y Abreu Burelli, en su *Voto razonado conjunto*, cit., párr. 12.

106 Párr. 147 de la sentencia.

Obsérvese, pues, que este concepto, de compleja caracterización y novedoso en la jurisprudencia de la Corte —que por ello ha debido esforzarse en describirlo detalladamente, abordándolo desde varios ángulos y con distintas precisiones—, se elabora en torno a la idea de realización personal y tiene como referencias diversos datos de la personalidad y el desarrollo individual, que sustentan las expectativas del individuo y su capacidad para acceder a ellas; hay un límite o factor de calificación: la racionalidad o razonabilidad de esas expectativas; no se trata de elucubraciones sin sustento, fantasías, ilusiones impracticables.<sup>107</sup>

El proyecto de vida —sostiene la Corte— “se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”; estas opciones “son la expresión y garantía de la libertad”; difícilmente se diría que una persona es “verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación”.<sup>108</sup>

Obviamente, no nos hallamos ante un resultado seguro, necesario, sino ante una “situación probable —no meramente posible— dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos”; éstos “cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito”.<sup>109</sup>

Para sustentar adecuadamente el deber de reparación ligado a este concepto, que se pone a cargo del Estado, importa mencionar que la alteración de la vida ocurre

en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que (la víctima, en su calidad de persona sujeta a determinada

107 En su *Voto disidente*, el juez De Roux Rengifo formula dos advertencias para acotar el ámbito de esta cuestión: “No toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Debe tratarse de cambios de mucha entidad, que trastoquen a fondo, por ejemplo, el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños. —Por otra parte, al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, debe evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna. Este aspecto de la cuestión debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de fijar, en equidad, el monto de la respectiva indemnización”.

108 Párr. 148.

109 Párr. 149.

jurisdicción nacional, ciudadano de un Estado o miembro de una comunidad nacional) pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.<sup>110</sup>

En suma, por medio de la noción reparadora vinculada al proyecto de vida, la reparación se aproxima a la situación más justa y deseable: la “plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la *restitutio in integrum*”.<sup>111</sup>

Esta noción, asociada a la exaltación del “espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana”, deberá ser más desarrollada en la futura jurisprudencia de la CorteIDH,<sup>112</sup> que por ahora se abstuvo de trasladar a términos económicos el reconocimiento explícito de la afectación del proyecto de vida.<sup>113</sup>

110 Párr. 150.

111 Párr. 151.

112 En el *Voto razonado conjunto* de los jueces Cançado Trindade y Abreu Burelli se expresa: “El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana. El daño al proyecto de vida amenaza, en última instancia, el propio *sentido* (subrayado en el *Voto*) que cada persona humana atribuye a su existencia. Cuando esto ocurre, un perjuicio es causado a lo más íntimo del ser humano: tratase de un daño dotado de autonomía propia, que afecta el sentido espiritual de la vida”. Párr. 16. Se agrega: “Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad”. Párr. 17.

113 La Corte expresó que “la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo”. El juez De Roux Rengifo no compartió esta conclusión y formuló *Voto disidente*, *cit.*

## DOS TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA: “PROYECTO DE VIDA” Y AMNISTÍA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Proyecto de vida*. III. *Amnistía*.

### I. INTRODUCCIÓN

En este artículo me propongo considerar dos temas abordados últimamente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que hoy día ejerce su competencia contenciosa sobre casi todos los países de América Latina,<sup>1</sup> inclusive México, que aceptó dicha competencia en diciembre de 1998.<sup>2</sup> Anteriormente la habían reconocido el mayor número de países latinoamericanos.<sup>3</sup> Por ello resulta particularmente interesante el

\* En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, y en *Gaceta de los tribunales*, Santiago de Chile, t. XCV, núm. 2, mayo-agosto de 1998, pp. 61-75.

1 La gran mayoría de los Estados latinoamericanos han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. En fechas recientes la admitieron Haití, México y Brasil (*cf. infra* nota 2). Queda pendiente Santo Domingo. Muy distinta es la situación de los países caribeños. Trinidad y Tobago, que la había adoptado, denunció la Convención Americana en 1998, tras una diferencia con lo sostenido por la Comisión Interamericana y la propia Corte a propósito de medidas provisionales adoptadas por ésta, a solicitud de aquella, en un caso de pena de muerte en el que Trinidad y Tobago estimó que la resolución de la justicia interamericana entraría en conflicto con sus normas constitucionales. Trinidad y Tobago notificó a la OEA la denuncia de la Convención el 26 de mayo de 1998. Estados Unidos no es Estado Parte en la Convención Americana; tampoco Canadá.

2 Haití reconoció la competencia de la Corte el 3 de marzo de 1998. La Cámara de Senadores de México aprobó el reconocimiento de la competencia contenciosa el 1 de diciembre de 1998. El instrumento de ratificación fue depositado por el gobierno de México en la OEA el 17 de ese mes. México hizo reserva de los casos derivados de la aplicación del artículo 33 constitucional. Asimismo, manifestó que el reconocimiento de la competencia no tendría efectos retroactivos. El mismo 1 de diciembre, el Congreso de Brasil formuló idéntico reconocimiento, que figura en el Decreto Legislativo 89/98, publicado el 4 de diciembre. Al inicio de 1999, República Dominicana manifestó que reconocerá la competencia de la Corte.

3 Chile reconoció como obligatoria la competencia de la Corte, en los términos del artículo 62 de la Convención Americana, al ratificar ésta, el 21 de agosto de 1990. Al hacer este reconocimiento (así como el correspondiente a la Comisión Interamericana), Chile dejó “constancia (de) que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Asimismo, el gobierno de Chile hizo notar que la Comisión y la Corte, “al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención (sobre expropiación), no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona”. *Cfr.* Organización de los

estudio de las cuestiones más destacadas que ya figuran entre los criterios sostenidos por ese tribunal internacional, intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>4</sup> que es de obligatoria observancia en México, a título de norma aplicable a la Unión.<sup>5</sup>

Obviamente, en el curso de los veinte años de actividad de la Corte, ejerciendo su doble jurisdicción —consultiva y contenciosa—,<sup>6</sup> alguna vez suscitada por planteamientos de mi país,<sup>7</sup> ha tenido oportunidad de examinar múltiples cuestiones relacionadas con los temas consultados y los litigios resueltos en ese desempeño. Muchos de ellos son ampliamente conocidos, al menos por los estudiosos de la justicia internacional, que cada vez despierta mayor atención, en tanto forman parte de lo que se denomina la *jurisprudence* constante de la Corte. Otros, en cambio, han sido abordados por ésta con motivo de casos recientes, de carácter contencioso.<sup>8</sup>

Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (Actualizado a abril de 1997)*, San José, Costa Rica, 1997, p. 57.

4 Previene el artículo 64.3 de la Convención Americana: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial..., ora por convención especial”.

5 En efecto, tómesese en cuenta el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —informada en este aspecto por la Constitución estadounidense—, que considera ley suprema de toda la Unión a la propia Constitución Política, a las leyes federales emanadas de ésta y a los tratados conforme a ella, celebrados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, conocida también como Pacto de San José.

6 Aquélla, para atender, con decisiones que no poseen fuerza jurídica vinculante, consultas de los Estados Parte en la Convención y de varios órganos del sistema continental (*verbi gratia*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) sobre la interpretación del Pacto de San José u otros tratados concernientes a derechos humanos aplicables en los Estados americanos, y —a solicitud de un Estado— acerca de compatibilidad de leyes nacionales con disposiciones internacionales de esta materia (artículo 64). La competencia contenciosa, por su parte, se destina a resolver, mediante sentencia, litigios a propósito de supuestas violaciones de derechos humanos, mediante demanda de algún Estado del sistema en contra de otro, o bien, de la Comisión Interamericana (artículos 61 y 62). Hasta hoy, sólo ésta ha figurado como demandante ante la Corte.

7 Tal es el caso de la Opinión Consultiva Núm. 16, solicitada por México el 17 de noviembre de 1997 —antes del reconocimiento de la competencia contenciosa—, para obtener un pronunciamiento de la Corte, desde el ángulo de los derechos humanos, sobre el problema que se plantea cuando un inculpado de nacionalidad diferente a la del Estado jurisdiccional no es informado oportunamente sobre su derecho a contar con asistencia consular, en los términos de la Convención (de Viena) sobre Relaciones Consulares, y se le sigue proceso que culmina con sentencia condenatoria a pena de muerte. Sobre el planteamiento de la OC-16, *cfr. Informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1997*. (OEA/Ser.C/V/III.39 doc. 5). Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, 1998, pp. 367 y ss.

8 Es evidente la relevancia de las resoluciones de la Corte, como fuente del derecho internacional  
DR © 2000.



Esto último sucede con los temas que ahora mencionaré brevemente: la reparación de daños al proyecto de vida, por una parte, y los obstáculos que opone una ley de amnistía a la investigación, juzgamiento y condena de ciertos hechos violatorios de derechos humanos, por la otra. El primer asunto se suscitó en torno a las reparaciones correspondientes al Caso Loayza Tamayo;<sup>9</sup> el segundo, en este mismo, y más ampliamente en las reparaciones relativas al Caso Castillo Páez,<sup>10</sup> ambos examinados y resueltos en el XLII periodo ordinario de sesiones de la Corte.<sup>11</sup>

Para quienes no están familiarizados con el procedimiento ante este órgano interamericano de tutela de los derechos humanos, me limitaré a recordar que aquél suele correr por tres etapas: la primera atañe a la presentación y decisión de excepciones preliminares opuestas por el Estado;<sup>12</sup> la segunda, al análisis y la decisión del fondo del asunto;<sup>13</sup> y la tercera, a las reparaciones que son consecuencia de la violación cometida.<sup>14</sup>

nal. Se sabe bien que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia contempla “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia en las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, aun cuando las decisiones de la Corte —Internacional de Justicia— sólo obligan a las partes en litigio, por lo que respecta al caso justiciable (*ibidem*, artículo 59). Si la Corte es intérprete de la Convención, admitido por los Estados Parte en ésta, y aquel instrumento es ley suprema de los Estados Unidos Mexicanos, sobra ponderar la relevancia que puede y debe tener en México la jurisprudencia del citado tribunal internacional. En el futuro se podrá precisar, legislativamente, este punto destacado, como se ha hecho últimamente en otras Constituciones latinoamericanas.

9 Caso Loayza Tamayo, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 27 de noviembre de 1998.

10 Caso Castillo Páez, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia del 27 de noviembre de 1998.

11 Desarrollado del 16 al 27 de noviembre de 1998.

12 Sobre este punto, *cf.* artículo 36 del Reglamento de la Corte, del 16 de septiembre de 1996, que debe relacionarse con el artículo 46 de la Convención, relativo a la admisibilidad de denuncias ante la Comisión Interamericana, que a su turno es preciso relacionar con los artículos 34 a 41, principalmente, del Reglamento de la Comisión, reformado el 3 de mayo de 1996.

13 A la etapa de juicio de fondo se refieren los artículos 32 y siguientes del Reglamento de la Corte, que escinde el procedimiento en “escrito” (artículos 32 y ss.) y “oral” (artículos 39 y ss.). Culmina en un fallo “definitivo e inapelable”, sujeto a interpretación de la propia Corte, exclusivamente (artículo 67), que los Estados se comprometen a cumplir (artículo 68.1).

14 La reparación está prevista en el artículo 63 de la Convención. El artículo 56 del Reglamento de la Corte se ocupa de la “Sentencia de reparaciones”: “Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento”. Es relevante observar que a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento sobre el fondo —y a propósito del debate acerca de la violación de derechos y la sentencia correspondiente—, “en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma” (artículo 23 del Reglamento). Aquí aparece el primer paso hacia la actuación directa de la víctima ante la Corte Interamericana, como ocurre ya ante la Corte Europea.

En los casos a los que se refiere este comentario, las sentencias de la Corte se vincularon únicamente con las reparaciones. En ambos existían previas sentencias de fondo.<sup>15</sup>

## II. PROYECTO DE VIDA

La mera expresión de que hubo violación de derechos humanos, imputable a un Estado, con motivo de la actividad o inactividad de alguno de sus agentes,<sup>16</sup> no bastaría para enfrentar y corregir con eficacia este género de infracciones. La responsabilidad internacional del Estado trae consigo deberes específicos a cargo de aquél.<sup>17</sup> Es aquí donde surgen la pertinencia y la procedencia de reparaciones determinadas que atienden a la necesidad de cancelar los efectos de la violación y compensar a la comunidad internacional, a la sociedad nacional y al propio afectado por el agravio sufrido.

Si se tratase de una infracción grave del orden jurídico interno —normalmente la violación del pacto internacional es también una vulneración de la norma doméstica—, con naturaleza delictiva, el quebrantamiento del orden jurídico afectaría a la sociedad, al ofendido directo (así como a las víctimas) y al propio Estado, y determinaría la imposición de

15 Cfr. CorteIDH, Caso Loayza Tamayo, Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C, Núm. 33, y Caso Castillo Páez, Sentencia del 3 de noviembre de 1997. Serie C, Núm. 34.

16 La responsabilidad internacional del Estado, noción fundamental para el amplio régimen de la tutela internacional de los derechos humanos, surge de la actuación de los agentes de aquél (funcionarios, empleados, servidores públicos, en general), pero también de la conducta de otros individuos, no encuadrados oficialmente en los órganos del Estado, pero que actúan a instancia de éste o con su autorización, complacencia o tolerancia, de manera tal que existe relación —informal, pero eficaz— entre aquél y éstos, y por ello esa conducta puede ser imputada al poder público. Es constante la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que “al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional. Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar”. Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 27 de agosto de 1998, párr. 40.

17 Es copiosa la bibliografía sobre este tema, piedra angular del quehacer de los tribunales. Me remito a la obra del ex juez de la Corte Interamericana Asdrúbal Aguiar, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas, Monte Ávila Editores Latinoamericana-Universidad Católica Andrés Bello, 1997. De este asunto, entre otros, me ocupo en mi trabajo “La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos; actualidad y perspectivas”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, México, núm. 54, junio de 1998, pp. 136 y ss. (Este artículo se encuentra publicado en esta misma obra pp. 279-314).

una pena o medida, así como otras consecuencias de carácter patrimonial<sup>18</sup> o corporativo.<sup>19</sup>

Eso mismo sucede con variantes de mayor o menor relevancia, cuando se violenta un derecho humano previsto por el orden jurídico internacional y tutelado por los órganos que de ahí derivan; en la especie, la Corte Interamericana. El Pacto de San José faculta a ésta para disponer reparaciones en correspondencia a la violación cometida.<sup>20</sup> De no repararse el quebranto del orden jurídico, es evidente que las declaraciones de derechos carecerían de la necesaria garantía que reclamó, dos siglos atrás, la fecunda *Déclaration* francesa de 1789,<sup>21</sup> y el sistema de control jurídico sería absolutamente ineficaz: “campana sin badajo”, como ocurriría con los delitos —simples figuras cri-

18 Por ejemplo, la reparación de los daños y perjuicios, que el Código Penal Federal y del Distrito Federal todavía reputa —al igual que los ordenamientos equivalentes de la mayoría de los estados de la República— como “pena pública”. En cambio, los códigos penales y procesales penales de Morelos (1996) y Tabasco (1997) sostienen, acertadamente —y con mayor eficacia, desde el ángulo de la real protección a las víctimas—, que se trata de consecuencia civil del delito, reclamable en el proceso penal (a través de un procedimiento especial) por el ofendido o sus representantes o derechohabientes, como actores principales, o por el Ministerio Público, como actor subsidiario. Por su parte, el Código Penal chileno señala que “toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables” (artículo 24). Se dispone la gradación en el pago de responsabilidades pecuniarias: 1o. costas, 2o. resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio, 3o. “reparación del daño causado e indemnización de perjuicios”; y 4o. multa (artículo 48). Se dispone el destino del producto del trabajo de los condenados a presidio: 1o. gastos que se ocasionen al establecimiento, 2o. ventaja o alivio durante la detención del sujeto, en favor de éstos, si lo merecieren, 3o. “hacer efectiva la responsabilidad civil de aquéllos proveniente del delito”, y 4o. fondo de reserva.

19 Aludo a las consecuencias penales que depara a una persona moral o colectiva la conducta delictuosa de una persona física relacionada con aquélla, a las que se refiere el artículo 12 del Código Penal Federal y del Distrito Federal. Hoy día posee especial importancia el tema de la responsabilidad penal de las personas colectivas, sobre todo en orden a delitos de carácter patrimonial evolucionado. Un punto relevante en este ámbito es el relativo al procedimiento para exigir esa responsabilidad, observando la garantía de audiencia y defensa, como lo previenen, en la República mexicana, los mencionados códigos penales y procesales de los estados de Tabasco y Morelos.

20 Así, el fundamental artículo 63 de la Convención Americana: “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

21 En una norma esencial para lo que reconocemos como Estado de derecho, el artículo 16 de la *Déclaration* previno: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Desde luego, ha evolucionado la noción de garantía, en busca de razonable precisión. Al respecto, Carlos Sánchez Viamonte ha escrito en un trabajo ya clásico, que “cuando todo es garantía, nada es garantía”; de ahí que ésta deba ser entendida —señala ese autor— como “una institución creada para la defensa concreta y práctica de la Constitución, en los casos particulares en que resulte afectada la vigencia y, también, la supremacía constitucional”. *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1956, pp. 75 y 84.

minales— que no se hallasen conminados con pena. Por supuesto, otra cosa es la aplicación efectiva de las penas, consecuencia de la responsable y eficaz actividad persecutoria del Estado.

La reparación “es el término genérico que comprende las diversas formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido”.<sup>22</sup> Se puede considerar que la reparación ideal de una violación de derechos humanos es la *restitutio in integrum*,<sup>23</sup> que devuelve las cosas al estado que guardaban antes de la conducta infractora. Sólo ella cancela de manera absoluta esa violación, aunque en todo caso —probablemente— dejará subsistentes ciertas consecuencias que será necesario reparar de otra manera. Sin embargo, no siempre es posible la *restitutio*, y hasta cabría decir que sólo es practicable en pocas ocasiones.<sup>24</sup> De ahí que la Corte Interamericana haya reconocido, obviamente, que existen otras formas de reparar la violación cometida.<sup>25</sup>

22 Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones..., *cit.*, párr. 41.

23 La figura nace en el derecho romano. En un fragmento de Paulo (S. I, 7, paragr. 1) se dice: *Integri restitutio et retigrandae rei vel causae actio*. El lesionado en su derecho podía requerir del pretor la *in integrum restitutio*, que era “la decisión en virtud de la cual el pretor, teniendo por no sucedida la causa del perjuicio, destruya los efectos poniendo las cosas en el estado en que estaban antes”. Petit, Eugène, *Tratado elemental de derecho romano*, trad. de José Ferrández González, México, Ed. Nacional, 1953, p. 692. Tuvo efectos rescisorios. *Cfr.* Morineau Iduarte, Marta, Iglesias González, Román, *Derecho romano*, México, Harla, 1987, p. 66. Ahora bien, “la *restitutio* romana implicaba la eliminación de daños producidos *conforme a Derecho...*; trátase, por tanto, de reaccionar *contra el Derecho*, en defensa de legítimos intereses, y en eso se distingue de la *actio*, que es un medio de protección contra actos antijurídicos simplemente”. Sohm, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano. Historia y sistema*, trad. de Wencesalo Rocés, México, Gráfica Panamericana, 1951, p. 409.

24 Una *restitutio*, en el sentido riguroso de la expresión, supondría suprimir todas las consecuencias de la infracción; sólo así se entenderá que las cosas vuelven al estado que guardaban antes del ilícito. Desde hace tiempo, la Corte ha observado, con razón, que “todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: *causa causae est causa causati*. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lugar y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. —Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable”. Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C, Núm. 15, párr. 48.

25 En la sentencia de reparaciones del Caso Garrido y Baigorria dijo la Corte: “Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la parte lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc.” Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones..., *cit.*, párr. 41.

En su práctica, amparada por la Convención Americana y por la interpretación y aplicación de sus normas, actos que constituyen, a su turno, una fuente del derecho internacional, como antes mencioné (*supra*, nota 8). La Corte Interamericana ha dictado numerosas resoluciones reparatorias.

En ellas, la reparación surge en dos vertientes: la estrictamente patrimonial —o bien, si se prefiere, apreciable o convertible en términos económicos—, y la que no reviste esta naturaleza y se dirige a obtener decisiones o actuaciones públicas de diverso carácter: así, la persecución del delito, la expedición o la supresión de normas, la adopción de medidas no patrimoniales en beneficio de la víctima, etcétera.

En el primer caso se localiza la reparación de daños —materiales y morales— y la compensación de los perjuicios sufridos por la víctima,<sup>26</sup> que son la culminación de un proceso jurídico-causal, en el que se funda la obligación reparadora.<sup>27</sup>

Hasta hoy, la Corte no ha dispuesto reparaciones patrimoniales de naturaleza punitiva;<sup>28</sup> alguna vez las ha rechazado, explícitamente.<sup>29</sup>

26 La Corte Interamericana, siguiendo el rumbo de la jurisprudencia internacional, ha sostenido que el daño material abarca tanto el daño emergente como el lucro cesante, y que la indemnización debe incluir el daño moral sufrido por la víctima; éste es consecuencia del sufrimiento padecido a causa de los hechos violatorios de derechos. *Cfr.* Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones..., *cit.*, párrs. 50 y 52. Se suele aceptar que “el daño emergente viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. Se traduce como el empobrecimiento del contenido económico actual del patrimonio del sujeto”, en tanto que el lucro cesante es la privación o frustración de un enriquecimiento patrimonial. Vázquez Ferreyra, Roberto A., *Responsabilidad por daños (Elementos)*, Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 178. Hay “daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”. Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, Bogotá, Temis, 1986, t. II, p. 117.

27 Proceso en el que no siempre viene al caso el dato subjetivo de la culpabilidad, y mucho menos cuando se trata de exigir responsabilidad internacional al Estado, entidad ajena a la noción de psíquico, que es, a su turno, indispensable para sustentar la idea de culpa, como sucede en el ámbito del derecho penal: si no hay imputabilidad no se puede hablar de culpabilidad. Por ello se ha dicho que la responsabilidad tiene los siguientes presupuestos: antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factores de atribución. *Cfr.* Vázquez Ferreyra, *Responsabilidad por daños...*, *cit.*, p. 111. Este último es el “fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de reparar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde”. *Ibidem*, p. 193. Hay factores subjetivos y objetivos; estos “prescinden de la valoración de la conducta del causante del daño”; en otros términos, no requieren la presencia de dolo o de culpa. *Ibidem*, p. 207.

28 Estos son sumas de dinero que se agregan a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por la víctima, “destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”. Reciben diversas denominaciones: daños ejemplares, agravados, presuntivos, *smart money*. En ocasiones implican cantidades sumamente elevadas: “megaverdictos”. Pizarro, Ramón Daniel, “Daños punitivos”, en Varios autores, *Derecho de daños. Segunda parte*, Buenos Ai-

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al igual que la correspondiente a otras jurisdicciones internacionales o nacionales, de tiempo atrás, ha hecho evolucionar los conceptos de daño reparable, a fin de consolidar el sistema de protección eficaz de los derechos humanos. Esta evolución tiene que ver con el amplio alcance de la dignidad humana, con su acervo de prerrogativas y libertades, y con la forma de preservarla verdaderamente y salir al paso de las consecuencias lesivas de las conductas violatorias de derechos.

A este respecto, conviene subrayar que tales violaciones no sólo entrañan los efectos que regularmente se hallan a la vista de los observadores y los juzgadores —y en ocasiones, de la propia víctima—, sino también otros menos evidentes o perceptibles, pero no por ello menos lesivos e injustos para el individuo afectado. La misma razón poderosa que existe para atender aquéllos, rige para hacer frente a éstos. Tal es la línea evolutiva del régimen de reparaciones.

La jurisprudencia internacional y nacional se ha ocupado en perfilar la llamada pérdida de oportunidades, como motivo y razón de compensaciones específicas.<sup>30</sup> Se trata de la imposibilidad en que quedó una persona, contrariamente a la situación que en su caso era esperada y debida, para alcanzar determinadas ventajas que habrían mejorado su situación. En esta hipótesis se quiere compensar al sujeto por la afectación que sufrió como consecuencia de un acto o una omisión de la autoridad, que le privó de aquella posibilidad —y más precisamente, de la probabilidad— de alcanzar determinados beneficios de carácter patrimonial, y que por eso mismo pudiera figurar bajo el rubro del perjuicio.

res, Ed. La Rocca, 1996, pp. 291 y 292. Propios del common law, no han tenido repercusión en Europa continental y América Latina. Sin embargo, algunos autores consideran que pueden ser útiles “para el desmantelamiento de los efectos de numerosos ilícitos que, por su gravedad, deberían generar mayores consecuencias patrimoniales para el responsable que las que transitan el plano puramente resarcitorio”. *Ibidem*, p. 287. En el sistema penal ordinario, la ausencia de daños punitivos se compensa con la presencia de la sanción patrimonial por antonomasia: la multa; asimismo, con el decomiso.

29 En la sentencia que más recientemente abordó el tema, correspondiente al Caso Garrido y Baigorria, la Corte recordó pronunciamientos en los Casos Velázquez Rodríguez, Godínez Cruz y Fairén Garbí y Solís Corrales; y señaló: “La Corte considera que no existen razones para apartarse de estos precedentes en el presente caso”. Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones..., *cit.*, párr. 44.

30 Sobre el tema, *cfr.* Selvadouray, Jonathan, “Pérdida de oportunidad y derechos humanos”, en Varios autores, *Liber amicorum. Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. II, pp. 1401 y ss.

Con frecuencia, esa pérdida de oportunidades se relaciona con la vulneración de derechos procesales: no emisión de un acto esperado, tardanza injustificada en la emisión, etcétera. La Corte Interamericana no ha tenido ocasión de examinar a fondo este punto, que a su juicio reviste características o condiciones que aún no se han presentado ante su jurisdicción.<sup>31</sup>

Al lado de la pérdida de oportunidades, aunque con un rango moral y jurídico mayor, se halla otro tema descollante: la afectación del proyecto de vida, últimamente considerado por la Corte, como antes manifesté. En este supuesto no nos hallamos ante un simple —aunque relevante— menoscabo patrimonial, asimilable al concepto material de perjuicio. Aquí el quebranto es más profundo y decisivo: se ha alterado el curso de la vida misma, se ha impedido lo que solemos denominar el “despliegue de las potencialidades”, se ha puesto un obstáculo, acaso infranqueable, a la realización del destino personal.

Es verdad que todo esto posee resonancias materiales, más o menos demostrables, pero también lo es que va mucho más allá de éstas y se relaciona con el irrepetible dato de la vida humana, que pudo alcanzar cierto vuelo y no lo podrá obtener, según toda probabilidad, porque lo ha impedido la violación de un derecho por el Estado, es decir, porque en el camino de la vida ha surgido una injusticia cometida precisamente por quien debiera proveer al individuo de condiciones adecuadas para su desenvolvimiento: el Estado mismo. No hay duda sobre la misión de éste como defensor de los derechos fundamentales del ser humano,<sup>32</sup> y por ende, como creador de condiciones que propicien el desarrollo de los individuos bajo su jurisdicción.

Esta cuestión fue ampliamente abordada por la Corte Interamericana, por vez primera, en la sentencia de reparaciones del Caso Loayza Tamaño, tanto en la resolución misma como en el voto coincidente razonado de

31 En la sentencia de reparaciones del Caso Castillo Páez, el tribunal señaló que “la pretensión ...de conceder una reparación integral a partir de la ‘chance cierta’ de mejora en los ingresos futuros de la víctima... debe estimarse a partir de un perjuicio cierto con suficiente fundamento para determinar la probable realización de dicho perjuicio. En las circunstancias del presente caso, no existen pruebas suficientes para asegurar la pérdida de oportunidad en los términos solicitados”. Párr. 74.

32 El artículo 2o. de la Declaración francesa, que conserva su frescura y es el punto de partida de las cartas declarativas, nacionales e internacionales, advirtió que “el fin de toda asociación política (leeremos: del Estado) es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Idéntica fue la intención y similares las palabras de las primeras Constituciones mexicanas: Decreto de Apatzingán de 1814 (artículo 24), y Constitución de 1857 (artículo 1o.).



algunos jueces<sup>33</sup> y un voto discrepante.<sup>34</sup> El planteamiento fue hecho por la propia víctima, la señora María Elena Loayza Tamayo, quien expuso los elementos que, a su juicio, debían tomarse en cuenta para acordar favorablemente la petición.<sup>35</sup> El Estado se opuso, aduciendo que el concepto reparatorio mencionado por aquella se hallaba comprendido en el daño emergente y el lucro cesante.<sup>36</sup>

Al respecto, la Corte Interamericana expuso su propia concepción sobre esta materia, que transcribiré en seguida. Sostuvo, en efecto, que la reparación por daño al proyecto de vida

ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el daño emergente. Por lo que hace al lucro cesante, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.<sup>37</sup> Como se advierte, tampoco hay identidad entre el daño al proyecto de vida y el daño moral, cuyos aspectos anímicos y externos pueden ser el resultado de aquél.<sup>38</sup>

33 Me refiero al *Voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli*, cuyos autores se pronuncian por “reorientar y enriquecer la jurisprudencia internacional en materia de reparaciones con el enfoque y el aporte propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”; por ello es relevante el reconocimiento del daño al proyecto de vida de la víctima, “como un primer paso en esa dirección y propósito”. Párr. 12.

34 El juez Oliver Jackman sostuvo que el proyecto de vida, concepto nuevo en la jurisprudencia de la Corte, “adolece de falta de claridad y fundamento jurídico”. A su juicio, la caracterización que hace la Corte sobre el proyecto de vida permite al tribunal, “sin necesidad de crear un nuevo rubro de reparaciones, evaluar el daño al que se ha hecho referencia y ordenar las medidas pertinentes de acuerdo con el artículo 63 de la Convención Americana...”. Una “vez que se ha cumplido con el estándar de causalidad del daño en un caso dado, el Tribunal está en libertad de tomar una decisión sobre la base de cualquier daño identificable sufrido por el requirente como resultado de las violaciones de los derechos y libertades protegidos por la Convención”. En suma, no estima pertinente introducir un rubro de reparación “inédito y concebido en términos excesivamente amplios (con el que) podría ponerse en grave riesgo —innecesariamente, en mi opinión— la seguridad jurídica que es esencial para el funcionamiento del sistema de protección”.

35 Cfr. Caso Loayza Tamayo, Sentencia..., *cit.*, párr. 144.

36 *Ibidem*, párr. 145.

37 *Ibidem*, párr. 147.

38 La indemnización por daños morales es llamada también *pretium doloris*. Cfr. Tamayo Jaramillo, *De la responsabilidad...*, *cit.*, t. II, p. 139. Esa expresión denuncia el propósito de compensar patrimonialmente la aflicción del sujeto lesionado.



El proyecto de vida —sigue diciendo la sentencia de reparaciones en el Caso Loayza Tamayo— se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.<sup>39</sup>

En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable —no meramente posible— dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen nuevas circunstancias adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su vida y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito.<sup>40</sup>

En tal virtud —agregó finalmente la Corte—, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.<sup>41</sup>

En el caso justiciable, la Corte estimó que efectivamente se había presentado la afectación analizada.<sup>42</sup> Es importante observar que no basta

39 Caso Loayza Tamayo, Sentencia..., *cit.*, párr. 148.

40 *Ibidem*, párr. 149.

41 *Ibidem*, párr. 150.

42 Así, sostuvo: “En el caso de la señora Loayza Tamayo, es evidente que los hechos violatorios de los que fue víctima impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este

cualquier lesión al proyecto de vida para que surja el deber de reparación inscrito bajo este rubro; es preciso que se trate de un daño mayor, con verdadera trascendencia.<sup>43</sup>

Como dije al principio de este artículo, el mero reconocimiento de una violación, e inclusive la admisión de cierto daño y del consecuente derecho genérico a reparación, no son suficientes por sí mismos, salvo cuando se trate de reparar la afectación del honor, del prestigio o de otros bienes e intereses de semejante naturaleza.<sup>44</sup> El efecto natural de aquellos reconocimientos es la fijación de ciertas prestaciones, cuando existe la base para precisarlas. Esto depende de las características del caso y de la evolución de la doctrina y la jurisprudencia, que concurren a sustentar el *dictum* de un tribunal. Por carecer de esos elementos, la Corte Interamericana no tradujo esta vez el daño al proyecto de vida en cierta obligación económica a cargo del Estado.<sup>45</sup>

conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcanzara las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”.

43 Así lo hizo notar el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo en su *Voto parcialmente disidente*: “No toda modificación de las condiciones de existencia merece ser indemnizada. Debe tratarse de cambios de mucha entidad, que trastoken a fondo, por ejemplo, el marco afectivo y espiritual en que se desenvuelve la vida de la familia, o trunquen una evolución profesional que ha consumido grandes esfuerzos y empeños”. Asentó igualmente: “Por otra parte, al estimar la alteración de las aludidas condiciones de existencia y, más en particular, el daño al proyecto personal de vida, deben evitarse ciertos extremos, como creer que la víctima permanecerá atrapada para siempre en la inmovilidad y la desesperanza, o darle aval a una suerte de tragedia eterna. Este aspecto de la cuestión debe ser especialmente tenido en cuenta al momento de fijar, en equidad, el monto de la respectiva indemnización”.

44 Últimamente la Corte recordó que “son muchos los casos en que otros tribunales internacionales han acordado que la sentencia de condena *per se* constituye una indemnización suficiente del daño moral, tal como se desprende, por ejemplo, de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos”. Caso Castillo Páez, Reparaciones..., *cit.*, párr. 84. En la resolución reparatoria del Caso Loayza Tamayo, la Corte señaló a propósito de la solicitud de disculpas y de medidas publicitarias formuladas por la víctima, “que la sentencia de fondo que se dictó en el presente caso y en la que se decide que el Perú es responsable de la violación de derechos humanos, y la presente sentencia, constituyen *per se* una adecuada reparación”. Caso Loayza Tamayo, Reparaciones..., *cit.*, párr. 158.

45 Al respecto, el tribunal indicó: “La Corte reconoce la existencia de un grave daño al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo, derivado de la violación de sus derechos humanos. Sin embargo, la evolución actual de la jurisprudencia no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el tribunal se abstiene de cuantificarlo. Advierte, no obstante, que el acceso mismo de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la sentencia correspondiente implican un principio de satisfacción en este orden de consideraciones. —La condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia acerca de los daños materiales y morales contribuye a compensar a la víctima, en cierta medida, por las afectaciones sufridas a causa de los hechos violatorios, aunque difícilmente podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de

### III. AMNISTÍA

El derecho penal y el derecho procesal penal reconocen la existencia de factores que extinguen la potestad punitiva del Estado, en su doble proyección: de una parte, la pretensión<sup>46</sup> —erróneamente se habla, en esta hipótesis, de extinción de la acción penal—, y de la otra, la sanción,<sup>47</sup> o bien, la ejecución; pero mejor dicho, la facultad de ejecutar una sanción.<sup>48</sup>

Estas causas de decadencia de la persecución penal, que traban el *jus puniendi* estatal, obedecen a diversas razones: unas, ligadas a la irresponsabilidad penal del sujeto, que no debe verse perseguido o sancionado, como son la inocencia o el perdón del legitimado, en casos de delito perseguible a instancia de parte; otras, a la imposibilidad de llevar adelante la persecución, como es la muerte del inculpado, por encima de antiguas formas, ya desechadas, de ejecución sobre cadáveres; otra, a la conveniencia de restablecer condiciones de “paz jurídica”, en aras de la seguridad y no obstante las exigencias de la justicia, como la prescripción; algunas más, por consideraciones de naturaleza política, atentas a la conveniencia de reducir o no extremar las luchas civiles y abrir la puerta a soluciones razonables, como ocurre, sobre todo, en las hipótesis de amnistía e indulto.

La amnistía es ampliamente conocida en la historia civil de México y de muchos otros países. Hay expresiones numerosas de ella, que ha seguido el desarrollo de nuestra República desde sus primeras etapas<sup>49</sup> y a todo

las que se vio injustamente privada”. En su voto discrepante, el juez De Roux Rengifo, quien estimó pertinente hacer condena patrimonial y señaló el monto que, a su juicio, debía cubrir el Estado por el delito causado al proyecto de vida de la víctima.

46 Cfr. mi *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 223.

47 En este sentido se ha pronunciado el Código Penal mexicano, federal y para el Distrito Federal, en varios preceptos del Título Quinto del Libro Primero, bajo el rubro de “Extinción de la responsabilidad penal”. El Código Penal chileno determina que la responsabilidad penal se extingue: “Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos” (artículos 93, 3o.); igualmente: “Por indulto” (4o.).

48 El Título Sexto del Libro Primero del citado Código Penal para el Estado de Morelos, en México, se denomina: “Extinción de la pretensión punitiva y de la potestad ejecutiva”. El artículo 98 del correspondiente a Guerrero se refiere genéricamente a la extinción de la potestad punitiva. El Título Quinto del Libro Primero del ordenamiento equivalente para el Estado de Tabasco lleva la denominación de “Extinción de la potestad punitiva”.

49 Entre las primeras disposiciones de amnistía en México figura la circular del Ministerio de Gracia y Justicia del 9 de marzo de 1820, cuando fue suprimido el Tribunal de la Inquisición. Luego, la libertad de presos por delitos de opinión, ordenada por el Congreso el 15 de marzo de 1822. Cfr. García Ramírez, *Derecho penal*, México, MacGraw Hill-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas (hay otras tres ediciones, anteriormente, del Instituto), 1998, p. 120. Textos en Barragán Barra-DR © 2000.

lo largo de las numerosas contiendas internas que han alterado —o caracterizado— la vida de México. En los últimos años se han expedido leyes de amnistía federales y locales, entre ellas las destinadas a resolver la lucha armada en Chiapas.<sup>50</sup> Esta experiencia nacional es ampliamente compartida en otros países. En algunos casos se ha legislado para reforzar las condiciones de aprobación de una amnistía, que requiere mayoría calificada en el cuerpo legislativo. Así sucede, por ejemplo, en Chile.<sup>51</sup>

La sucesión de conflictos civiles ha determinado el empleo frecuente de disposiciones de amnistía —el “olvido”, por razones políticas atendibles—, cuyo efecto jurídico es, como se sabe, impedir la persecución de los delitos por los que aún no se ha dictado condena y la ejecución de penas y medidas —con algunas salvedades—<sup>52</sup> en los casos en que ya hubo sentencia condenatoria.

La amnistía contempla determinados ilícitos, en una parte del país —o en su totalidad—, cometidos en circunstancias o a propósito de movi-

gán, José (*Introducción y recopilación*), *Legislación mexicana sobre presos, cárceles y sistemas penitenciarios (1790-1930)*, México, Secretaría de Gobernación-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1976.

50 Me refiero a la denominada “Ley para el diálogo, la conciliación y la paz digna en Chiapas”, promulgada el 10 de marzo de 1995 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 11 del mismo mes. Hay un ordenamiento correspondiente de aplicación local. Al elaborarse este trabajo (marzo de 1999) se hallaba en curso el proceso legislativo de otro ordenamiento de amnistía (federal), promovida por el Ejecutivo del estado de Chiapas, de la que habría de conocer el Congreso de la Unión, mediante iniciativa de la Legislatura de aquel estado.

51 La Constitución chilena resuelve que “las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán siempre de *quorum* calificado”; éste “será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9o.” (texto del artículo 60, núm. 16, según reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial* del 1 de abril de 1991). Dicho artículo 9o. se refiere al terrorismo, y tras la reforma mencionada previene que respecto de éste no procederá el indulto particular, “salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo” (inciso tercero). Antes se decía que no procederían ni el indulto ni la amnistía respecto del terrorismo.

52 Así, el decomiso y la destrucción de objetos de fabricación o posesión ilícitas y la reparación de los daños y perjuicios privados. En efecto, no tendría por qué permitirse, en virtud del perdón o el olvido políticos, que el infractor retuviera objetos cuya tenencia es delictuosa: sería tanto como facultarle para mantener viva la consumación del delito, como es característico de los delitos permanentes, entre los que figuran el acopio y la tenencia de estos objetos. Tampoco sería razonable que ese perdón u olvido trajesen como consecuencia el empobrecimiento de un tercero inocente, que ocurriría si el indulto o la amnistía suprimieran la posibilidad de exigir el resarcimiento. El artículo 92 del Código Penal Federal y distrital, de México, sólo exceptúa la reparación del daño; empero, sería absurdo suponer que la autoridad devolverá al inculpado objetos de uso prohibido. En cambio, existe expresa salvedad sobre los objetos prohibidos y la reparación del daño en los códigos de Morelos (artículos 83 y 88, que aluden a “bienes de uso prohibido, instrumentos, objeto y producto del delito”) y Tabasco (artículos 85 y 94, que mencionan “instrumentos, objetos y productos del delito”).

mientos acotados, a lo largo de cierto periodo. Hay, pues, señalamientos objetivos, subjetivos y temporales a los que se ciñe el olvido penal. La inmediata consecuencia de la amnistía es que no se lleven adelante la investigación y el enjuiciamiento de los delitos abarcados por aquélla. Esto cierra el paso a la justicia, en bien de la reconciliación. La amnistía que podríamos llamar clásica se dirige a los participantes en movimientos armados contra el Estado, grupos insurgentes, rebeldes, revolucionarios, subversivos, que enfrentan a las fuerzas públicas e incurrir, con ese motivo, en diversas conductas formalmente delictuosas. Obviamente, es posible que la amnistía, conducente a una reconciliación, abarque, sin distinción de bandos, a todos los activistas cuya reinserción en la vida pacífica se quiere favorecer.

Una vez expuesto lo anterior, procede observar la posible contradicción en que entra la amnistía con determinadas obligaciones derivadas del derecho interamericano. En efecto, es deber de los Estados adoptar todas las medidas conducentes a la protección de los derechos humanos en sus respectivas jurisdicciones y suprimir los obstáculos que se opongan a este fin.<sup>53</sup> Asimismo, conviene advertir que entre las medidas de reparación disponibles a partir de la violación de derechos figura con gran frecuencia la investigación, procesamiento y condena de los sujetos penalmente responsables de los hechos violatorios.<sup>54</sup>

La Corte Interamericana conoce solamente de responsabilidades internacionales de los Estados, no así de las responsabilidades penales individuales en que hubiesen incurrido —al violar disposiciones del Pacto de San José— los agentes del Estado y otras personas por cuya conducta debe responder, internacionalmente, el mismo Estado. Este asunto queda sujeto a la competencia local, que debe desplegarse necesariamente como respuesta a una obligación de orden internacional determinada en la sentencia de la Corte. En otras palabras, el Estado tiene la obligación —de

53 El fundamental artículo 1o. de la Convención Americana obliga a los Estados Parte a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, sin discriminación alguna; y el artículo 2o., bajo el epígrafe “Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno”, señala que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

54 Que se ubican bajo el concepto del “Deber de actuar en el ámbito interno”, sustentado en los artículos 1.1, 2o. y 25 de la Convención. *Cfr.*, por ejemplo, Caso Loayza Tamayo, Reparaciones..., *cit.*, párrs. 165-171.

fuerza internacional— de perseguir a los infractores individuales. Este asunto pone sobre la mesa el debate en torno a la justicia penal internacional, exigida por el principio de represión mundial de la delincuencia, particularmente la más grave e insoportable: la asociada con la violación de derechos humanos, en sus más severas expresiones, esto es, los denominados crímenes de lesa humanidad.<sup>55</sup>

Así las cosas, ¿qué pasa cuando un Estado ha dictado una ley de amnistía que pone a cubierto de persecución penal a los autores o probables autores de violaciones de derechos humanos, que constituyen, al mismo tiempo, conductas tipificadas por la legislación penal? Por una parte tenemos la obligación estatal de perseguir a los responsables individuales de la violación, así como el deber de no crear obstáculos para la observancia de los derechos humanos y la punición de quienes los violenten. Por la otra, nos hallamos ante una disposición interior, motivada por el propósito de evitar el agravamiento de conflictos domésticos, que impide dicha persecución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el problema en las sentencias sobre reparaciones correspondientes a los Casos Loayza Tamayo y Castillo Páez, que he venido citando. En ambas resolvió que el Estado tiene la obligación, pese a las disposiciones de amnistía,<sup>56</sup> de pro-

55 En el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado por la “Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional” (Roma, 15 de junio a 17 de julio de 1998) y suscrito el 20 de julio de ese año, se establece la relación de delitos cuyo conocimiento quedará bajo la competencia del nuevo tribunal: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión (artículo 5.1). Evidentemente, el genocidio es, en esencia, un delito de “lesa humanidad”, si se toman en cuenta su naturaleza y el bien jurídico tutelado por el tipo penal correspondiente. Empero, el Estatuto recoge bajo ese último concepto una serie de actos enunciados específicamente, “cuando se cometa(n) como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, como son: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia, desaparición forzada de personas, *apartheid*, etcétera, así como “otros actos inhumanos de carácter similar que cause intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (artículo 7o.).

56 En la especie, se trataba de disposiciones de amnistía dictadas por el Estado peruano. En primer término, la Ley Núm. 26,479, del 14 de junio de 1995, que concedió amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos, esto es, a quien “se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los Fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupos desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley” (artículo 1o.). El artículo 6o. señala que “los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente” (artículo 6o.).

ceder a la investigación y persecución de los responsables de las violaciones examinadas y constatadas por ese tribunal,<sup>57</sup> habida cuenta de que ese deber quedó establecido en la sentencia de fondo sobre el mismo caso.<sup>58</sup> En un contexto diverso, la Corte se había pronunciado en sentido semejante al resolver sobre las reparaciones correspondientes al Caso Garrido Baigorria. En esta hipótesis el obstáculo no provenía de una norma de amnistía, sino de resoluciones de otro carácter y omisiones o deficiencias en la investigación de los hechos.<sup>59</sup>

En la sentencia de reparaciones que ahora invoco, la Corte recordó las decisiones adoptadas en la resolución de fondo. Al respecto, hizo ver que el deber del Estado persiste a pesar de las dificultades de orden interno que pudieran salir al paso, y destacó que “entre (esas) dificultades del orden interno (que) impid(en) identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza”, se encuentra la Ley de Amnistía expedida por el Perú (Ley 26,479), “debido a que obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.<sup>60</sup>

te”. Posteriormente se expidió la Ley Núm. 26,492, del 28 de junio de 1995, cuyo artículo 1o. señaló que aquella amnistía “no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, reconocido por el artículo 44o. de la Constitución Política y, entre otros tratados sobre la materia, el numeral 1o. del artículo 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. El artículo 3o. determinó que para los efectos de la amnistía no interesa que el personal comprendido por ella “se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente...”. Una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, del 28 de abril de 1997, dictada en el Exp. 013-96-I/TC, declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad de diversos artículos de las leyes citadas, que plantearon treinta y cinco congresistas. *Cfr. El Peruano*, del 9 de mayo de 1997.

<sup>57</sup> *Cfr.* Caso Castillo Páez, Reparaciones..., *cit.*, párr. 107, y Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, *cit.*, párr. 170.

<sup>58</sup> En la sentencia de fondo dictada en el Caso Castillo Páez, que se invoca en esta resolución de reparaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el Estado peruano “está obligado a investigar los hechos que... produjeron” las violaciones, y que el derecho de los familiares a conocer el destino de la víctima y a saber dónde se encuentran sus restos subsiste “inclusivo en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza”. Asimismo, la Corte sostuvo entonces que “a ese deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas”. La sentencia señaló igualmente: “Tales obligaciones a cargo del Perú se mantendrán hasta su total cumplimiento”. Caso Castillo Páez, Sentencia del 3 de noviembre de 1997, párr. 90.

<sup>59</sup> *Cfr.* Caso Garrido Baigorria, Reparaciones..., *cit.*, párrs. 68-74.

<sup>60</sup> Párr. 125.

En la misma resolución de reparaciones, tras haber examinado la aplicabilidad, en este punto, de los artículos 1.1, 8.1 y 25 de la Convención, la Corte reiteró que “el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad”, definida en otra oportunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”, situación que debe ser combatida por el Estado con todos los medios legales disponibles.<sup>61</sup>

Con motivo de la sentencia de reparaciones en el Caso Castillo Páez, elaboré un voto concurrente particular que citaré extensamente aquí, y cuyo contenido reiteré, por remisión expresa, en mi voto asimismo concurrente a la sentencia de reparaciones del Caso Loayza Tamayo. Compartí la decisión unánime de la Corte y creí útil analizar el tema con mayor detalle, para establecer —bajo mi concepto— los motivos y alcances de aquel pronunciamiento jurisdiccional. También hubo opinión concurrente de otros jueces.<sup>62</sup>

En la especie, mi punto de vista se sustentó en la existencia de una obligación general de investigar los hechos violatorios de derechos humanos y sancionar a los responsables de ellos, prevista por la Convención Americana, que también establece el deber del Estado de no dictar normas o adoptar medidas que pudieran contravenir los términos del propio tratado internacional, suscrito y ratificado por el Estado en ejercicio de su soberanía. Al hacer esto, el Estado se obligó a observar las disposiciones del pacto internacional, como lo han hecho los restantes Estados Parte en la Convención.

La Corte se ha pronunciado anteriormente, en el ejercicio de sus atribuciones consultivas, sobre ordenamientos que pudieran entrar en conflicto con las disposiciones de la Convención, tomando en cuenta que es deber de los Estados Parte, conforme a los artículos 1o. y 2o. de aquélla, respetar los derechos y libertades contenidos en ese instrumento interna-

61 Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 8 de marzo de 1998, Serie C, Núm. 37, párr. 133.

62 Me refiero al *Voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Buirelli*, cit. *supra*, a propósito de la sentencia de reparaciones en el Caso Loayza Tamayo, que abarcó el daño al proyecto de vida, ampliamente, y el problema que suscitan las disposiciones de amnistía a las que estoy aludiendo. En ese voto, se destaca que la doctrina contemporánea ha “establecido la relación entre el derecho a la reparación, el derecho a la verdad y el derecho a la justicia (que comienza por el acceso a la justicia). La realización de estos derechos se ve obstaculizada por medidas de derecho interno, tales como las llamadas autoamnistías atinentes a violaciones de los derechos humanos, que conducen a una situación de impunidad”. Párr. 2.



cional, garantizar su libre y pleno ejercicio y adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Asimismo, es deber de dichos Estados abstenerse de adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención.<sup>63</sup> Estas consideraciones se refieren, desde luego, al ámbito del derecho internacional, no a los efectos de la norma local en el orden interno del Estado interesado.<sup>64</sup>

Obviamente, la decisión de la Corte no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras. Por el contrario, es plausible que se lleve adelante un esfuerzo de tal género, encauzado por los principios aplicables del derecho internacional y nacional, alentado por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas.

En la reciente doctrina sobre los derechos humanos ha sido ampliamente examinado el tema de la amnistía, que por su propio carácter implica la impunidad de conductas realizadas antes de la expedición de las normas que la consagran. Los estudiosos de la materia, que cada día suscita mayor interés, tratan de armonizar las exigencias de la paz y la reconciliación con el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, particularmente cuando se han cometido violaciones de extraordinaria gravedad —es decir, delitos de lesa humanidad, como genocidio, ejecución extrajudicial, tortura o desaparición forzada— amparadas en supuestas necesidades de lucha contra la subversión.

La amnistía implica el olvido y el silencio en relación con hechos que tienen, en principio, naturaleza delictiva, pero se considera que aquéllos no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad.

Por ello —sostienen varios autores— conviene que la impunidad que trae consigo las normas sobre amnistía se limite en la mayor medida posi-

63 Cfr. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A, Núm. 13, párr. 26; y Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1o. y 2o. Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, Núm. 14, párrs. 32, 33, 50 y 58.1.

64 Cfr. OC-14/94, *cit.*, párr. 34.

ble, a efecto de que alcancen los objetivos que legítimamente pretenden, sin que ello menoscabe o soslaye el respeto a los derechos humanos, cuya violación no puede considerarse como un recurso legítimo en las contiendas internas. Las leyes de amnistía se hallan en el cruce, tan complejo y delicado, entre la lucha contra la impunidad y el propósito de promover la reconciliación nacional.<sup>65</sup> En recientes estudios sobre la materia se sostiene que el derecho internacional reprueba la exoneración penal con respecto a graves violaciones a los derechos humanos.<sup>66</sup>

En la “Declaración y Programa de Acción de Viena”, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de julio de 1993, se hizo notar que dicha Conferencia veía “con preocupación la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos”, y por ello alentó los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías “por examinar todos los aspectos de la cuestión”,<sup>67</sup> entre los que figura el análisis de las diversas modalidades o categorías que es posible establecer en el conjunto de las leyes sobre amnistía expedidas en años recientes.

Contribuye al esclarecimiento de este tema el deslinde que es posible y necesario hacer entre las leyes de amnistía, tomando en cuenta para ello diversos factores relevantes: circunstancias en que se dictan, forma de adoptarlas y eficacia que revisten. En este sentido, cabe distinguir entre las llamadas “autoamnistías”, expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados. Las normas de la primera categoría han sido severamente cuestionadas.<sup>68</sup> Se destaca que no pueden beneficiar a sus destinatarios

65 Cfr. *Progress Report on the Question of the Impunity of Perpetrators of Human Rights Violations, Prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet, Pursuant to Sub-Commission Resolution 1992/23. E/CN.4/Sub.2/1993/6*, párr. 1.

66 Cfr. Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, trad. de Marcela Anzola Gil, Medellín, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 1997, p. 284.

67 Declaración y programa de acción de Viena. A/CONF:157/23, párr. 91.

68 Cfr., por ejemplo, Norris, Robert E., “Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas. Una respuesta legal, *Revista IIDH* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), núm. 15, enero-junio de 1992, esp. pp. 109 y ss.

mientras el Estado no satisfaga el deber de sancionar a los violadores de derechos humanos.<sup>69</sup>

Esa regla no constituye “un obstáculo a la reconciliación nacional”, sino se propone “encauzar las consecuencias de ciertas políticas de reconciliación a fin de que, después de la primera etapa, más bien de ‘conciliaciones’ que de ‘reconciliación’, se puedan sentar los cimientos de una ‘reconciliación fuerte y duradera’”.<sup>70</sup>

Una reflexión notable sobre esta materia, que estimo útil mencionar ahora, se halla en la comunicación oficial 917-719 enviada por el entonces presidente de la República de Chile, señor Patricio Aylwin, al presidente de la Corte Suprema de ese país, el 4 de marzo de 1991, en la que se aborda la materia que aquí interesa. Sobre el particular, el presidente Aylwin señaló:

Convencido de la importancia que para la comunidad nacional tiene el que se haga justicia en estos casos (se refiere a graves violaciones de los derechos humanos), cumpliendo cada Poder del Estado las funciones propias de su competencia —que soy el primero en respetar— no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excmo. Tribunal que, en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no debe ni puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas.

Prosigue la carta:

Creo necesario al efecto recordar que el actual artículo 5o. de la Constitución Política (de Chile) establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así

69 En los principios propuestos en el anexo al *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, que preparó el señor. Louis Joinet, por encargo de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se advierte lo siguiente: “Incluso cuando tengan por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán” dentro de ciertos límites, y entre éstos figura: “a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones” que tiene en el sentido de “investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas...”. E/CN/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II, principios 18 y 25.

70 *Ibidem*, párr. 49.

como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Entre éstos está el derecho a la justicia.

Mi voto concurrente a la sentencia de reparaciones en el Caso Castillo Paéz concluye con la afirmación de que el pronunciamiento de la Corte en el presente caso no pugna con los esfuerzos que se hagan para favorecer la paz interna y la reconciliación entre sectores de la comunidad nacional, aun cuando desde luego toma en cuenta las características que el derecho internacional, la jurisprudencia y la doctrina recientes consideran indispensables para que ese propósito se obtenga en forma compatible con el respeto a los derechos humanos, causa común de los Estados Parte en la Convención Americana.

## ADMISIÓN DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EL CASO DE MÉXICO\*

SUMARIO: I. *Una circunstancia propicia.* II. *El estado de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.* III. *Una convicción político-jurídica.* IV. *Culminación de un sistema de protección de los derechos humanos.* V. *El dilema de México.* VI. *La evolución de las jurisdicciones internacionales.* VII. *Expectativas, posibilidades, limitaciones.*

### I. UNA CIRCUNSTANCIA PROPICIA

En 1998 celebramos diversos aniversarios importantes para la causa de los derechos humanos. Otros aguardan en 1999. Veamos. En primer término, hay que destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de Naciones Unidas, adoptada en 1948, frescos todavía los graves acontecimientos de la Segunda Guerra. En ese marco de consternación y esperanza, que se ponderó en la propia Carta de las Naciones Unidas, esta organización expidió la solemne Declaración que desde entonces ha iluminado las tareas en favor de los derechos humanos en el mundo entero. El notable texto se asocia a la memoria de su autor principal, el jurista francés René Cassin.

En un tiempo se consideró que la Declaración Universal sólo poseía eficacia indicativa, con fuerza moral y política, sin carácter vinculante. Ha cambiado esta apreciación. En todo caso, de aquel documento derivarían sendos tratados multilaterales en los que se refleja la evolución histó-

\* Conferencia: “La incorporación de México al sistema de competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso de México”, en el Seminario Internacional “Quincuagésimo aniversario de documentos internacionales sobre los derechos humanos”, organizado por el Senado de la República, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. La intervención se llevó a cabo el 3 de diciembre de 1998 y se publicará en la memoria del seminario. Una versión ampliada y detallada de este tema, que toma como base el presente trabajo, será editada como publicación especial por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1999.

rica de los derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos ratificados por México.

Sin embargo, la Declaración Universal no fue el primer instrumento de su género. La prioridad corresponde a nuestro continente, por medio de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que une en un solo texto —aunque con diverso acento— esos dos conceptos cruciales del orden jurídico y de la vida social: derechos y deberes. La Declaración Americana, generada en el seno de la Organización de los Estados Americanos, fue expedida pocos meses antes de la Universal, también en 1948. Igualmente celebramos, pues, el quincuagésimo aniversario de ese documento.

Al igual que en el caso de la Declaración Universal, la Americana fue inicialmente vista como un documento sin poder vinculante para los Estados. Al paso de los años y bajo una atenta reflexión favorable a la tutela del ser humano, cambió esa percepción. Agréguese, finalmente, que de la Declaración regional provendría la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José —en homenaje a la ciudad en que fue aprobada y suscrita—, del 22 de noviembre de 1969. Nuestro país también ha ratificado este instrumento, pieza capital del sistema protector de los derechos humanos en América.

Dije que en 1999 celebraríamos otros aniversarios, cuyo conjunto establece la gran circunstancia propicia para nuevos desarrollos favorables a los derechos humanos. En este orden me refiero tanto a la citada Convención Americana, de 1969, cuyo trigésimo aniversario festejaremos, como a la instalación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en San José, Costa Rica, que ocurrió en 1979 y de la que celebraremos, por lo tanto, el vigésimo aniversario.

## II. EL ESTADO DE LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERAMERICANA

La Convención Americana confiere a la Corte Interamericana una doble competencia, como ha sucedido en el caso de otros órganos de la jurisdicción internacional. Por un lado, la Corte puede atender consultas de los Estados miembros de la OEA, así como de diversos órganos de ésta —señaladamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos—, que desahoga a través de opiniones consultivas, dotadas de gran fuerza

moral, pero carentes de eficacia imperativa en relación con el consultante y con otros Estados u órganos internacionales.

Por otro lado, el tribunal puede conocer de asuntos contenciosos, esto es, litigiosos, que le planteen, mediante demanda, los Estados Parte en la Convención o la Comisión Interamericana. Se trata, en la especie, de causas abiertas a propósito de presuntas violaciones a derechos humanos reconocidos por la Convención Americana. Para que opere la competencia contenciosa de la CorteIDH es preciso que sea previamente aceptada por el Estado Parte en la Convención, a través de una declaración general o especial.

A la fecha, los Estados americanos presentan diversas situaciones en lo que concierne a la Convención Americana y a la competencia contenciosa de la Corte, que es el tema que ahora nos interesa. Todos los Estados son miembros del sistema regional que se concreta en la Organización de los Estados Americanos, gobernada por su carta fundatoria. Empero, no todos han suscrito o ratificado la Convención Americana, y por ello los hay que se encuentran al margen de sus disposiciones (sin perjuicio de la aplicación que pudiera tener aquí el principio del *ius cogens*). Tales son los significativos casos de Estados Unidos de América y Canadá. Otros Estados han suscrito la Convención, pero no reconocido la competencia contenciosa de la Corte, como sucedía con Brasil y México y ocurre con República Dominicana y varios de la región caribeña. Uno más —Trinidad y Tobago— ha denunciado la Convención Americana, lo cual se traduce en egreso del régimen de la CorteIDH, aunque no del correspondiente a la Comisión Interamericana.

Por diversas razones —soberanía e igualdad de situación con respecto a Estados Unidos de América—, México se abstuvo de admitir la competencia contenciosa de la Corte. Últimamente varió el punto de vista de nuestro país, que resolvió incorporarse al régimen contencioso interamericano. Para ello, el Ejecutivo Federal planteó el punto ante el Senado de la República, que resolvió favorablemente el 1 de diciembre de 1998, con la declaración —acostumbrada— de que la Corte sólo podría conocer de violaciones posteriores a la fecha de ingreso de México al régimen contencioso, y con una sola reserva: la relativa a los actos derivados de la aplicación del artículo 33 constitucional (expulsión de extranjeros por acuerdo del Ejecutivo, sin juicio previo).\*

\* El 8 de diciembre de 1998 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la “Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Es importante y estimulante destacar que el mismo día en que el Senado mexicano adoptaba tan relevante determinación, hacía lo propio la Cámara de Senadores de Brasil. En tal virtud —y una vez cumplidos los restantes actos de derecho internacional conducentes al perfeccionamiento del proceso—, de una vez se habrán agregado al sistema que ahora examinamos los dos países más poblados de América Latina, que concentran, sumados, la gran mayoría de la población de este subcontinente. De hecho, la Corte Interamericana ha adquirido, por ahora, el perfil de un tribunal “latinoamericano” de derechos humanos, que se acentuará cuando República Dominicana se incorpore a esta decisión de sus naciones hermanas.

### III. UNA CONVICCIÓN POLÍTICO-JURÍDICA

Es natural que existan diversas opiniones acerca de la pertinencia y conveniencia de la determinación adoptada por México. No se trata de una resolución sencilla o intrascendente. Todo lo contrario. En mi concepto —que no expreso como juez de la Corte, sino como jurista mexicano, desde hace tiempo vinculado a la tutela de los derechos humanos—, tal resolución es acertada y oportuna. Traduce fielmente una convicción político-jurídica y constituye la culminación, por ahora, del sistema de protección de los derechos humanos, con su doble vertiente contemporánea: nacional e internacional.

Por lo que toca a la convicción político-jurídica, cabe decir que está cifrada en el reconocimiento de los derechos humanos a título de resolución política fundamental de la nación mexicana. Un clásico del derecho constitucional ha señalado que la ley fundamental de un país aloja las decisiones políticas fundamentales. Considero que a la cabeza de ellas se localiza el sistema de los derechos individuales —con su complemento social moderno—, en el que encarna el reconocimiento de la suprema dignidad del hombre y la definición de los quehaceres del Estado: tanto en sentido restrictivo o negativo, como en sentido activo o positivo.

Este punto de vista enlaza con el apremiante texto del artículo 2o. de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, una fórmula valiosa que mantiene intactas su lucidez y su vigencia. Ese precepto hizo ver que “el fin de toda asociación política (digamos hoy: del Estado) es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...”. Ciertamente esta noción llegó a las playas mexicanas



y adquirió carta de naturalización. Fue recibida por nuestro primer documento constitucional, la Carta de Apatzingán de 1814, y por la Constitución de 1857. La misma idea —así se trate de derechos concedidos, no reconocidos— late en la Constitución de 1917. En todo caso, el principio de los derechos públicos subjetivos, escudo del ser humano y compromiso del Estado, es la decisión política fundamental más relevante y profunda —de carácter primordial— asumida por la ley suprema de México.

Al traducir su convicción político-jurídica en la admisión de la competencia contenciosa de la CorteIDH, nuestro país mantiene y pone de relieve, nuevamente, una inteligente tradición constitucional. En efecto, México fue receptor oportuno —en el siglo XIX, a través de diversos ordenamientos históricos— de los derechos humanos de la primera generación, que hoy son tenidos como la porción nuclear, irreductible, de las prerrogativas del individuo. Además, México fue precursor eficaz de los derechos de segunda generación, con los que se abre la era del constitucionalismo social, iniciada deliberadamente por el Congreso Constituyente de Querétaro, heterodoxo e innovador. Este signo social sigue siendo, a mi modo de ver, el rasgo característico del constitucionalismo mexicano. Significa una de las áreas de mayor dinamismo para la reforma constitucional, junto con otro tema descollante: la asunción y la distribución del poder.

En la misma línea interesante, México ha concurrido al advenimiento de los derechos de tercera generación, a través de iniciativas útiles en materias que atañen a ese conjunto: paz, salud, ambiente, etcétera. Nuestro país también es testigo —y ojalá que diligente protagonista— de una nueva emergencia: los derechos de la cuarta generación, inherentes a la conservación de la vida humana, sobre los que trabaja con esmero la bioética.

#### IV. CULMINACIÓN DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Dije que la admisión por México de la competencia contenciosa de la CorteIDH implica la culminación, por ahora, de un amplio sistema tutelar de los derechos humanos. Obviamente, procede la reserva: “por ahora”. Pudiera haber otros desenvolvimientos en un futuro cercano, aunque lo probable es que sean aplicaciones específicas, modalidades más puntuales, de los medios que hasta la fecha existen.

En el examen de este tema, conviene regresar un momento a la Declaración francesa. Esta misma señaló que carece de Constitución un país donde no hay separación de los poderes y garantía de los derechos. Este último punto reviste suma importancia. Se trata de algo más que una garantía declarativa y general, como ya lo es la propia Declaración, con toda su fuerza política. Cuando todo es garantía —escribió Sánchez Viamonte— nada es garantía. Quizá esta afirmación peca de extremosa, porque en rigor la garantía suprema de los derechos proviene del conjunto de la vida social y política, que es el cimiento para la cultura de los derechos humanos. Empero, es verdad que se necesita contar con garantías específicas, de las que cualquier persona pueda echar mano para proteger o restablecer sus derechos.

Nuestro país ha construido un frondoso conjunto de medios protectores de los derechos humanos. Mencionaré aquí los más relevantes, en la inteligencia de que aludo a instrumentos tutelares o defensivos en sentido lato, que congrega tanto los de carácter jurisdiccional como los de naturaleza no jurisdiccional, e incluso los de índole política que constituyen, en cierto modo, la armadura que preserva a los restantes.

El instrumento jurisdiccional clásico, en este orden de cosas, es el juicio de amparo. Con razón advierte Fix-Zamudio que el amparo mexicano abarca diversas instituciones, independientes en otros sistemas jurídicos, que van desde el control de constitucionalidad de leyes hasta el proceso social agrario. Queda pendiente, a mi juicio, la deseable evolución del amparo que permitiría revisar el alcance de la sentencia, que hoy día sólo posee efectos relativos. Este alcance corresponde a la llamada fórmula de Otero, que en su momento evitó confrontaciones peligrosas entre los poderes de la Unión, que acaso habrían mellado al juicio de amparo.

Últimamente —esto es, a partir de una apresurada reforma constitucional, que data de 1994— se han abierto otras vías de tutela indirecta de los derechos humanos, también por vía jurisdiccional, ante la Suprema Corte de Justicia. Me refiero a las controversias constitucionales (que preexistían, limitadamente, a la reforma de 1994) y a las acciones de inconstitucionalidad. No es éste el lugar para examinar los aciertos y desaciertos de ambas figuras, a las que me he referido en mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público* (2a. ed., México, Porrúa, 1998).

También interesa mencionar ahora el contencioso administrativo. Es verdad que la controversia que en estos casos surge entre el Estado —o bien, la administración pública— y el ciudadano no versa sobre derechos

humanos, en sentido riguroso, pero también lo es que a trasluz de cualquier litigio de este carácter se agita el encuentro entre el poder público y el individuo, escenario donde florecen o se agotan los derechos fundamentales de éste. En la misma relación vale citar el régimen de responsabilidades de los servidores públicos. Es causa de juicio político, por ejemplo, la violación de las garantías individuales.

Entre los remedios no jurisdiccionales que conviene traer a colación en este momento, aparece el desempeño del Ministerio Público en su múltiple proyección: en un extremo, el papel que le incumbe como parte *sui generis* en el juicio de amparo, abogado de la juridicidad característica del Estado de derecho; en el otro, la tarea que pudo asumir —y dejó de lado— a título de *ombudsman* conforme a las ideas depositadas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 1983, que pocos autores han reconocido y analizado.

Hoy día, la expresión más relevante de la tutela no jurisdiccional de los derechos humanos se halla en las comisiones nacional y estatales de esa denominación. La Comisión Nacional apareció en 1991, a raíz de la crisis en que se hundió este tema por la actuación desorbitada e ilegítima de funcionarios de la procuración de justicia, sobre todo en el orden federal. Actualmente, este sistema tutelar no jurisdiccional se afirma en el apartado B del artículo 102 constitucional. Añadiré al catálogo la facultad que posee la Suprema Corte de Justicia para designar comisiones que investiguen casos de violación de derechos humanos (artículo 97 constitucional). Se trata de un procedimiento escasamente abordado y estudiado, cuya culminación —el informe de los comisionados— todavía no tiene un efecto jurídico unánimemente reconocido. La materia ha sido poco explorada. De ella se ha ocupado, en años recientes, el doctor Juventino V. Castro.

Es indispensable agregar, de manera destacada, esos otros métodos o instrumentos que concurren, directa o indirectamente, a la custodia y vigencia de los derechos humanos, revestidos de eficacia social y política. Tales son los casos, que me limitaré a enunciar, de las comisiones investigadoras del Congreso sobre el Ejecutivo (una porción del régimen de controles que florece en el trato actual entre esos poderes del Estado), cuyo desarrollo en México es apenas embrionario; las actividades e iniciativas, cada vez más intensas, de las organizaciones no gubernamentales, que en un buen número aplican sus esfuerzos precisamente al campo de los derechos humanos; la opinión pública, depositaria y actora de la

cultura de los derechos humanos; y desde luego el sufragio popular, que enjuicia a los gobernantes.

## V. EL DILEMA DE MÉXICO

La decisión mexicana de admitir la competencia contenciosa de la Corte Interamericana se analizó y planteó a la luz de una difícil circunstancia, que ciertamente influyó en aquélla. La decisión política tuvo la virtud de asumir una alternativa razonable desde el doble punto de vista ético y práctico. Además, de esta suerte se fortaleció la presencia internacional de nuestro país como miembro diligente de las organizaciones creadas por la comunidad jurídica, y como receptor o beneficiario, no como “víctima”, que sería extravagante, del derecho de gentes.

Existe una notable y creciente visibilidad de los derechos humanos, que constituyen un tema descollante en las agendas nacional e internacional. Este es un dato inevitable —que además no habría por qué evitar, y sí reforzar— de la vida contemporánea. La observancia y la inobservancia de los derechos humanos se halla en el orden del día, sea por razones excelentes, sea por motivos deplorables. Esto sucede en torno a todos los países, con diverso acento, y ocurre en relación con México.

Para ponderar la importancia, las características, los apremios y las asperezas del asunto, así como las tensiones que naturalmente genera, es preciso recordar las premisas que hoy día sustentan el pensamiento y la acción acerca de los derechos humanos en los planos nacional e internacional. Se afirma, sin oposición mayor y confesable, que los Estados deben respetar los derechos esenciales de los individuos: ese respeto es inherente a la democracia y característico del Estado de derecho. He aquí, pues, la premisa nacional de la materia.

Hay también una premisa internacional, que ha ganado ancho campo en este siglo y seguramente llegará fortalecida al siguiente. El individuo es ya un sujeto del derecho internacional público, que originalmente sólo se ocupó de los Estados. Esta presencia jurídica del ser humano en el espacio del derecho de gentes se muestra en tres proyecciones fecundas: el derecho internacional de los derechos humanos, asociado a la esencia del individuo y de su desenvolvimiento; el derecho internacional de las minorías, vinculado con el derecho a la diferencia, sustento del trato igualitario y la no discriminación entre los seres humanos; y el derecho internacional

humanitario, comprometido con la preservación de la dignidad humana ante los gravísimos riesgos que propone la violencia bélica.

Con ese telón de fondo ocurre el conflicto entre dos tendencias extremas, ampliamente conocidas, que desde luego han aparecido también con respecto a nuestro país. En un extremo se agita la perpetua pretensión injerencista, que aduce la legitimidad del intervencionismo basado en consideraciones humanitarias. México, país acosado por injerencias históricas, siempre opresivas y caprichosas, mira esa pretensión con enorme desconfianza. Sabe que descansa en una tesis de doble filo. En el extremo opuesto surge otra pretensión radical, que difícilmente tendría sentido en la era moderna, a saber, la idea de que los derechos humanos son un asunto del fuero doméstico. En consecuencia, nadie puede interesarse, y ni siquiera opinar, sobre lo que ocurre en otro país en materia de derechos humanos, salvo los órganos de este mismo, que suelen ser los agentes de la violación o hallarse impotentes para prevenirla y perseguirla.

Obviamente, México no tendría por qué encerrarse en semejante dilema. Hay alternativa saludable. Nuestro país optó por ella al aprovechar un sistema —el interamericano, y específicamente la competencia contenciosa de la CorteIDH— claramente enlazado con las decisiones soberanas de México, que posee evidente legitimidad y que nosotros mismos hemos contribuido a construir y preservar. Conviene reflexionar sobre algunos elementos fundamentales de esta alternativa.

En primer término, el sistema admitido por nuestro país no implica la aplicación a éste de normas extrañas, producto de alguna instancia legislativa ajena, a las que México no se halle obligado por decisión propia. El artículo 133 constitucional, heredado de la Constitución de los Estados Unidos de América, manifiesta cómo se integra la ley suprema de la Unión, a la que se hallan sometidos los mexicanos y sus autoridades: la Constitución, ante todo, las leyes federales que emanan de ésta —una noción compleja, sobre la que Mario de la Cueva ha escrito páginas memorables— y los tratados internacionales que se ajustan a la Constitución, celebrados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado.

Ahora bien, la jurisdicción interamericana de derechos humanos aplica precisamente uno de esos componentes de lo que nuestra Constitución denomina la “ley suprema de la Unión”, esto es, los tratados internacionales. En la especie, la Corte aplica la Convención Americana, suscrita, ratificada, aprobada y publicada por México: una convención que forma parte, pues, de la “ley suprema de la Unión”.

En segundo término, la admisión por nuestro país de la competencia contenciosa de la Corte constituye solamente la reafirmación de México como miembro de la Organización de los Estados Americanos, que concurrió a crear y contribuye a sostener. No sobra recordar, por lo demás, que México ya está comprendido por el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, no solamente por lo que toca a las disposiciones declarativas y convencionales que instituyen o reconocen derechos, sino también por lo que concierne a la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con absoluta independencia de lo que el país disponga acerca de la competencia contenciosa de la Corte.

En tercer lugar, la Corte no es un tribunal impuesto al país, organizado por una instancia extranjera (como pudieron o pudieran serlo, para citar casos de diversa naturaleza, los de Nüremberg y Tokio, al cabo de la Segunda Guerra, o los de la ex Yugoslavia o Ruanda, establecidos por acuerdo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas), ni un organismo *ad hoc* o excepcional, que se integra para conocer de un caso y luego cesa. Por el contrario, la Corte IDH es un organismo permanente, integrado por jueces que actúan a título personal y autónomo, no en representación de los países de su nacionalidad, y mucho menos de los restantes, electos por la Asamblea General de la OEA, con la presencia y el voto de nuestro país. Quienes analizan este asunto no dejan de observar que dos jueces mexicanos han formado parte de la Corte.

En cuarto término, hay que subrayar que las resoluciones de la Corte se dictan conforme a derecho, motivadas y fundadas, y no con arreglo a consideraciones políticas o de oportunidad. Se trata de un tribunal de derecho, no de conciencia o equidad. Este rasgo, que fortalece la seguridad jurídica ante los ojos de los estados, pero también de los particulares, asegura la legitimidad y la previsibilidad de las decisiones de la Corte, lo que no obsta, naturalmente, a que el tribunal atienda a un principio de interpretación e integración consecuente con los fines que lo explican y justifican: el principio *pro homine*.

Por último, la posición adoptada acerca de la competencia contenciosa es congruente con la asumida en torno a la consultiva (aunque ciertamente ésta no predetermina aquélla), a propósito del planteamiento de este carácter hecho por México a la Corte, registrado como OC-16, al final de 1997. Me refiero a la consulta que se formuló, en atención a disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, acerca de la inobservancia del derecho a la asistencia consular en el caso de de-

tenidos extranjeros a los que se sigue proceso que puede desembocar en la aplicación de pena de muerte.

## VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES

Nos hallamos en la línea de evolución del derecho de gentes, que en este orden de cosas no es sólo un aparato de disposiciones sustantivas, con fuerza vinculante o sin ella, sino también de órganos y procedimientos para que aquéllas tengan la aplicación debida. También aquí podemos invocar la solemne advertencia de la Declaración francesa sobre las garantías para hacer efectivos los derechos.

La justicia internacional presenta diversas vertientes. La tradicional —fuera, por supuesto, de la acción directa de un Estado sobre otro— se concreta en el arbitraje público para resolver mediante laudo un conflicto entre Estados. A esta misma preocupación, pero bajo formas superiores y permanentes, naturales en un verdadero sistema de justicia internacional, corresponde la Corte Internacional de Justicia.

Otra dimensión de este desarrollo jurisdiccional se halla en los organismos y procedimientos dirigidos a dirimir litigios entre Estados e individuos con motivo de la violación de derechos humanos, de la que resulta una responsabilidad internacional del Estado. Es así que existen la Corte Europea de Derechos Humanos, amparada en la Convención de Roma, que ha alcanzado un impresionante desenvolvimiento, y la Corte Interamericana. Acaso pronto habrá una Corte africana, que culmine el sistema que hoy día sólo dispone de la Comisión africana.

La emergencia de un derecho comunitario reclama órganos que actúen jurisdiccionalmente ante los conflictos que pudiera traer consigo este nuevo plano del orden jurídico. Para ello se cuenta con la Corte de la Unión Europea. Ya mencioné la existencia de ciertos tribunales penales, instituidos en la circunstancia de conflictos que han traído consigo violaciones gravísimas a los derechos de las personas. En estos casos —Nüremberg, Tokio, ex Yugoslavia, Ruanda y el futuro Tribunal Penal Internacional, previsto en la convención suscrita en Roma, en 1998, con abstención de México— no viene al caso únicamente la responsabilidad del Estado por delitos cometidos por sus agentes, sino la responsabilidad penal de estos mismos.

Otra cosa son las manifestaciones de justicia nacional internacionalizada, que ha quedado de manifiesto en el notorio caso del ex dictador chi-

leno Augusto Pinochet. Otra más, completamente distinta, es el exceso inaceptable en que se incurre con gran despliegue de fuerza cuando se pretende secuestrar para juzgar —título de un reciente libro del profesor Manuel González Oropeza—, bajo la divisa *male captus bene detentum*, como sucedió en la sentencia dictada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Álvarez Machain (1992).

## VII. EXPECTATIVAS, POSIBILIDADES, LIMITACIONES

Es preciso que haya una amplia información sobre las consecuencias inmediatas y mediatas de la admisión por México de la competencia contenciosa de la Corte IDH. Es cierto que constituye un progreso notable. Empero, no se trata de una panacea —para la óptica de los individuos y de los grupos sociales— ni de un arma contundente y demoledora —desde la perspectiva de las autoridades nacionales—. Conviene precisar su naturaleza, su alcance, sus implicaciones, conservando la legítima esperanza que ese progreso suscita, y evitando, al mismo tiempo, ilusiones infundadas que pudieran llevar a la decepción y al desaliento.

Habrà debate, que seguramente se elevará de tono cuando algún “caso mexicano” llegue a la consideración formal de la Corte. Surgirán los defensores entusiastas de los derechos humanos, y también los autores y partidarios de esa versión banal y maliciosa de los organismos protectores, que atribuye a éstos la extraña misión de “defender a los delincuentes”. En este orden desordenado, se pretende montar el más falso y peligroso dilema: derechos humanos o seguridad pública. Una sociedad exasperada por la creciente delincuencia no vacilaría en optar, a ciegas, por la seguridad pública, a costa de la decadencia de los derechos humanos. Ese sería el producto de la siembra de una idea ominosa: la seguridad pública tiene un enemigo: las garantías individuales.

Vale la pena reflexionar sobre algunos aspectos de la justicia contenciosa interamericana que pudieran suscitar discusiones o extrañeza. Desde luego, como dije, esta jurisdicción actúa bajo normas precisas y conforme a pruebas que informen la convicción del tribunal. No es un tribunal político, ni una corte de equidad. La prueba persuasiva —no la conjetura— sigue siendo el sustento del juicio, aunque la jurisdicción internacional tiene mayores poderes probatorios y facultades de apreciación más amplias de las que suele tener un tribunal nacional.



La justicia internacional es subsidiaria con respecto a la nacional. Aquélla no releva a ésta, ni lo pretende. La más amplia y eficiente protección de los derechos humanos sigue recayendo en una justicia interna independiente, honorable y competente. Sería imposible trasladar a un tribunal internacional, lisa y llanamente, el enorme volumen de asuntos concernientes a derechos humanos cuyo conocimiento compete a las instancias internas. La actividad de una corte internacional puede ejercer un enorme impacto sobre las actuaciones nacionales, si aquélla cuenta con el respaldo de los organismos y de la opinión pública internacionales, con el apoyo de la opinión nacional y con el razonable respeto de los órganos estatales de mayor rango e influencia. Sin embargo, ni siquiera en el mejor de los casos podría pretender relevar a los órganos nacionales y asumir el conocimiento de todos los asuntos.

El procedimiento ante la justicia internacional plantea algunas exigencias que no se debe perder de vista. Ante todo, es necesario que primero se agoten los recursos internos (en México, por ejemplo, el amparo), antes de acudir a las instancias internacionales. Ya en esta etapa de carácter internacional, es preciso que se siga y concluya el procedimiento previsto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sólo después será practicable el juicio ante la CorteIDH. El desahogo de esta etapa puede significar mucho tiempo y mucho esfuerzo, desde el momento en que se consuma la violación de un derecho hasta el instante, varios años más tarde, en que la Corte dicta sentencia sobre las reparaciones debidas por el Estado a la víctima de la violación cometida.

La denuncia de una violación ante la Comisión Interamericana puede provenir de cualquier persona o grupo, no así la demanda ante la Corte. Ésta corresponde a otro Estado o a la propia Comisión Interamericana. En la práctica sólo la Comisión ha intervenido como demandante: tiene, “llave de acceso” a la Corte. Los particulares podrán comparecer directamente en ésta, sólo para la reclamación correspondiente a la reparación de daños. Este es el estado que guarda la cuestión en el sistema interamericano, que probablemente se desarrollará, en este aspecto, sobre las huellas del europeo: en noviembre de 1998 entró en vigor el Protocolo XI de la Convención de Roma, y con ello los particulares quedaron ampliamente legitimados para acudir directamente ante la Corte Europea, a título de demandantes. La Comisión Europea cesará de funcionar muy pronto. Tómese en cuenta, para apreciar estas diferencias, que la Corte Europea está integrada por cuarenta jueces que funcionan permanentemente, distribui-

dos en varias cámaras o salas, en tanto que la CorteIDH se compone de siete jueces que despachan en cuatro periodos de sesiones, a razón de dos semanas por periodo, siempre en forma de pleno.

Se discute sobre el carácter del tribunal internacional y del procedimiento que ante él se sigue y la sentencia que éste dicta: ¿se trata de una tercera o cuarta instancia, que revisa o anula resoluciones nacionales del más alto rango, e incluso opera sobre determinaciones de otras autoridades internas, como el Ejecutivo, en actos que le están reservados, o el Legislativo, en asuntos tales como el ejercicio de sus facultades de este carácter? En todo caso, es preciso tomar en cuenta —y de ahí extraer las conclusiones jurídicas pertinentes— que la jurisdicción internacional carecería de sentido y eficacia si sus resoluciones no prevalecieran sobre cualesquiera otras, de naturaleza nacional, que implican violación de un derecho humano o imposibilidad de reparar la violación cometida.

La ejecución de las resoluciones de la Corte tiene las posibilidades y afronta las limitaciones inherentes a la etapa actual del derecho internacional. No se provee a una ejecución compulsiva, como si se tratara de sentencias internas, para cuyo cumplimiento es posible recurrir a la fuerza pública. La Corte puede dar cuenta del incumplimiento a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. En la práctica, los Estados han cumplido las sentencias de la Corte.

La incorporación de México, cada vez más intensa, en el sistema internacional tutelar de los derechos humanos, probablemente traerá consigo la revisión de un tema destacado: la relación que existe entre norma nacional, es decir, de fuente legislativa interna, y norma internacional, esto es, de fuente reguladora externa, sea que en ésta participe el Estado nacional, sea que se mantenga ajeno a ella. Diversos países, entre ellos algunos del ámbito americano, se han ocupado en precisar constitucionalmente —o bien, jurisprudencialmente— la relación que existe entre los tratados y las disposiciones domésticas, inclusive las de rango constitucional. ¿Qué posición se reconoce a unas y otras en la pirámide normativa, vista con los ojos de la autoridad nacional?

Es obvio que la mayor garantía de eficacia de un órgano jurisdiccional como la CorteIDH reside en el grado de acatamiento convencido y activo que le brinden los Estados, autores y garantes del sistema. Lo es que esta misma finalidad se logra, igualmente, en la medida en que los particulares respeten las determinaciones de la Corte y concurran a la buena marcha de sus tareas. La presión, la intimidación, el halago, tan

frecuentes en otros órdenes de la actividad social y pública, no deben encontrar espacio en la justicia internacional. También aquí, como en el caso de los medios nacionales protectores de derechos, la fórmula del éxito radica en la arraigada y exigente cultura de los derechos humanos. Otro tanto se debe decir de la confianza que inspiren y la credibilidad que adquieran los órganos administrativos y judiciales con atribuciones en esta materia.

## UNA CONTROVERSIAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Posición del Estado*. III. *Sentencia de la Corte sobre su competencia en los casos cuestionados*.

### I. ANTECEDENTES

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió dos sentencias que generaron una controversia de gran relevancia. Aquéllas suscitaron ciertas decisiones por parte del gobierno de Perú, que se describen en esta nota.<sup>1</sup> Se trata de la sentencia de fondo en el Caso Castillo Petruzzi y otros,<sup>2</sup> y de la sentencia sobre reparaciones en el Caso Loayza Tamayo.<sup>3</sup> Ambas se refieren a demandas presentadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de dicho Estado, a propósito de violaciones a varios artículos de la Convención Americana

1 Esta es, sin duda, una cuestión relevante para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El presente artículo sirve al propósito de presentar el tema de manera descriptiva, ofreciendo una relación de los hechos y las decisiones correspondientes, así como la transcripción de disposiciones en la medida conveniente para la comprensión del tema que se analiza. Me atengo a los planteamientos del Estado y de la Corte, según han sido expresados por éstos. Evito apreciaciones o juicios adicionales y expongo el tema, naturalmente polémico, de manera respetuosa para el Estado peruano y para la Corte. Confío en que el paso del tiempo y la reflexión acerca de esta materia contribuirán a resolver los problemas que hoy oscurecen el horizonte. No hay duda —esto lo subrayo— sobre la necesidad de que todos los Estados americanos ratifiquen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y acepten la competencia contenciosa de la Corte. No es conveniente ni deseable que el estatuto del ser humano carezca de uniformidad en nuestro continente. Así se hizo ver en el Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”, promovido por la Corte Interamericana y realizado en San José, Costa Rica, los días 25 y 26 de noviembre de 1999.

2 Sentencia dictada el 30 de mayo de 1999. El 4 de septiembre de 1998 se había emitido sentencia sobre las excepciones preliminares opuestas por el gobierno. A este respecto, *cf.* García Ramírez, “Algunos criterios recientes de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 123 y ss. (publicado en esta obra, pp. 315-350).

3 Sentencia dictada el 27 de noviembre de 1998. Sobre dicha resolución, *cf.* igualmente mi artículo “Algunos criterios...”, *cit.* en nota 1. En este caso, la sentencia sobre excepciones preliminares se dictó el 21 de enero de 1996, y la relativa al fondo, el 17 de septiembre de 1997.

sobre Derechos Humanos. Como se sabe, la Corte Interamericana está facultada para resolver las controversias que surjan a propósito de la Convención, sea que la demanda provenga de un Estado, sea que proceda de la citada Comisión. Esto último ocurrió en los asuntos que nos ocupan, como en todos los restantes examinados por la Corte en el desempeño de su jurisdicción contenciosa.

El Caso Loayza Tamayo concierne a la ciudadana peruana María Elena Loayza Tamayo. En la sentencia de fondo previa, la Corte consideró que se habían violado, en agravio de dicha persona, los derechos a la libertad y a la integridad personales, así como las garantías judiciales contenidas en la Convención; igualmente, consideró que se había violado, en su agravio, el principio penal *ne bis in idem*, que impide el doble juzgamiento por los mismos hechos,<sup>4</sup> y dispuso que se pusiera en libertad a la señora Loayza y se cubriera una indemnización a ésta y a sus familiares, resarciéndoles además los gastos efectuados ante las autoridades peruanas con motivo del correspondiente proceso. El gobierno peruano liberó a la señora Loayza.

El Caso Castillo Petruzzi se relaciona con cuatro ciudadanos chilenos procesados y condenados en Perú por la justicia militar como responsables del delito de traición a la patria, que constituye una forma agravada de terrorismo. En la respectiva sentencia de fondo, la Corte estimó violados, en agravio de las cuatro personas, el derecho a la libertad, el principio penal de legalidad, diversas garantías judiciales<sup>5</sup> y el derecho a la integridad personal. Igualmente, la Corte estimó vulneradas las normas de la Convención que ordenan a los Estados Parte en ésta respetar los derechos y libertades de los individuos sujetos a su jurisdicción<sup>6</sup> y adoptar las medidas necesarias para ese efecto, en el caso de que tales derechos y libertades no se hallaren debidamente garantizados.<sup>7</sup> En este punto, como

4 En la Convención Americana, este principio aparece en el artículo 8.1, que dispone: “El inculpa-do absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

5 Así, derecho a ser juzgado por juez natural y competente, a elegir abogado y disponer de condiciones adecuadas para el ejercicio de la defensa, a interrogar testigos, a recurrir del fallo ante un tribunal superior imparcial, a la publicidad del proceso, y a contar con un recurso sencillo y rápido para el amparo de los derechos fundamentales (en la especie, el *habeas corpus*).

6 El artículo 1.1 de la Convención Americana, vinculante para los Estados que ratificaron este ordenamiento internacional, señala que dichos Estados “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

7 El artículo 2o. de la Convención Americana ordena: “Si el ejercicio de los derechos y liber-DR © 2000.

en el conjunto de la resolución, se actualizó un antiguo tema que ha despertado intensos debates: los límites del Estado en el ejercicio de su derecho —inobjetable— de autodefensa.<sup>8</sup>

En virtud de todo lo anterior, la Corte declaró la invalidez del proceso seguido en contra de los ciudadanos chilenos, por haberse desarrollado ante autoridad incompetente,<sup>9</sup> ordenó que se garantizara a aquéllos un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal<sup>10</sup> dispuso que el Estado adoptara las medidas necesarias para reformar las normas internas violatorias de la Convención<sup>11</sup> y resolvió el pago, por parte del gobierno, de los

tades mencionados en el Artículo 1o. no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Anteriormente la Corte Interamericana estableció una norma consuetudinaria del derecho internacional, prescribe que el Estado que celebra un convenio de esta naturaleza “debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*“principe allant de soi”*): *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, CPJI, serie B, núm. 10, p. 20”). Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 27 de agosto de 1998, párr. 68.

8 Al respecto, *cfr.* las observaciones de Karl Loewenstein acerca del dilema en el que se halla el Estado democrático entre el uso de “fuego contra fuego” y la preservación de sus “verdades fundamentales democráticas”. *Cfr. Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, reimp., 1979, p. 405. Asimismo, *cfr.* el expreso alegato de Kelsen en torno al “estado de necesidad” que enfrenta el poder público, en *Teoría del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Ed. Nacional, 1954, p. 206.

9 Se consideró que la justicia militar tiene carácter funcional, es decir, se ha establecido para entender de asuntos concernientes a la función militar, y por ello es inaplicable a civiles que carecen de funciones militares. Caso Castillo Petruzzi y otros, Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 128. Asimismo, la Corte entendió “que los tribunales militares que han juzgado a las supuestas víctimas por los delitos de traición a la patria no satisfacen los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal”. *Ibidem*, párr. 132. Además, la Corte señaló que el enjuiciamiento por jueces “sin rostro”, como los que actuaron en este caso, impide al procesado conocer la identidad del juzgador y valorar su competencia. *Ibidem*, párr. 133.

10 En el capítulo considerativo de la sentencia de fondo, la Corte advirtió: “Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho...”. Sentencia del 30 de mayo de 1999, *cit.*, párr. 219. Prosiguió: “Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo —en un plazo razonable— un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpa-dos”. Párr. 221.

11 Los ordenamientos cuestionados, por establecer un régimen procesal incompatible con la Convención Americana, son los Decretos-Leyes Núms. 25.475 y 25.659, expedidos en el marco de la lucha contra el terrorismo. La Corte sostuvo que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el

gastos y costas del presente caso. La sentencia no ordenó la liberación de los inculpados,<sup>12</sup> ni dispuso el pago de una indemnización a éstos.<sup>13</sup>

## II. POSICIÓN DEL ESTADO

Tras la notificación de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mencionadas en el apartado precedente —especialmente la relativa al Caso Castillo Petruzzi—, el gobierno de Perú resolvió retirar su reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Este acto no abarcó o implicó la denuncia de la Convención misma y repercutió en la posición del Perú con respecto a otros asuntos contenciosos planteados ante el tribunal internacional, lo cual motivó, a su turno, dos resoluciones de la Corte que se examinan en este artículo.

Por lo que toca a la posición oficial peruana,<sup>14</sup> el Consejo Supremo de Justicia Militar declaró “inejecutable” la decisión del órgano judicial interamericano.<sup>15</sup> Otro tanto ocurrió en lo que atañe a la sentencia de reparaciones del Caso Loayza Tamayo.<sup>16</sup>

En lo que respecta al primer asunto mencionado se esgrimieron los siguientes argumentos<sup>17</sup> que aquí expongo sintéticamente: a) el fallo

derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico”; pero el ejercicio de ese derecho no justifica procedimientos que se aparten de las disposiciones contenidas en la Convención Americana. *Cfr.* Sentencia del 30 de mayo de 1999, *cit.*, párrs. 204, 205 y 207.

12 Sobre este punto, previno expresamente: “La Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de (los ciudadanos chilenos sentenciados por traición a la patria), porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente”. Sentencia del 30 de mayo de 1999, *cit.*, párr. 221 *in fine*.

13 Como se dijo, la decisión corresponde a gastos y costas, en los siguientes términos: la Corte “ordena al Estado pagar una suma de US\$10,000.00 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América), o su equivalente en moneda nacional peruana, a los familiares de los (ciudadanos chilenos sentenciados, cuyos nombres recoge la sentencia), que acrediten haber hecho las erogaciones correspondientes a los gastos y las costas con ocasión del presente caso”. Sentencia del 30 de mayo, *cit.*, punto resolutive 15.

14 Aquí sólo mencionaré los más importantes actos oficiales del Estado. Omito aludir a otros pronunciamientos, como discursos, entrevistas, debates, comparencias, etcétera, que contribuyen al conocimiento de la reacción ante las sentencias de la Corte Interamericana, pero carecen de eficacia como definiciones oficiales del Estado peruano.

15 Se trata de una resolución de Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar, adoptada el 11 de junio de 1999 y publicada en *El Peruano* el 12 del mismo mes.

16 En este caso, la sentencia proviene de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia y fue dictada el 14 de junio de 1999.

17 Constan en la exposición presentada a la Secretaría General de la OEA por la Representación Permanente del Perú ante la Organización de los Estados Americanos el 1 de julio de 1999. En esta

de la Corte de invalidar y ordenar la modificación de normas domésticas constitucionales y legales, lo cual desborda la competencia del tribunal internacional; b) en caso de que se iniciara un nuevo proceso contra los sentenciados, sería necesario aplicar las mismas normas que ordenan el juzgamiento en el fuero militar, lo cual conduciría a una nueva anulación de los procesos y a la liberación de aquéllos; c) si esto aconteciera, se establecería un funesto precedente, porque otros terroristas podrían obtener un nuevo juicio y alcanzar, eventualmente, su liberación; d) ningún tribunal internacional puede ordenar a los congresistas el sentido que deban dar a su voto en un proceso legislativo; e) el fallo de la Corte es definitivo e inapelable, y por ello sería estéril cualquier solicitud de aclaración o modificación de la sentencia; f) se ha incurrido en contradicciones entre la sentencia del Caso Loayza Tamayo y la correspondiente a Castillo Petrucci y otros;<sup>18</sup> y g) la Corte Interamericana no ha respetado la garantía del debido proceso en agravio del Estado peruano.<sup>19</sup>

exposición, Perú se refiere a la lucha que ha debido librar en contra del terrorismo (específicamente, el relativo a las organizaciones conocidas como Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Tupac Amaru (MRTA), así como a diversos acuerdos o pronunciamientos recientes que incluyen condenas al terrorismo, entendido como violación de derechos y libertades esenciales de los individuos y atentado contra la democracia. Así, la I Conferencia Especializada Interamericana sobre Terrorismo (Lima, 1996), la II Conferencia Interamericana Especializada sobre Terrorismo (Mar del Plata, 1998) y el Plan de Acción de la Cumbre de las Américas (Miami, 1994).

18 En la materia que aquí interesa, es importante el antecedente constituido por la sentencia sobre reparaciones del Caso El Amparo, en el que la Corte se abstuvo de pronunciarse, en abstracto, sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela y la Convención Americana. *Cfr.* Caso El Amparo, Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia del 14 de septiembre de 1996. Serie C, Núm. 28, párr. 60; en contra, hubo voto particular del juez Antonio Cançado Trindade, *cfr.* el voto en *ibidem*, párrs. 1 y ss. El gobierno de Perú destacó que en el Caso Genie Lacayo, también resuelto por la Corte Interamericana, ésta reconoció no tener competencia para confrontar el derecho interno con la Convención y entendió que los tribunales militares no afectan, *per se*, la Convención Americana. Hubo voto particular disidente del juez Cançado Trindade con respecto a la resolución de la Corte —del 13 de septiembre de 1997— relativa a la solicitud de revisión de la sentencia dictada en ese caso el 29 de enero de 1997. La contradicción apreciada por el gobierno peruano, a la que se alude en el texto de este artículo, consiste en que en el Caso Loayza Tamayo se concedió valor a la sentencia dictada en el fuero militar, como se advierte en CorteIDH Caso Loayza Tamayo, Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C, Núm. 33, párrs. 76 y 77; el voto concurrente conjunto de los jueces Cançado Trindade y Oliver Jackman señaló que los tribunales militares como el que conoció del juicio seguido a la señora Loayza Tamayo, “no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elemento esencial del debido proceso legal”. *Ibidem*, p. 59.

19 Esta afirmación se apoya en la idea de que la Corte permitió que la demanda abarcara extremos no comprendidos en el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, elaborado



Otros argumentos, en menor número, condujeron a sostener la inejecutabilidad de la sentencia de reparaciones en el Caso Loayza Tamayo.<sup>20</sup> Aquí, la resolución del tribunal peruano considera inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana en cuanto la facultad de “supervisión del cumplimiento” de ésta, dispuesta por la propia Corte, “conforma una competencia que no le ha sido asignada por los instrumentos de que es signataria la República del Perú”; y porque el fallo acerca de la indemnización compensatoria se dictó sin haberse agotado los recursos previstos en la jurisdicción interna.<sup>21</sup>

La decisión del Estado peruano se formalizó a través de diversos actos: a) dictamen del Ministerio de Justicia sobre el retiro de Perú de la jurisdicción de la Corte Interamericana, del 2 de julio de 1999;<sup>22</sup> b) acuerdo del Consejo de Ministros, del 5 de julio de 1999, que sometió a la Consideración del Congreso un proyecto para el retiro, por parte de Perú, de la competencia de la Corte Interamericana; c) Resolución Legislativa Núm. 27152, del 8 de julio, que aprobó dicho retiro;<sup>23</sup> d) declaratoria en este sentido del Ministro de Relaciones Exteriores, el mismo 8

bajo el artículo 50 de la Convención; se pronunció sobre puntos no planteados por dicha Comisión, argumentando, para hacerlo, la aplicación del principio *iura novit curia*; y abarcó en su sentencia pretensiones manifestadas por la Comisión en sus alegatos finales, no en la demanda.

20 El gobierno cuestiona la orden de modificar los Decretos-Leyes 25475 y 25659 con el fin de adecuarlos a la Convención, sin que la Corte posea competencia para ello y yendo más allá de lo previsto en la sentencia de fondo; y el otorgamiento de indemnización a familiares de la señora Loayza Tamayo, a pesar de que no comparecieron en ninguna etapa del procedimiento. Asimismo, el Estado se refiere al parecer de la Corte en relación con la aplicabilidad del fuero militar.

21 El agotamiento de los recursos disponibles ante la jurisdicción interna, necesario antes de someter el caso a las instancias internacionales (salvo las excepciones previstas por la Convención Americana, generalmente aceptados en el derecho internacional), es un tema regular de la fase procesal de excepciones preliminares, anterior a las sentencias sobre el fondo del asunto y acerca de las correspondientes reparaciones. Se recoge en los artículos 46.1.a) de la Convención y 37 del Reglamento de la Comisión Interamericana.

22 En este documento figuran diversos puntos relevantes para la posición del Estado, entre ellos: a) “La adhesión del Estado Peruano a la competencia de la Corte Interamericana fue un acto unilateral y soberano. El retiro de tal reconocimiento, en consecuencia, es igualmente un acto unilateral y soberano”; b) este retiro no implica denuncia de la Convención Americana: se trata de “actos internacionales de manifestación de voluntad de los Estados diferentes, con caracteres completamente distintos”; y c) el retiro tendrá efectos desde el momento en que se deposite el instrumento respectivo en la Secretaría General de la OEA e implica que a partir de ese momento “ningún asunto peruano puede llegar a conocimiento de la Corte Interamericana, y que dicha Corte no puede tampoco conocer aquellos casos en que presentada la demanda ante la Corte Interamericana no haya sido contestada por Perú en razón de no haberse establecido la *litis*”.

23 El artículo único de la Resolución Legislativa dispone: “Aprobar el retiro, con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

de julio;<sup>24</sup> e) depósito por parte del gobierno de Perú, en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, el 9 de julio, de un instrumento fechado el 8 de ese mes, mediante el cual “declara que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la Declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hecha en su oportunidad por el gobierno peruano”, y especifica que este retiro “producirá efecto inmediato y se aplicará a todos los casos en que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte”; y f) notificación de la Secretaría de la OEA a la Corte, mediante nota del 16 de julio, recibida en la Secretaría del tribunal el 27 de ese mes.

A raíz de estos acuerdos y declaraciones, el gobierno de Perú hizo saber a la Corte que —en su concepto— este tribunal carecía de jurisdicción sobre dos asuntos planteados ante aquella mediante demandas de la Comisión Interamericana, a saber: el Caso Baruch Ivcher Bronstein,<sup>25</sup> en el que la demanda se presentó a la Corte el 31 de marzo de 1999 y con respecto al cual el Estado había nombrado agente y agente alterno, y solicitado plazo para designar juez *ad hoc*;<sup>26</sup> y el caso Tribunal Constitucional,<sup>27</sup> en el que la demanda se sometió el 2 de julio.<sup>28</sup>

24 La Declaratoria alude al retiro de la Declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa y añade: “Este retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana producirá efecto inmediato y se aplicará a todos los casos en que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte”.

25 Este caso se refiere —en los términos de la demanda respectiva— al indebido retiro por parte del gobierno de Perú de la nacionalidad de este país a una persona de origen israelí, el señor Baruch Ivcher Bronstein. El interesado era propietario de acciones de una empresa operadora del canal 2 de televisión peruana, que había difundido —señala la propia demanda— denuncias sobre torturas y otros hechos relacionados con agentes de aquel gobierno. La legislación nacional dispone que sólo los nacionales peruanos pueden ser propietarios de acciones en empresas concesionarias de canales de televisión.

26 Se envió la demanda al Estado el 12 de mayo de 1999 y fue recibida por aquél el 14 de dicho mes; la designación de agentes se hizo el 8 de junio, y la solicitud de ampliación de plazo para designar juez *ad hoc* se formuló el 11 de junio.

27 Este caso, iniciado con denuncia sometida por veintisiete congresistas peruanos a la Comisión Interamericana, se refiere —según la demanda correspondiente— a la indebida destitución por parte del Congreso de la República del Perú de los señores Delia Revoredo Marsano de Mur, Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry de sus cargos como magistrados del Tribunal Constitucional del Perú. La destitución obedeció —sostiene la demanda— a que los mencionados juzgadores se pronunciaron en favor de la “inaplicación” de la Ley 26657, promulgada el 23 de agosto de 1999, que habilitaba al presidente de Perú para acceder a una segunda reelección, en contra de lo previsto por el artículo 112 de la Constitución, que limita el mandato presidencial a dos periodos de cinco años consecutivos.

28 En esa fecha se recibió la demanda, por vía facsimilar, en la Secretaría de la Corte. El 9 de julio se recibió la demanda original, con sus anexos. La tramitación del caso se inició el 12 de dicho mes.

La misión diplomática de Perú en Costa Rica informó a la Corte, mediante comparecencia del 16 de julio y entrega de documento fechado el 15 de ese mes, en lo que toca al caso TC, y comparecencia del 4 de agosto y entrega de nota del 2 de agosto, en lo que respecta al caso Ivcher, que la Corte ya no tenía competencia para conocer de esos litigios. Por ello, los agentes diplomáticos devolvieron los paquetes que contenían los documentos relativos a tales casos, que la Secretaría de la Corte había remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.<sup>29</sup>

El retiro del reconocimiento de Perú de la competencia contenciosa de la Corte generó numerosas reacciones de distinta naturaleza. Otro tanto ocurrió a propósito de la devolución de los documentos referentes a los casos Ivcher y Corte Constitucional. Desde luego, la Comisión Interamericana —demandante en estos casos— hizo llegar sus observaciones a la Corte.<sup>30</sup> Ésta recibió, igualmente, escritos de diversas personas, a título de expertos o *amici curiae*,<sup>31</sup> y tuvo conocimiento —hasta el 20 de septiembre— de numerosas opiniones de juristas, barras de abogados, asociaciones civiles, organismos internacionales, etcétera.<sup>32</sup> En algunas de estas

29 El 9 de agosto, el Estado envió nota en la que se informa que ha quedado sin efectos la designación de agente y agente alterno para el caso Ivcher, conforme a Resolución Suprema del 3 de agosto.

30 En observaciones contenidas en escritos diferentes para cada uno de estos casos, ambos de fecha 10 de septiembre, la Comisión Interamericana expuso sus consideraciones sobre la posición del gobierno peruano y solicitó a la Corte declarar que la devolución de los documentos hecha por los agentes de aquél carecía de efectos legales, así como proseguir en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales y proveer lo necesario para la continuación de los procedimientos.

31 En este sentido, las siguientes personas: Curtis Francis Doebler (abogado, Estados Unidos), Juan Antonio Carrillo Salcedo y Ana Salado Osuna (catedráticos, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla), Ariel E. Dulitzky (International Human Rights Law Group), Samuel Abad Y., Daniel Soria, Roberto Pereira, Pier Paolo Marzo y Susana Klien (exponen la posición de la Defensoría del Pueblo de Perú, según comunicación del Defensor del Pueblo, Jorge Santistevan de Noriega) y Alberto Borea Odría (abogado, Perú). Los autores de estos artículos expresaron su opinión adversa a la eficacia del retiro del reconocimiento formulado por el gobierno peruano.

32 No es posible mencionarlos todos; entre ellos figuran las opiniones de: Federación Interamericana de Abogados (Resoluciones de la XXXV Conferencia de la FIA, México, junio de 1999), Comisión Andina de Juristas, Conferencia Episcopal Peruana, Unión Europea, Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Corte Europea de Derechos Humanos y Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (que en su 51o. período de sesiones, agosto de 1999, manifestó: “Consciente de que el Gobierno del Perú ha tratado de retirarse de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.... 8. Insta al Gobierno del Perú a seguir aceptando la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”). Estas opiniones son desfavorables al retiro del reconocimiento, sea que le nieguen validez, sea que deploran la decisión adoptada por el Estado. En otro sentido, *cf.* el parecer del doctor Héctor Gross Espiell, en el artículo “Competencia y obligaciones”, *El Comercio*, Lima (8 de agosto), quien señala: “El reconocimiento de (la) competencia (contenciosa de la Corte) puede retirarse o modificarse en todo momento por un acto unilateral, discrecional y soberano...”.

comunicaciones se observa el problema que surge en relación con normas de la legislación peruana —la Constitución misma y otros ordenamientos—, que garantizan el acceso de los individuos a la jurisdicción internacional<sup>33</sup> y obligan al cumplimiento puntual de las sentencias dictadas por ésta.<sup>34</sup>

### III. SENTENCIA DE LA CORTE SOBRE SU COMPETENCIA EN LOS CASOS CUESTIONADOS

Los hechos referidos determinaron que la Corte Interamericana examinase sus atribuciones para el conocimiento de los Casos Ivcher y TC, cuyos procedimientos se hallaban en marcha, conforme a la Convención Americana, y en los que se había cuestionado su competencia. Esto no aconteció en lo que atañe a otros asuntos relativos al Estado peruano, que había contestado las demandas respectivas antes de la fecha de retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, es decir, los Casos Durand y Ugarte<sup>35</sup> y Cesti Hurtado.<sup>36</sup> Conforme a lo previsto en el

33 En este sentido, el artículo 205 de la Constitución de 1993, previene: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el que Perú es parte”.

34 El artículo 40 de la Ley 23506, sobre *habeas corpus* y amparo, indica: “La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias”. Por otra parte, el Decreto Supremo 017-93-JUS, texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dispone: “Las sentencias expedidas por los tribunales internacionales, constituidos según los tratados de que es parte el Perú, son transcritas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente de la Corte Suprema, quien las remite a la Sala en que se agotó la jurisdicción interna y dispone la ejecución de la sentencia supranacional por el Juez Especializado o Mixto competente”.

35 La demanda de la Comisión Interamericana se presentó el 8 de agosto de 1996; la contestación fue presentada el 26 de noviembre siguiente. Se trata de dos personas, detenidas y procesadas por terrorismo, que se hallaban en el penal peruano de El Frontón (Centro de Rehabilitación Social de San Juan Bautista, localizado en una isla frente al puerto del Callao) cuando se suscitó en éste un motín, el 18 de junio de 1986. En esta oportunidad la Marina peruana se hizo cargo del penal y, por ende, de la “delegación” del motín. Como consecuencia de esto, hubo un gran número de muertos entre los reclusos. Antes de tomar conocimiento del Caso Durand y Ugarte, la Corte conoció del Caso Neira Alegría y otros, relacionado con los mismos hechos, en el que se dictó sentencia condenatoria del Estado peruano el 19 de enero de 1995.

36 La Comisión Interamericana presentó demanda en este caso el 9 de enero de 1998; subsana la falta de algunos documentos enumerados en la relación de pruebas, se notificó al Estado el 22 de dicho mes, y fue contestada por éste el 29 de mayo. En la especie, se trata de un militar retirado, a

acto mismo del retiro de reconocimiento por parte del Estado, no se objetó la capacidad procesal de la Corte para entender de los casos justiciables en que el Estado había contestado la demanda antes del retiro.

En el capítulo de hechos de las sentencias sobre competencia relativas a ambos casos, adoptadas por la Corte Interamericana el 24 de septiembre de 1999,<sup>37</sup> aquella refirió los puntos sobresalientes en la tramitación de estos asuntos e hizo ver que había asumido formalmente el conocimiento del Caso Ivcher Bronstein, en el ejercicio de su competencia, el 31 de marzo de 1999, fecha en que recibió la demanda correspondiente;<sup>38</sup> otro tanto señaló con respecto al Caso Tribunal Constitucional: en éste, asumió el conocimiento con fecha 2 de julio de 1999.

En la porción relativa a derecho, la Corte se planteó ante todo, como es natural, la pregunta sobre la instancia llamada a resolver acerca de la competencia de la Corte para el conocimiento del tema central del incidente y de las sentencias, es decir, la llamada *compétence de la compétence* o *Kompetenz-Kompetenz*. A este respecto, el tribunal internacional destacó que es prerrogativa de la propia Corte, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana,<sup>39</sup> resolver sobre cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de este ordenamiento del derecho de gentes. Obviamente, el punto de la competencia de la Corte, el retiro del reconocimiento y la devolución de los expedientes son temas vinculados con aquella facultad.

Sobre este punto, la Corte observó que los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria “presuponen

quien juzgó la justicia militar peruana por su probable responsabilidad en delitos de carácter patrimonial contra la Hacienda militar, en connivencia con oficiales en servicio activo. Un aspecto central del asunto, además de la idoneidad de la justicia militar para llevar el proceso correspondiente, es el desconocimiento de una resolución de *habeas corpus* emitida en favor del señor Cesti Hurtado, que fue desatendida por las autoridades del fuero militar. La sentencia de fondo en este caso se dictó el 1 de octubre de 1999.

37 Estas resoluciones se adoptaron durante el XLV periodo ordinario de sesiones de la Corte (San José, 16 de septiembre a 2 de octubre de 1999). Las sentencias fueron adoptadas por unanimidad de los jueces participantes en la decisión de este punto de competencia: Antonio Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez y Carlos Vicente de Roux. Se excusó de participar el juez Hernán Salgado Pesantes.

38 La Corte señaló que la presentación de la demanda había satisfecho las condiciones previstas en los artículos 48, 50 y 51 de la Convención y 32 del Reglamento de la Corte.

39 Esta disposición establece que la “Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de (la) Convención (Americana) que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial..., ora por convención especial”.

la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción”; dicha competencia no puede condicionarse por hechos distintos a las actuaciones del tribunal; la Corte es “maestra de su jurisdicción”;<sup>40</sup> al interpretar el tratado conforme a su objeto y fin, “la Corte debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 de la Convención”, que no se puede subordinar a restricciones “súbitamente agregadas por los Estados demandados”, y la aceptación de la competencia constituye una “cláusula pétrea”,<sup>41</sup> que no admite más limitaciones que las expresamente señaladas en el artículo 62.1 de la Convención.<sup>42</sup>

Se añade en este punto que los Estados Parte deben garantizar “el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*)<sup>43</sup> en el plano de sus respectivos derechos internos”, principio

40 Obviamente, la palabra maestra —traducida literalmente del francés— se utiliza en su acepción de árbitro, soberano, dueño. En cuanto a la “competencia de la competencia” o, como también se dice, “jurisdicción de la jurisdicción” (*jurisdiction as to the jurisdiction*), “el principio fundamental de Derecho internacional que regula esta materia es el que previene que un tribunal internacional es maestro de su propia jurisdicción (*master of his own jurisdiction*). —Actualmente es un principio establecido del Derecho internacional que todo tribunal internacional tiene jurisdicción para determinar su propia jurisdicción (*compétence de la compétence*), y esta determinación adquiere fuerza de *res judicata*”. Rosenne, Shabtai, *The Law and Practice of the International Court*, 2nd. revised edition, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2985, pp. 438 y 439.

41 Caso Ivcher Bronstein, Competencia, Sentencia del 24 de septiembre de 1999 (en lo sucesivo, Ivcher), párr. 34; y Caso Tribunal Constitucional, Competencia, Sentencia del 24 de septiembre de 1999 (en adelante, TC), párr. 35. El concepto de cláusula pétrea, empleado en esta disciplina, se ha explorado en el derecho constitucional. Se habla de “petrificación” o de “contenidos pétreos” en una doble dimensión: “a) cuando una constitución define expresamente que tales o cuales contenidos de ella no podrán ser suprimidos, sustituidos o alterados; b) cuando guarda silencio pero, interpretando contextualmente su sentido, es suficientemente fundado afirmar que un plexo de principios, valores, fines y razones históricas también abroquelada a determinados contenidos frente a reformas futuras, de manera implícita”. Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, p. 274.

42 Este inciso señala que “todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. El inciso 2 señala que “la declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos...”. Sobre el inciso 3, véase *supra*, nota 39.

43 Este principio, en la formulación de Gerald Fitzmaurice, implica que “los tratados han de interpretarse atendiendo a su objeto y a sus fines declarados o manifiestos y cada disposición ha de interpretarse de modo que se les dé toda la fuerza y todo el efecto compatibles con el sentido normal de las palabras y con otras partes del texto, y de suerte que a cada parte del texto se le pueda atribuir una razón de ser y un sentido”. Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho de los tratados*, Bogotá, Colombia, Ed. Temis Librería, 1978, p. 127.

La regla fundamental para la interpretación de los tratados se halla en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1968: “buena fe, conforme al sentido corriente que

que se aplica tanto a las disposiciones sustantivas de los convenios como a sus normas procesales, “tal como la referente a la cláusula de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal”.<sup>44</sup>

En las sentencias se previene sobre la interpretación de los tratados internacionales, y al respecto se acoge al artículo 31, inciso 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en el que se indica que un “tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Sobre esta base, la Corte Interamericana analiza tanto el régimen del reconocimiento como las características de los tratados de derechos humanos.

La Convención Americana no contiene ninguna norma que faculte a los Estados a retirar su declaración de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte; por otra parte, el instrumento de aceptación de dicha competencia por parte de Perú, del 21 de enero de 1981, tampoco prevé esa posibilidad.<sup>45</sup> En consecuencia —y siempre bajo la fórmula de la buena fe y la atención al objeto y fin del tratado— la Corte llega a la conclusión de que un Estado Parte sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales en los términos previstos en la Convención; para ello la única vía disponible es “la denuncia del tratado como un todo”, cuyos efectos se producirían al cabo de un año, conforme al artículo 78.<sup>46</sup>

haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Todo ello —dice la doctrina— “permite estar a una interpretación de los términos que produzca un ‘efecto útil’”; este criterio se incluye implícitamente como parte de la regla general. González Campos, Julio D. et al., *Curso de derecho internacional público*, 5a. ed., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 267.

44 Las sentencias de la Corte Interamericana citan: European Commission of Human Rights, Applications Núm. 15299/89, 15300/89 and 15318/89, *Chrysostomos et alii v. Turkey* (1991), *Decisions and Reports*. Strasbourg, C. E. (1991), vol. 68, pp. 216-253.

45 En la parte de hechos relativos a la materia de competencia, la Corte hizo notar que Perú “es Estado Parte en la Convención desde el 28 de julio de 1978. En su instrumento de ratificación de la Convención, el Gobierno señaló que ésta había sido aprobada por Decreto Ley Núm. 22231 del 11 de julio de 1978 y que la tenía como Ley del Estado ‘comprometiendo para su observancia el honor de la República. El 21 de enero de 1981, por su parte, el Perú aceptó la competencia contenciosa de la Corte en los siguientes términos: ‘De acuerdo con lo prescrito en el parágrafo 1o. del Artículo 62 de la Convención antes mencionada, el Gobierno del Perú declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención. Este reconocimiento de competencia se hace por plazo indeterminado y bajo condición de reciprocidad’. Ivcher, párr. 30, y TC, párr. 29.

46 Ivcher, párr. 40, y TC, párr. 39.



En el análisis de los puntos que suscita la interpretación de la Convención Americana, las sentencias Ivcher y TC destacan que ésta no puede ser interpretada en forma que alguna de sus disposiciones permita al Estado Parte suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el tratado o limitarlos en mayor medida que la prevista por éste (artículo 29, a). Eso sucedería si un Estado retirase su reconocimiento como se pretende —dicen las sentencias— en el presente caso: “iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional”.<sup>47</sup>

Ofrece especial interés la reflexión de la Corte sobre la naturaleza de los tratados de derechos humanos y las consecuencias que de aquí se desprenden, ciertamente diversas, en algunos extremos, de las que corresponden a convenciones de otro carácter, en las que se formalizan derechos y deberes entre Estados contratantes, atentos a los recíprocos intereses de éstos. Los tratados de aquella especie, en cambio, instituyen un orden diverso, comprometido con valores comunes superiores, que no sólo produce efectos entre los Estados suscriptores, sino también abarca y beneficia a todos los individuos, tanto frente a sus Estados como ante los otros Estados contratantes. Estas convenciones crean y sostienen verdaderas garantías colectivas.<sup>48</sup> Las ideas sostenidas por la Corte en esta materia coinciden con las sustentadas, de tiempo atrás, por diversos órganos internacionales, que la sentencia invoca.<sup>49</sup>

Las sentencias analizan en seguida la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, en el funcionamiento del “mecanismo de protección” consagrado por la Convención. Sostienen que cuando un Estado se somete a la correspondiente cláusula facultativa queda

47 Ivcher, párr. 41, y TC, párr. 40.

48 Textualmente, la Corte señala: “La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter estrictamente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno”. Ivcher, párr. 42, y TC, párr. 41.

49 Cfr. European Commission of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application Núm. 788/60, *Austria vs. Italy case*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, The Hague, M. Nijhoff, 1961, p. 140; Eur. Court H. R., *Ireland vs. United Kingdom case*, Judgement of 18 January 1978, Serie A, Núm. 25, p. 90, párr. 239; y Eur. Court H. R., *Soering Case*, Decision of 29 January 1989, Serie A, Núm. 161, párr. 87.



“vinculado a la integridad de la Convención, y comprometido por completo con la garantía de protección internacional de los derechos humanos consagrada” en aquélla. El Estado sólo puede sustraerse —según se dijo antes— “mediante la denuncia del tratado como un todo”.<sup>50</sup>

En este orden de consideraciones, las sentencias rechazan la posibilidad de aplicar a los casos que ahora nos ocupan la solución aportada por una “práctica estatal permisiva” bajo el artículo 36.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Aquí se recoge la doctrina anteriormente señalada acerca de la naturaleza de los tratados de derechos humanos —con su consecuente influencia sobre los actos relacionados con ellos: así, la operación de la cláusula facultativa—, y se reitera el deslinde frente a los casos de controversia puramente interestatal encomendados a la Corte Internacional de Justicia. Esta diferencia ha sido apreciada por la Corte Europea de Derechos Humanos en relación con la cláusula facultativa de su propia jurisdicción obligatoria.<sup>51</sup>

Se ha sostenido, desde una posición diversa a la asumida por la Corte, que el Estado dispone de la facultad de retirar libremente el reconocimiento de la competencia del tribunal, mediante un acto unilateral y soberano, del mismo modo que con un acto de esta misma naturaleza se sometió anteriormente a esa competencia. En la consideración de este asunto, las sentencias distinguen entre el

acto jurídico unilateral efectuado en el contexto de las relaciones puramente interestatales (v.g., reconocimiento, promesa, protesta, renuncia), que se completa por sí mismo de forma autónoma (y) un acto jurídico unilateral efectuado en el marco del derecho convencional, como la aceptación de una cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional. Dicha aceptación se encuentra determinada y condicionada por el propio tratado y, en particular, por la realización de su objeto y propósito.<sup>52</sup>

De nueva cuenta se sostiene que el Estado sólo podría denunciar el tratado en su conjunto, a no ser que este mismo disponga otra cosa, lo que no ocurre en la hipótesis de la Convención Americana.

50 Ivcher, párr. 46, y TC, párr. 45.

51 Artículo 46 de la Convención Europea, anteriormente a la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998, del protocolo XI. *Cfr.* la tesis de este tribunal en Eur. Court H. R., *Case of Loizidou vs. Turkey* (Preliminary Objections), Judgement of 23 March 1995, Serie A, Núm. 310, p. 25, párrs. 68, 82 y 84.

52 Ivcher, párr. 49, y TC, párr. 48.

Finalmente, las sentencias abordan otro asunto relevante dentro del retiro de reconocimiento formulado por Perú: el efecto inmediato de dicho retiro, que antes mencioné. Evidentemente, si la Corte no reconoce la posibilidad del retiro —sino sólo de la denuncia del tratado—, únicamente de manera incidental podría ocuparse en un punto que supondría una solución favorable al tema mismo del retiro. Por ello, las sentencias utilizan aquí un lenguaje cauteloso: “Aun en la hipótesis de que fuera posible tal ‘retiro’ —hipótesis rechazada por esta Corte—, no podría éste de modo alguno producir ‘efectos inmediatos’”.<sup>53</sup>

En efecto, el plazo de preaviso de doce meses instituido por el artículo 56.2 de la Convención de Viena “tiene el propósito de proteger los intereses de las otras Partes en el tratado”. La obligación internacional contraída por una declaración unilateral tiene, no obstante, carácter vinculante: “el Estado queda sujeto a ‘seguir una línea de conducta consistente con su declaración’, y los demás Estados Partes están habilitados para exigir que sea cumplida”.<sup>54</sup> Los efectos de las declaraciones unilaterales con duración indefinida no pueden cesar inmediatamente, a discreción del Estado. La Corte Internacional de Justicia ha sostenido que la “exigencia de buena fe parece imponer que se debería aplicar a ellas por analogía el tratamiento previsto por el derecho de los tratados, que requiere un plazo razonable para el retiro o la denuncia de tratados que no contienen disposición alguna sobre la duración de su validez”.<sup>55</sup>

Al cabo de estas consideraciones y razonamientos, la Corte —en cumplimiento de la misión jurisdiccional que le compete, como pieza esencial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos— sostuvo su competencia para conocer los Casos Ivcher y TC, y señaló que es inadmisibles el “pretendido retiro” con efectos inmediatos, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por parte del Estado. Consecuentemente, dispuso continuar con el conocimiento y la tramitación de ambos asuntos conten-

53 Ivcher, párr. 52, y TC, párr. 51.

54 Ivcher y TC, *idem*. Coincide con el criterio sustentado por la Corte Internacional de Justicia, que recoge la sentencia de la Corte Interamericana. *Cfr.* ICJ, *Nuclear Tests case* (Australia vs. France), Judgement of 20 Decembre 1974, ICJ Reports (1974), p. 268, párr. 46; e ICJ, *Nuclear Tests case* (New Zealand vs. France), Judgement of December 1974, ICJ Reports (1974), p. 473 y 267, párrs. 49 y 43, respectivamente.

55 Ivcher, párr. 53, y TC, párr. 52. *Cfr.* ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in against Nicaragua* (Jurisdiction of the Court and Admissibility of Application- Nicaragua vs. United States, Judgement of. 26 November 1984), ICJ Reports (1984), p. 420. párr. 63, y *cfr.* p. 418, párrs. 59 y 60.

ciosos, notificar las sentencias a las partes y comisionar a su presidente para convocar a éstas a las respectivas audiencias sobre el fondo de los casos. Notificado el gobierno del Perú, su Embajada en Costa Rica devolvió las resoluciones de la Corte y sus respectivos anexos el 27 de septiembre de 1999.<sup>56</sup>

A todo lo anterior conviene agregar las novedades derivadas del conocimiento que tuvo la Corte sobre actos del Estado peruano en los Casos Loayza Tamayo, Castillo Petruzzi y Cesti Hurtado, que culminó en diversas resoluciones judiciales al final de noviembre de 1999. En los dos primeros casos mencionados, el tribunal se pronunció sobre el cumplimiento de las sentencias respectivas, al que se había rehusado el gobierno del Perú. En ambos utilizó la misma fórmula resolutive: “Declarar que, de acuerdo con el principio básico *pacta sunt servanda*, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado tiene el deber de dar pronto cumplimiento” a las sentencias del 27 de noviembre de 1998, referente al Caso Loayza Tamayo,<sup>57</sup> y del 30 de mayo de 1999, correspondiente al Caso Castillo Petruzzi.<sup>58</sup>

En el Caso Cesti Hurtado, al que también me he referido en este trabajo, el Estado dispuso la libertad de la víctima, pero no el cumplimiento de otros extremos de la resolución, y solicitó a la Corte una interpretación de la sentencia de fondo.<sup>59</sup> La Corte declaró que “la demanda de interpreta-

56 En la nota de devolución (5-9-N/84, la Embajada —que actúa en el caso “por instrucciones del Gobierno peruano”— reitera la decisión de su país sobre el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y menciona los efectos que atribuye a este retiro en relación con todos los casos en que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte. Igualmente, la nota recuerda que el gobierno ha dejado sin efectos las designaciones de agentes para intervenir en este caso. *Cfr. supra*, nota 29.

57 Resolución del 17 de noviembre de 1999, en el Caso Loayza Tamayo, cumplimiento de sentencia, res. 1. En los considerandos se invocan argumentos vinculados con el carácter definitivo e inatacable de las resoluciones de la Corte (artículo 67 de la Convención); el compromiso de los Estados Parte en la Convención de cumplir las decisiones de la Corte (artículo 68.1); el hecho de que “esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado”, respaldado por la jurisprudencia internacional; y la improcedencia de que un Estado invoque disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969; finalmente se observa: “Que, en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, éstas deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra”. *Ibidem*, cons. 5-9.

58 Resolución del 17 de noviembre de 1999, en el Caso Castillo Petruzzi y otros, cumplimiento de sentencia, res. 1.

Los considerandos invocan las mismas razones aducidas por la Corte en la resolución del caso Loayza Tamayo, correspondiente a este tema. *Ibidem*, cons. 2-6.

59 Así, por escrito del 13 de octubre de 1999, en el que manifiesta que el artículo 58.4 del Re-DR © 2000.

ción sometida por el Estado peruano no suspende la ejecución de la sentencia del 29 de septiembre de 1999 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.<sup>60</sup>

glamento de la Corte, que prohíbe la suspensión de la ejecución de una sentencia no resultaba aplicable al caso en estudio, en la medida en que el Estado solicitó, en ese mismo escrito, la interpretación y aclaración de aquélla, que tienen que ver con aspectos relativos a su ejecución.

<sup>60</sup> El fundamento de la decisión se halla, primordialmente, en el artículo 58 del Reglamento de la Corte y en la consideración de que “la naturaleza del proceso ante un tribunal de derechos humanos hace que las partes no puedan separarse de determinadas reglas procesales, pues las mismas tienen el carácter de orden público procesal”, como afirmó la Corte en la sentencia del 2 de febrero de 1996, dictada en el Caso Garrido y Baigorria. Resolución del 19 de noviembre de 1999, en el Caso Cesti Hurtado, solicitud de interpretación de la sentencia del 29 de septiembre de 1999, considerandos 2 y 3. El tribunal consideró pertinente convocar al Estado y a la Comisión Interamericana a una audiencia pública sobre la solicitud de interpretación de la sentencia, formulada por aquél. El mismo 19 de noviembre, la Corte dispuso medidas provisionales (conducentes a proteger la vida e integridad física y psíquica del señor Cesti Hurtado y varios familiares de éste).

## LAS REPARACIONES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

SUMARIO: I. *Consideración general*. II. *Procedimiento y sentencia sobre reparaciones*. III. *Legitimación procesal*. IV. *Derecho aplicable a la reparación*. V. *Hipótesis de violación*. VI. *Contenido de la reparación*.

### I. CONSIDERACIÓN GENERAL

La conducta ilícita genera una lesión jurídica —además de lesiones de otro orden— que es preciso reparar con justicia, oportunidad y suficiencia. Esta es la “prueba de fuego” para un sistema tutelar de bienes. Donde hay violación sin sanción o daño sin reparación, el derecho entra en crisis, no sólo como instrumento para resolver cierto litigio, sino como método para resolverlos todos, es decir, para asegurar la paz con justicia. Cuestionada su eficacia, asalta la tentación de utilizar vías extrajurídicas para obtener lo que no proveen las jurídicas. Importa, pues, que la positividad de la norma (vigor real) se asocie a su vigencia (vigor formal).

Esa relación es más difícil, incierta, en el orden internacional que en el interno. En aquel abundan los motivos de excusa, reticencia o demora; entre ellos, las razones de la soberanía, que se elevan, paso a paso, en el curso del procedimiento: desde las excepciones preliminares hasta la interpretación y ejecución de la sentencia. Agréguese la complejidad característica, las dilaciones naturales y los costos elevados de la contienda internacional. De ahí que sea preciso vigilar, cuidar, asegurar con especial esmero la relación entre vigencia y positividad en el derecho de gentes. Aquí la llamada cultura de la legalidad, la convicción jurídica y la voluntad de plegar la conducta propia al deber establecido —*pacta sunt servanda*, en “pie de guerra”— quedan en la mayor evidencia.

\* *Jornadas J. M. Domínguez Escovar en homenaje a la memoria del R. P. Dr. Fernando Pérez-Llantada (S. J.): Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio*, Caracas, 2000, pp. 601-648.

El tema se ha recogido en un precepto heterogéneo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 63, que en sus dos incisos y en sus diversos párrafos reúne instituciones de distinta naturaleza. Esta norma relevante abre la vía a un complejo y completo sistema de reparaciones, y en este sentido resulta más amplio y enfático que su correspondiente europeo.

En efecto, este último instrumento propone la consideración de un doble plano reparatorio: primero, ante la autoridad doméstica; luego, ante el órgano transnacional. El artículo 50 del Convenio de Roma señala que si el tribunal europeo encuentra que alguna resolución o medida de cualquier autoridad se opone a las obligaciones que derivan de aquel Convenio, “y si el derecho interno... sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada”.

En cambio, la norma interamericana no obliga a esa primera verificación sobre la eficacia reparadora de la vía interna; avanza directamente sobre la reparación internacional que proviene de una responsabilidad asimismo internacional del Estado. Así se observó por la Corte:

Ninguna parte (del artículo 63.1) hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo (Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria, párr. 30).

Si hoy mismo hubiese que redactar una nueva convención americana, probablemente la norma correspondiente a reparaciones recibiría una formulación distinta de la que ahora guarda el artículo 63, y acaso se distribuiría en más de un precepto. Habría que deslindar las medidas para evitar la violación de un derecho (medidas provisionales) de las consecuencias de la violación cometida (reparaciones), que figuran, reunidas en ese precepto, así como incorporar entre estas últimas las garantías en el goce —y ejercicio— de los derechos y libertades conculcados al lesionado y abarcar con fórmula muy amplia las diversas proyecciones de la reparación.

La lectura del inciso 1 del artículo 63 ha llevado a establecer una doble perspectiva en la operación de sus normas. La primera parte (“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce

de su derecho o libertad conculcados”) miraría hacia el futuro y garantizaría, en ese plano del tiempo, protección de la libertad o el derecho; se trataría, en consecuencia, de una disposición con objeto y efectos a un tiempo “preventivos” y “resarcitorios”.

La segunda parte (“Dispondrá —la Corte— asimismo, si ello fuera precedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”) miraría hacia el pasado, donde se consumó —formal o materialmente— la violación y se actualizó, por ello, una obligación reparadora y un derecho correspondiente; aquí se trataría, a su vez, de una disposición con objeto y efectos “resarcitorios”.

Las complicaciones de nuestra norma han suscitado una constante reflexión jurisprudencial que permita hacer luz donde hay algunas sombras y construir, a fuerza de sentencias, un *corpus* sobre las reparaciones. A éste han llegado, desde luego, las enseñanzas de la jurisprudencia formada por otros órganos internacionales, frecuentemente acogida por la Corte Interamericana, y de una copiosa doctrina. Es interesante advertir cómo se avanza en el espacio de las reparaciones en cada nueva sentencia sobre la materia que dicta la Corte, e incluso en las resoluciones de fondo.

En un primer momento, la Corte identificó sus sentencias sobre resarcimiento con el rótulo de “Indemnización compensatoria” (así, en los Casos Velázquez Rodríguez, Sentencia del 21 de julio de 1989, y Godínez Cruz, Sentencia de la misma fecha). Posteriormente, la Corte optó por referirse a “Reparaciones” y sostener que la reparación es un “término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido” (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, párr. 41). Adelante volveré con mayor detalle sobre este asunto.

## II. PROCEDIMIENTO Y SENTENCIA SOBRE REPARACIONES

El proceso sobre derechos humanos previsto en el derecho interamericano tiene un objeto necesario y otro contingente. Aquél es, por supuesto, el litigio mismo sobre violación de derechos; el segundo, la contienda acerca de la reparación. Cuando hablo de objeto contingente me refiero única y exclusivamente, desde luego, a la implicación procesal del punto, no a su significado sustancial. Desde esta perspectiva, el interés jurídico de reparación no reviste ese carácter contingente.

La conclusión ordinaria o normal del juicio internacional —como la de cualquier proceso— es la sentencia que resuelve la controversia, aunque también existe la posibilidad de conclusión anticipada, extraordinaria o anormal —dicho asimismo en términos de derecho procesal— por medio de una resolución diferente, el sobreseimiento, con la que se cierra el proceso tras el allanamiento o el desistimiento de la pretensión (artículo 52), cuando ésta es disponible. Empero, en el caso de allanamiento “la Corte fijará las reparaciones e indemnizaciones correspondientes” (artículo 52.1).

Sobre el objeto necesario discurren los dos primeros periodos del procedimiento, visto en su conjunto: el relativo al conflicto incidental acerca de las excepciones preliminares —tema que aún reclamará cuidadosa consideración—, en el caso de que el demandado las oponga, y el referente al conflicto sustantivo, que se dirime en la sentencia de fondo. En éste se propone un acto o una situación violatorios; la pretensión consiste en que se declare que los hubo y se fijen las consecuencias pertinentes.

Lógicamente, hay que resolver, en primer término, si efectivamente hubo una violación de la Convención Americana. Si no la hubo, no habrá sustento para consecuencias sancionadoras. Se habrá decidido la materia principal y no se ingresará en la accesoria, que no existe y que precisamente en esta hipótesis muestra su carácter contingente.

Puesto que aquí interesa que se declare la existencia, en su caso, de violaciones a la Convención, tema que puede ser deslindado de su consecuencia —la reparación—, la sentencia correspondiente reviste carácter declarativo. El artículo 55 define el contenido de la sentencia; y nada en él obsta para llegar a esa afirmación, como no sea la referencia expresa a un “pronunciamiento sobre costas, si las hubiere” (1.h), que puede ser genérico y dejar para la sentencia de reparaciones —como en efecto ha sucedido— el detalle de la condena.

Las sentencias de fondo de la Corte Interamericana han oscilado entre la pura declaración de las violaciones cometidas, por una parte, y esta misma declaración más el agregado de los efectos jurídicos de la violación, que generalmente figuran en términos generales, por la otra. En este último caso se configura una sentencia mixta, declarativa y condenatoria, en la que se agotan los puntos declarativos y sólo se inician —como base para el acuerdo de las partes o la futura resolución de la Corte— los condenatorios.



Dejando de lado condenas reparatorias pecuniarias en la sentencia de fondo, que podrían figurar en ésta o en la específica sobre la materia que ahora nos interesa, conviene llamar la atención acerca de la conducta a seguir por el juzgador cuando la demora en establecer alguna o algunas reparaciones implica la subsistencia de una situación violatoria que afecta un bien de la mayor importancia, como es la libertad. En esta circunstancia, parece razonable que la decisión de fondo avance sobre el tema de reparaciones con el propósito de que cese aquella violación (Caso Loayza Tamayo, Fondo, párr. 84 y resolutivo 5).

El tercer periodo del procedimiento se concentra en la reparación de las violaciones cometidas. He dicho que se trata de un objeto accesorio del proceso —sin perjuicio de que también sea materia esencial del litigio, tanto como la misma cuestión de fondo: las violaciones—, porque puede haber proceso sin que exista debate sobre reparaciones. Así ocurre si el allanamiento se traduce en forma satisfactoria para la víctima, que es la acreedora principal —pero no exclusiva— de las reparaciones, o bien, si tiene éxito la oportunidad de composición entre las partes, abierta por la sentencia declarativa. Si nada de esto acontece, se ingresa en el tercer periodo, que desembocará en una típica sentencia de condena a determinadas prestaciones por parte de quien incurrió en las violaciones previamente acreditadas (artículo 56).

Digo que la víctima es la acreedora principal a las reparaciones —e incluso este calificativo pudiera resultar discutible—, porque el orden judicial internacional se despliega para la defensa de intereses individuales y colectivos, vulnerados simultáneamente por la conducta o la situación violatorias. Obviamente, esto mismo ocurre en el orden nacional.

Así, hay reparaciones debidas precisamente a la víctima, sujeto lesionado, como la indemnización por daños y perjuicios causados, la condena en costas, la atención al proyecto de vida; pero también las hay que se dirigen a restituir o reparar, reponer o preservar bienes que exceden al lesionado inmediato —aunque pudieran abarcarlo— y corresponden a la sociedad en su conjunto: tal ocurre cuando se dispone la reforma de una norma que se opone a la Convención o se ordena investigar y sancionar al responsable de la violación de derechos, libertades o garantías, que por serlo se convierte, bajo la ley doméstica, en autor de un delito. La persecución de los delitos satisface al ofendido, pero ante todo permite mantener incólumes los bienes jurídicos colectivos que se atienden a través de la justicia penal.

En síntesis, si bien nada se opone a que en la sentencia de fondo se avance sobre el tema de reparaciones, posibilidad que establece el artículo 56.1 del Reglamento de la Corte, es razonable que en aquélla sólo se aborden las reparaciones cuya demora pudiera acarrear la continuación de una insoportable vulneración a cierta libertad, derecho o garantía. Fuera de esta hipótesis, parece adecuado que la resolución de fondo no agote el punto de las reparaciones, tomando en cuenta que siempre existe —al menos como generalizada hipótesis— la posibilidad de adecuada composición. Por todo ello, el abordaje de las reparaciones en la sentencia de fondo se puede hacer en forma enunciativa y general sobre el deber de reparar, como consecuencia jurídica de las violaciones declaradas.

Otra técnica sobre la sentencia de fondo, sugeriría que ésta se limita-se a los puntos declarativos y a la manifestación de que las reparaciones quedan sujetas, en un primer análisis necesario, al acuerdo entre las partes, y en otro posterior y contingente, a la decisión de la Corte. Ahora bien, el acuerdo entre aquéllas puede poner en otras manos la sugerencia o la decisión misma del asunto: *v. gr.*, una instancia arbitral, que produzca un laudo (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, párrs. 18 y ss.), a condición de que las partes finalmente asuman ese laudo como contenido de su propio convenio.

La materia de reparaciones se halla en principio sujeta, pues, a la deliberación y acuerdo entre las partes. Esto implica varias cosas. Por un lado, que generalmente se trata de derechos disponibles —o en todo caso, que es disponible la consecuencia de la inobservancia de esos derechos—, porque de otra suerte sólo cabría una solución estrictamente jurisdiccional. Por otro lado, que se privilegia, como suele ser razonable, la vía no contenciosa sobre la contenciosa: queda franca la posibilidad de desjudicializar la solución del conflicto y permitir que las partes decidan, a través de la autocomposición, lo que convenga mejor a sus intereses.

Este aliento a la composición se localiza a lo largo del procedimiento interamericano: así, la composición amistosa es una solución admisible —y deseable— en la etapa que se ventila ante la Comisión Interamericana, pero debe estar “fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en (la) Convención” (artículos 48.1.f, y 49). El Reglamento de la Comisión, que acoge este mismo señalamiento, puntualiza que para llevar adelante la función compositiva que aquí se comenta es necesario que “el asunto por su naturaleza sea susceptible de solucionarse mediante la utilización del procedimiento de solución amistosa” (artículo 45.2); y que si

la Comisión advierte, en la tramitación del asunto, “que éste por su naturaleza no es susceptible de una solución amistosa” podrá dar por concluida su actividad mediadora (*ibidem*, inciso 7).

En fin, no se trata de arribar a “cualquier” solución amistosa, sino a una solución justa, como es propio de un verdadero sistema de protección de derechos, al que repugna cubrir arreglos injustos con el prestigio de la justicia. Esto mismo se observa en la posibilidad, sobre la que volveré *infra*, de que la Corte ordene la continuación del proceso pese al desistimiento o al allanamiento.

Cuando se habla aquí de acuerdo entre partes, se alude a las que lo son en sentido material —lesionado y Estado—, o bien, asimismo en sentido formal, en cuanto se trate de representantes o familiares de aquél, tomando en cuenta lo que dispone el artículo 56.1 del Reglamento de la Corte acerca de los acuerdos: si ésta “fuere informada de que el lesionado y la parte responsable han llegado a un acuerdo...”. Esto no excluye la posibilidad de que la Comisión, parte en todo el proceso, comparezca, pruebe y alegue en la fase de reparación, sobre todo —aunque no exclusivamente, en mi concepto— cuando las reparaciones aplicables van más allá del resarcimiento o la satisfacción estrictamente personales.

Vuelvo ahora a un asunto que *supra* abordé brevemente: la idoneidad del acuerdo como medio conclusivo del litigio y excluyente de la sentencia. No obstante las evidentes ventajas de la autocomposición —en que las partes hallan en sí mismas, y no en la fuerza de un tercero, la solución a su conflicto—, aquélla puede ser fuente de injusticias o inequidades. De ser así, la administración de justicia habría servido a un resultado indigno. Por ello, como antes mencioné, el acuerdo *inter partes* —sea que provenga directa e inmediatamente de éstas, sea que asuma el contenido de una decisión de tercero convocado por las partes: laudo, por ejemplo— queda sujeto a la homologación por la Corte, que no se limita a verificar las condiciones formales del acuerdo y las voluntades expresadas en éste, sino lo confronta con las violaciones cometidas, la naturaleza y gravedad que aquéllas revisiten, la reparación pertinente y razonable, las exigencias de la justicia y la equidad, y las circunstancias del caso y de las partes. En fin, la Corte siempre se reserva la potestad de homologar el acuerdo, para que éste adquiera eficacia (Casos Velázquez Rodríguez, Fondo, párr. 191; Neira Alegría y otros, Fondo, párr. 90, y Garrido y Baigorria, Fondo, resolutive 4).

Al respecto, es clara la prevención del artículo 56.1, *in fine*, del Reglamento de la Corte: ésta “verificará que el acuerdo sea justo y dispon-

drá lo conducente”; y también lo son las disposiciones contenidas en los artículos 52 —la Corte resolverá “si hay lugar al desistimiento” y “sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos”—; 53 —la Corte podrá sobreeser, escuchando previamente a los representantes de las víctimas o sus familiares— y 54: “La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes”.

El principio *pro homine*, que gobierna la interpretación de las normas sobre derechos humanos y conduce las decisiones de la jurisdicción, gravita también en las reparaciones y en los correspondientes acuerdos entre las partes. La Corte Interamericana ha considerado esta materia con una fórmula que entraña esa gravitación y fija el criterio aplicable a este asunto: tomando en cuenta “la disposición del Gobierno y los intereses superiores de las víctimas” (Caso El Amparo, Fondo, párr. 21).

El desacuerdo entre las partes, del que se informa al tribunal, o la impertinencia del acuerdo alcanzado acerca de la indemnización pertinente, al que no se da carácter ejecutivo a través de la homologación, son otros tantos supuestos para la apertura de la fase de reparaciones dentro del proceso tutelar de derechos humanos, hasta arribar a una sentencia de condena que aborde y abarque todos los puntos pertinentes —haya o no contienda formal— a propósito de cada una de las violaciones cometidas.

Como se ve, tenemos aquí un proceso que continúa por impulso del tribunal, no obstante que las partes se resisten a proseguirlo o desisten de hacerlo. No prevalece la voluntad de éstas, que corresponde a una decisión privada, sino la voluntad tutelar de los derechos humanos, que conculca a una determinación colectiva.

Lo dicho acerca del improcedente convenio sobre puntos de interés aparentemente privado, queda en mayor evidencia en otro supuesto de apertura del procedimiento sobre reparaciones, vinculado con la hipótesis de indisponibilidad de la materia contenciosa: el atinente a medidas cuya adopción va más allá del interés individual de la víctima, aunque afecte a éste o se relacione con él, y por eso mismo haya llegado al conocimiento de la Corte.

Eso sucede, por ejemplo, cuando la reparación consiste en actos legislativos o en medidas de política que abarquen el caso de la víctima y muchos más, como es característico de la norma general y de las políticas públicas, o cuando el pacto implique violación a un deber indeclinable

del Estado, como es la obligación persecutoria de las conductas ilícitas. Aquí interesa menos el acuerdo al que lleguen las partes, si acaso llegan a alguno, que el compromiso del Estado —una expresión unilateral, sujeta a apreciación jurisdiccional— sobre la conducta que desplegará.

En efecto, el tribunal ha decidido que

aun cuando el particular damnificado perdone al autor de la violación de sus derechos humanos, el Estado está obligado a sancionarlo, salvo la hipótesis de un delito perseguible a instancia de un particular. La obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los culpables no tiende a borrar las consecuencias del acto ilícito en la persona afectada, sino que persigue que cada Estado Parte asegure en su orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la Convención (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, párr. 73).

Por lo que hace a la influencia de la preparación de un acuerdo entre las partes sobre el procedimiento judicial mismo, se ha entendido que aquélla no puede interferir en éste, a un punto tal que lo suspenda, puesto que el proceso sobre derechos humanos interesa al orden público. Pero también la composición sirve a ese orden público. Por ello la Corte, que no puede suspender el procedimiento judicial, está en posibilidad de conceder un plazo para que las partes arriben a un acuerdo (Caso Garrido y Baigorria, Fondo, párrs. 28-30).

En suma, se podría concluir que:

- a) El deber de reparar, en la especie, se desprende de las declaraciones formuladas en la sentencia de fondo acerca de las violaciones cometidas; aquélla puede establecer dicho deber, en términos generales, y constituir, por ello, una sentencia mixta: declarativa y condenatoria;
- b) La reparación, objeto accesorio y contingente del proceso tutelar de los derechos humanos, queda sujeta al acuerdo entre las partes, que en este sentido implica un convenio sobre la forma de ejercer un derecho reconocido y cumplir un deber acreditado;
- c) Ese acuerdo *inter partes* comprende a quienes participan o pueden participar en la contienda sobre reparaciones como partes en sentido material; o bien, en sentido formal, si se trata de representantes y familiares de la víctima, sin que ello excluya la comparecencia de la Comisión Interamericana, que es parte a lo largo de todo el proceso;

- d) La consecuente autocomposición tiene el límite que en general restringe este género de soluciones del litigio: disponibilidad sobre la materia justiciable y capacidad para ejercer la disposición;
- e) Por ello, la flexibilidad que existe en puntos patrimoniales, dentro de un marco de equidad, resulta por lo menos discutible en otros espacios o francamente inadmisibles cuando implica relevar al Estado de un deber público derivado de la Convención o de sus propias disposiciones internas; y
- f) La Corte debe homologar el convenio entre las partes acerca de la reparación; este acto convalida el acuerdo de voluntades, le confiere ejecutividad y pone término a la contención sobre reparaciones, sin perjuicio de la aclaración de sentencia, que en todo caso se resuelve sin revisar las decisiones adoptadas acerca del litigio mismo.

### III. LEGITIMACIÓN PROCESAL

La materia de reparaciones ha sido el puente para que ingresen al sistema interamericano algunas novedades útiles en materia de legitimación procesal activa. No hay duda en cuanto a la titularidad del bien jurídico afectado por la violación cometida, pero la hay en cuanto a la posibilidad y conveniencia de que el titular de ese bien acuda, como perfecto *sui juris*, a reclamar en sede jurisdiccional la violación cometida y rescatar, de esta suerte, su derecho. Y algo más que eso: a defender el derecho objetivo a través de la defensa del derecho subjetivo.

En este último punto se aprecia también la diferencia entre la tutela del orden jurídico reservada a ciertos órganos públicos y la misma tutela atribuida, en calidad de derecho subjetivo, a cualquier persona, como ocurre, por ejemplo, a través de la acción popular para plantear la inconstitucionalidad de una ley ante una corte constitucional.

En el sistema interamericano, considerado como un todo, la actividad protagónica de la víctima se contrajo a la fase desarrollada ante la Comisión Interamericana conforme a las disposiciones anteriores al vigente reglamento de la Corte. La víctima no traspuso la puerta de acceso a la etapa jurisdiccional que se sigue en el tribunal, sólo franqueada para la Comisión Interamericana o el Estado demandante. Dado que las demandas han procedido siempre de la Comisión, ésta asume, por su derecho y en los hechos, una especie de monopolio persecutorio de la conducta ilícita.

cita, que se asemeja al que posee, en algunos sistemas nacionales, el Ministerio Público. Esto convierte a la víctima en un observador del juicio que le atañe, un espectador de la suerte que corre su derecho, un extraño en una contienda que es, sin embargo, “su” contienda.

Se aducen ventajas y desventajas en la intervención de la víctima a título de parte procesal, aunque no haya duda de que es sujeto de la relación jurídica material. La pretensión es suya, materialmente, sin perjuicio de que también lo sea de otro titular: uno difuso, genérico, que actúa a través de la Comisión Interamericana y cuyos intereses —la tutela, *in genere*, de los derechos humanos y la legitimidad en la actuación del Estado— no quedan sujetos necesariamente al interés —con las consecuentes oscilaciones— del lesionado particular. Sobre este punto siguen siendo útiles ciertas nociones que no me corresponde desenvolver ahora: la identificación de los intereses en juego, la caracterización de las partes formales y materiales, el ejemplo del Ministerio Fiscal o Público del derecho interno, la teoría de la dispositividad de los bienes, y algunas más.

El Reglamento de la Corte Interamericana del 16 de septiembre de 1996, que se halla en vigor, admitió una novedad que probablemente señala el camino del porvenir, ya recorrido por el sistema europeo. En efecto, invistió a la víctima con legitimación procesal activa, lo cual es mucho más, ciertamente, que sólo permitir al denunciante original y a los representantes de las víctimas o sus familiares la intervención en un debate, a solicitud de la Comisión y como asistentes de ésta (artículo 22.2 del reglamento).

La nueva decisión reglamentaria se produjo con una fórmula un tanto oblicua, porque se refirió a los representantes de la víctima en vez de hacerlo a ésta, y en forma limitada, porque la legitimación sólo alcanza a la etapa de reparaciones en el proceso sobre derechos humanos. Esto último resulta, por ahora, insuperable para la propia Corte, que quizá no podría ir más lejos en su reglamentación interna sin chocar con normas superiores por las que está vinculada.

El artículo 23 del reglamento de la Corte, que faculta a los representantes de las víctimas o sus familiares para presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma con respecto a la Comisión, ha tenido frecuente aplicación en los casos contenciosos de los que ha conocido la Corte en estos últimos años. Ciertamente, no ha estorbado, sino apoyado, la función de la Comisión ante la Corte, del mismo modo que ésta ha favorecido, con su propia actuación, la defensa de los intereses de las víctimas y sus derechohabientes.

Sobre este asunto conviene precisar todavía algunos puntos, deducidos de la jurisprudencia o la práctica de la Corte, o bien, de principios generales sobre las figuras jurídicas que aquí se actualizan, a saber:

- a) La autonomía que se atribuye a los representantes y familiares confiere a éstos personalidad y libertad con respecto a la Comisión y ante la Corte, precisamente en la etapa de reparaciones y para los fines de ésta —que desde luego alcanzan la interpretación de una sentencia sobre la materia y los puntos que atañen a la ejecución respectiva—, no así en otras etapas, como las excepciones preliminares y el conocimiento del fondo;
- b) En tal virtud, la Comisión y los representantes o los familiares de la víctima no se excluyen procesalmente; en la práctica, actúan como los personajes de un litisconsorcio activo;
- c) La actividad procesal de la víctima, de sus representantes y de sus familiares tiene el alcance que se reconoce al concepto de acceso a la justicia en sentido formal, es decir, se identifica con el derecho de audiencia en sentido amplio: comparecer en el proceso, proponer pruebas y expresar alegatos (argumentos). Las disposiciones aplicables a estos actos, en general, son también aplicables a las comparecencias, las pruebas y los alegatos de los sujetos legitimados por el artículo 23 del reglamento de la Corte;
- d) Se entiende que la legitimación alcanza primero a la víctima misma y a sus derechohabientes, que suceden a aquélla en determinados derechos, sin perjuicio de los que pudieran tener a título propio —así, como víctimas indirectas— y como consecuencia o reflejo, habida cuenta de la naturaleza de algunas violaciones y de las circunstancias mismas del juicio, a sus representantes o familiares;
- e) Los representantes son las personas que han recibido por cualquier título jurídico idóneo la capacidad de sostener en juicio los intereses de la víctima o de sus derechohabientes; la fuente puede ser legal o convencional; la prueba de la representación no está dominada por el rigor formal inherente al derecho interno (Casos Castillo Páez, Reparaciones, párrs. 65 y 66, y Loayza Tamayo, Reparaciones, párrs. 98 y 99); y el término familiares debe “entenderse como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas



- por un parentesco cercano” (Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, párr. 69), y
- f) La legitimación reconocida a la víctima, un asunto procesal, se proyecta en el contenido posible de la reparación, un asunto material; tal es el caso cuando se considera el pago de gastos y costas.

#### IV. DERECHO APLICABLE A LA REPARACIÓN

Lo expuesto en el apartado anterior pone al tanto de que la figura del reclamante de reparación —sea la Comisión, sea un particular, sean ambos sujetos— y la forma en que éste comparece en el procedimiento internacional tutelar de los derechos humanos, son asunto del derecho de gentes, que en la especie han resuelto la Convención Americana y el reglamento de la Corte. Difícilmente podría haber duda a este respecto, tomando en cuenta que la jurisdicción internacional con respecto a la cual se plantean aquellos puntos, es una creación del derecho internacional.

En seguida es preciso resolver qué ordenamiento se aplicará a los problemas materiales —ya no procesales— de la reparación. Una vez acreditada la violación, sobreviene el juicio —un juicio subordinado o derivado, pues— sobre la reparación de los daños derivados de ésta. Una primera posibilidad, que no es la prevaleciente en el sistema interamericano, permitiría que la sentencia declarativa internacional fuese el título para construir una sentencia condenatoria nacional, expedida por un órgano interno conforme a su propio derecho.

Otra posibilidad, que es precisamente la acogida en el sistema interamericano —y no sólo en éste—, entrega la materia al propio órgano judicial internacional y al derecho de gentes: serán éstos el medio y la regla para resolver todos los temas de la reparación, o al menos los temas sustanciales, sin perjuicio de algunas aplicaciones del derecho nacional, como serían, por ejemplo, las conducentes a establecer la relación civil entre el lesionado y sus derechohabientes y a identificar a los beneficiarios de ciertas medidas.

La jurisprudencia de la Corte ha destacado —como se ha hecho en otros contextos— que la reparación de las violaciones cometidas constituye uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes y que la obligación de reparar es del derecho internacional. En efecto, éste instituye o reconoce el derecho o la libertad, estatuye el deber de respetar-

los y previene las consecuencias de la vulneración. Por ende, su régimen excede al derecho interno. El internacional rige todos los aspectos de la obligación respectiva (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, párr. 44). El ordenamiento interno no puede impedir o modificar las medidas reparadoras derivadas del derecho internacional (*idem*), al que pertenecen, evidentemente, las resoluciones de la jurisdicción internacional. Esta afirmación posee resonancias muy importantes en algunas de las expresiones más delicadas de la reparación, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como adelante señalaré.

## V. HIPÓTESIS DE VIOLACIÓN

Para fijar la forma y el alcance de la reparación es preciso identificar el acto lesivo —una identificación que pertenece, sobre todo, a la sentencia de fondo en el proceso sobre derechos humanos—, a fin de adecuar a éste la consecuencia reparadora. Para ello hay que estar a lo establecido en la segunda parte del inciso 1 del artículo 63. La redacción es deficiente, o por lo menos discutible, en cuanto parece distinguir entre una reparación de la medida o situación que ha configurado la vulneración de derechos, por una parte, y el pago de una justa indemnización, por la otra. Empero, aquélla —explícitamente denominada reparación— y ésta —designada como indemnización— son versiones o especies de la reparación en sentido riguroso.

Por otra parte, esa misma redacción incluye tanto la violación consistente en una medida, es decir, en un solo acto que por sí solo quebranta la estipulación, como la que consiste en una situación; es decir, en un estado de las cosas, una diversidad de hechos, actos, circunstancias, cuyo conjunto trae consigo la vulneración de la norma.

Si la violación puede provenir de diversas autoridades, es natural que la reparación pueda dirigirse, en contrapartida, a espacios en los que se ejercen las atribuciones de esas autoridades. No hay duda sobre el sujeto responsable de las violaciones: el Estado en su conjunto, y no apenas alguno de sus órganos, organismos o dependencias.

La reacción reparadora que se dirige al Estado se concretará, en consecuencia, sobre cualquiera de los entes que figuran en la estructura autoritaria de éste. Por ello no debiera extrañar —aunque a veces así suceda— que las reparaciones, muy frecuentemente generadas por actos u omisiones que se presentan en el ámbito del Poder Ejecutivo —típicamente

administrativos, o bien, de gobierno, o, por último, materialmente legislativos o jurisdiccionales—, puedan serlo también por actos del Judicial —sobre todo resoluciones jurisdiccionales— o del Legislativo —especialmente leyes—. Difícilmente se podría pretender que subsistiera, con plenos efectos, un acto de esta última naturaleza que entraña violación a los derechos o libertades previstos en la Convención.

Para resolver las cuestiones que en este punto suscita el tema de la reparación, es preciso encontrar la relación que media entre determinada conducta o situación y cierta afectación de un derecho o una libertad, para decirlo en los términos que emplea el artículo 63. Esto conduce a una cuestión ardua: la relación de causalidad, que se ha explorado en diversas ramas del derecho. No pretenderé zanjarla aquí.

La aplicación estricta de la teoría de la *conditio sine qua non* nos llevaría a conclusiones excesivas: cada resultado se vincularía a un dato anterior en una cadena infinita de causalidad. Mejor sería, quizá, hablar de una causa eficiente y suficiente: el acto o la situación que por sí mismos vulneran el derecho o la libertad y determinan o concurren eficazmente a determinar, en consecuencia, el daño que aquéllos implican y que es preciso reparar.

La existencia de diversas hipótesis de violación incide en el alcance de las reparaciones: si se trata de una medida violatoria, habrá que corresponder a ella, al suprimir, reducir o compensar sus consecuencias lesivas, que se reducen al asunto justiciable; si viene al caso una situación violatoria, habrá que actuar sobre el conjunto de datos que la integran. Entre éstos pueden figurar conductas de autoridades que afectan de manera concreta e inmediata los derechos del individuo, o bien, actos que los menoscaban conjuntamente, y de los cuales unos pueden funcionar como condiciones necesarias de los otros, con múltiple proyección: en los hechos considerados en el proceso; en hechos diferentes y posteriores con respecto a la misma víctima; o en hechos relativos a víctimas diferentes; así, leyes o sentencias violatorias que autorizan o se traducen en violaciones específicas.

En fin de cuentas, los actos lesivos se vinculan con los derechos estipulados en los artículos 3o. a 26 de la Convención, con la suspensión de garantías reguladas en el artículo 27, y con los deberes generales de los Estados, a propósito de la tutela de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción, que aparecen en los artículos 1o. y 2o. y que aluden a la supresión de obstáculos o limitaciones impertinentes y a la

adopción de medidas. Evidentemente, la conexión entre violación, deber reparador del Estado y medida procedente se torna mucho más compleja y suscita mayores debates cuando se trata de aplicar estas normas sobre deberes generales que cuando sólo vienen al caso las concernientes a derechos específicos.

No analizaré aquí la fuente de la violación, que me llevaría a la consideración de la responsabilidad misma del Estado por actos de sus agentes o de otras personas. Al respecto sólo señalaré —por haberse suscitado tangencialmente este asunto en un caso resuelto por la Corte— que el Estado debe reparar las violaciones cometidas por funcionarios de una provincia o entidad federada, si aquél se haya organizado bajo forma de Federación (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, párrs. 45 y 46).

## VI. CONTENIDO DE LA REPARACIÓN

### 1. *Consideración general*

La violación es hipótesis normativa acreditable y declarable; la reparación es la consecuencia jurídica de aquélla. La naturaleza y las características de la primera determinan las de la segunda, que también se puede y se suele expresar en términos diferentes: así, la reparación reflejará la naturaleza del bien lesionado o asumirá otro carácter, siempre compensatorio.

Ya señalé que la Corte ha sostenido que la reparación es un “término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido”. Por ello, la reparación comprende diversos “modos específicos” de reparar, que “varían según la lesión producida” (Casos Garrido y Baigorria, Reparaciones, párr. 41, y Castillo Páez, Reparaciones, párr. 48).

En un plano ideal, lo deseable sería que no hubiese violación y todo corriera en el cauce regular de la licitud. Bajo esta lógica, el remedio idóneo, cuando se ha presentado una violación, es restituir las cosas al estado que guardaban antes de que aquélla ocurriera, en otros términos, negar jurídica y fácticamente la negación del derecho y restaurar su afirmación en los hechos.

A ese *desideratum* atendería la *restitutio in integrum*, que se atuviese al ambicioso sentido literal de esta expresión, tomada del derecho romano. Sin embargo, restituir las cosas al estado que guardaban, estrictamente, no sólo es improbable, sino también imposible, porque la violación,

con resultados materiales o formales —alteración de la realidad o afectación del derecho—, constituye un imborrable dato de la experiencia: ocurrió y dejó cierta huella, material o jurídica que no es posible desconocer. Así, la absoluta *restitutio* sería, más que una reparación, un milagro.

Por ello es que cuando se ha querido precisar el alcance de la *restitutio* se acepta, inexorablemente, que a la virtud naturalmente restitutoria de ésta —el supuesto restablecimiento de la situación anterior— se añada la eficacia resarcitoria por la vía de la reparación de las consecuencias de la infracción y del pago de indemnizaciones como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados (Casos Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria, párr. 26, y Godínez Cruz, Indemnización compensatoria, párr. 24).

La Corte Interamericana se ha ocupado con detalle en estas cuestiones. Ha sostenido —como lo ha hecho otra jurisprudencia— que la *restitutio in integrum* es un modo de reparar, pero no el único practicable, precisamente porque en numerosos casos deviene, ella misma, impracticable: por ser imposible, insuficiente o inadecuada (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, párr. 49).

No es factible —ha dicho la Corte, empleando una figura— borrar todas las consecuencias de un hecho ilícito: piénsese en la piedra que se arroja a un estanque; produce ondas concéntricas cada vez más alejadas de su eje: efectos cercanos y remotos; estos últimos serán inaccesibles. “Obligar al autor de un hecho a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable” (*ibidem*, párr. 48).

La reparación se deberá dirigir a los efectos inmediatos, y habrá de abarcarlos, por cierto, sólo en la medida en que se hallen jurídicamente tutelados (*ibidem*, párr. 49), o dicho de otra manera, en la medida en que los bienes sobre los que esos efectos recaen se encuentren jurídicamente protegidos, y justamente para reafirmar la protección de la norma general —la Convención— por medio de la afirmación específica de la norma particular —la sentencia judicial—.

Hay diversas clasificaciones de la reparación, tomando en cuenta el contenido que ésta tiene en cada caso. Ya se dijo que el ideal es la *restitutio in integrum*. Por ende, se procurará que las reparaciones dispuestas por la Corte o acordadas por las partes se aproximen en la mayor medida posible a una restitución integral: garantía de los derechos y libertades conculcados, reposición de las cosas al estado en el que se encontraban,

alivio o restauración de los bienes jurídicos injustamente afectados (tomando en cuenta las características de éstos), reducción de las consecuencias lesivas o peligrosas, compensación por los efectos que sea imposible cancelar o excluir de otra manera y evitación de reiteraciones.

Todo ello genera diversas vertientes o especies reparadoras. Un ensayo de sistematización de las reparaciones consideradas por la Corte Interamericana —entre los muchos ensayos que se han hecho sobre el asunto general de la reparación—, permitiría clasificarlas en las siguientes categorías, que es posible estudiar separadamente sin perjuicio de sus estrechas conexiones internas: garantía actual y futura, devolución, reposición, sustitución, indemnización, satisfacción, anulación y prevención. En seguida me referiré a las variedades de reparación más interesantes y frecuentes, así como a algunas modalidades importantes que últimamente ha recogido la jurisprudencia de la Corte.

## 2. *Garantía actual y futura*

Ya expuse algunas consideraciones sobre la redacción del apartado 1 del artículo 63, que distingue entre garantías y reparaciones. Aquéllas sugieren la adopción de medidas precautorias destinadas a evitar daños a las personas; sin embargo, no se confunden con éstas. En efecto, el apartado 2 del mismo precepto contiene el régimen específico de las llamadas “medidas provisionales”, que son, precisamente, esas medidas precautorias o cautelares y que pueden actualizarse independientemente de que haya proceso —así, mientras el caso se encuentra en sede de la Comisión Interamericana, antes del envío a la Corte (artículo 63.2)—, al paso que las garantías se vinculan expresamente al supuesto en que la Corte “decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por (la) Convención”. Evidentemente, esto ocurre cuando existe sentencia declarativa sobre el fondo, sea que la garantía se adopte en esta misma, sea que se haga en un momento posterior, como pudiera ser el relativo a las reparaciones.

En ejercicio de la facultad que le atribuye la primera parte del artículo 63.1 —y que es consustancial a su misión de fondo—, la Corte “dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”. Nótese el carácter imperioso de la expresión “dispondrá que se garantice”, a diferencia del menos terminante que se utiliza inmediatamente después, cuando se alude a las reparaciones: “Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias...”.

Queda claro que si hubo violación, así declarada por la Corte, lo primero que corresponde hacer —necesariamente y como natural consecuencia del hecho acreditado y declarado y de la función que cumple el tribunal— es ordenar que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. De no ser así, la Corte dejaría de lado su función esencial de tutela de los derechos humanos, tan directa e inmediata como sea posible. Apremia esa especie de *restitutio*, mucho más todavía que la adopción de medidas resarcitorias diferentes.

En mi concepto, la expresión “garantice al lesionado en el goce” debe entenderse con un sentido más amplio, que no sólo abarque lo que se denomina “goce de un derecho”, en sentido estricto, esto es, capacidad de titularidad de aquél, sino también lo que se designa como “ejercicio de un derecho”, es decir, capacidad para realizar lo que esa titularidad entraña: desplegar el derecho en los hechos y beneficiarse efectivamente de lo que aquél significa.

Esto último es, en una interpretación del precepto analizado, lo que constituiría el *effet utile* —alcance o aplicación adecuados— de la medida garantizadora. ¿De qué serviría, en efecto, que se asegurase el simple goce de la libertad o de la seguridad o de la propiedad, si el beneficiario no puede ejercitar esos derechos y disfrutar, en la realidad, de los bienes que implican?

Garantizar un derecho o libertad conculcados significa que éstos fueron desconocidos o restringidos en perjuicio de cierta persona, su titular, y que el tribunal dispone que se restituya a éste aquello de lo que se le había privado, o sea, en otros términos, que se repare el agravio jurídico —y material— cometido. De ahí, entonces, que las medidas de garantía, fundadas en la ilicitud observada en el pasado y atentas a la licitud que se quiere para el futuro, sean esencialmente medidas de reparación en beneficio del lesionado.

### 3. *Indemnización*

En la teoría general de los actos ilícitos se reconoce que la indemnización constituye la reparación por excelencia. Permite compensar con un bien útil, universalmente apreciado —el dinero—, la pérdida o el menoscabo de un bien diferente, que no es posible reponer o rescatar conforme a su propia naturaleza. El ejemplo más impresionante de esta compensación de un bien con otro, absolutamente distinto y ciertamente menor en

la jerarquía de los bienes jurídicos, es la reparación por la pérdida injusta de la vida. En este caso, la reparación adquiere, fundamentalmente, la forma de una indemnización pecuniaria (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, párr. 50).

Al respecto, conviene observar dos principios formulados por la Corte Interamericana. Primero, puesto que se trata —bajo la fórmula del artículo 63— de reparar las consecuencias de la medida o situación violatorias y de proveer una “justa indemnización” a la parte lesionada, ésta debe proveerse en “términos suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida” (Casos Velázquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, párr. 27, y Godínez Cruz, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, párr. 27). Segundo, la indemnización tiene naturaleza compensatoria —dirigida a la víctima que ha sufrido lesión—, no carácter punitivo (Casos Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria, párr. 38, y Godínez Cruz, Indemnización compensatoria, párr. 36). Están excluidos, por lo tanto, los llamados punitive damages, que corresponderían más a la figura de una multa que a la de una reparación.

### A. Daños y perjuicios

La indemnización se refiere tanto a los daños y perjuicios materiales como a los daños morales (Caso Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria, párr. 39). En este sentido, la Corte ha recogido y desarrollado criterios generales sobre las consecuencias de los actos ilícitos. El daño material o emergente está constituido por las consecuencias patrimoniales que derivan de la violación, en forma directa: un detrimento y/o una erogación más o menos inmediatos y en todo caso cuantificables. El perjuicio lo está por el lucro perdido —*lucrum cesans*—, la reducción patrimonial futura, la expectativa cierta que se desvanece, como consecuencia, asimismo directa, de la violación cometida.

La precisión del daño ofrece menos complejidad que la del perjuicio, que se complica sobre todo en los casos en que la víctima ha fallecido o perdido la capacidad de proveer a otras personas. La Corte ha sostenido que para determinar el lucro cesante es preciso hacer una “estimación prudente de ingresos posibles de la víctima durante el resto de su vida probable”, cuando aquélla ha fallecido (Casos Velázquez Rodríguez, Indemnización compensatoria, párr. 49, y Godínez Cruz, Indemnización



compensatoria, párr. 47). De manera semejante se pondera la indemnización que corresponde a quien cayó en incapacidad como resultado de la violación. Apreciación prudente no es actuación discrecional (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, párr. 87).

El cálculo para establecer el lucro cesante toma en cuenta: edad de la víctima, años por vivir conforme a su expectativa vital, ingreso (salario real o mínimo vigente), inclusive adiciones legalmente previstas (por ejemplo, pago de primas) e intereses que permitan actualizar el valor del ingreso. Se ha desechado expresamente la especulación sobre ingresos asociada al comportamiento delictuoso de la víctima, en alguna etapa de su vida: es decir, la negativa a suponer determinado ingreso laboral del sujeto, en función de que probablemente se hallaría recluido como consecuencia de su conducta criminal. En contra de estas conjeturas se eleva la presunción de inocencia. Una vez realizadas esas proyecciones y obtenido su alcance en términos monetarios, se ha considerado pertinente deducir de la suma resultante cierto porcentaje —así, el 25%— en concepto de gastos personales de la víctima (Caso El Amparo, Reparaciones, párr. 28).

Por supuesto, en estos extremos se presentan problemas probatorios, como en el caso de cualquier otra pretensión. El proceso internacional tutelar de derechos humanos está regido por el principio de verdad histórica; en tal virtud, interesa conocer la realidad sobre la violación y sus consecuencias lesivas. Empero, no siempre es posible alcanzar la precisión que se desea.

La Corte ha resuelto que procede apreciar el daño emergente como lo aconseje la equidad, a falta de pruebas directas (Casos El Amparo, Reparaciones, párr. 21, y Neira Alegría y otros, Reparaciones, párr. 42). En alguna ocasión, ante la imposibilidad de conocer el ingreso efectivo de la víctima para establecer el lucro cesante, la Corte admitió también el ejercicio de la equidad y consideró —no sin voto particular discrepante— la situación real económica y social de América Latina (Caso Neira, Reparaciones, párr. 50).

Por lo que hace a los potenciales o actuales derechohabientes de la víctima, se presume, salvo prueba en contrario, que la muerte de ésta les ha generado perjuicio. No rige la misma presunción en el caso de los dependientes: aquí se debe probar el perjuicio, acreditando la efectividad de la prestación que hacía la víctima a quienes alegan la relación de dependencia (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, párrs. 54 y 71).

## B. *Daño moral*

En cuanto al daño moral, un tema asociado a principios de equidad, la Corte Interamericana entiende que éste proviene de los efectos psíquicos sufridos como consecuencia de la violación de derechos y libertades. Si bien es preciso probar el daño moral, sobre todo cuando se trata de personas afectivamente alejadas de la víctima —los dependientes económicos, a diferencia de los parientes cercanos, cuando hay trato familiar efectivo—, no resulta necesario hacerlo cuando ese daño es evidente, habida cuenta de que “es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a las agresiones y vejámenes mencionados (en el caso sujeto a la Corte) experimente un sufrimiento moral” (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, párr. 52); esto excluye de la necesidad de probar el daño moral de ciertas hipótesis, como la que se presenta cuando se trata del sufrimiento que padece una madre por la muerte de su hijo (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, párr. 62), y otros que son consecuencia de una violación muy grave. En estas hipótesis, es razonable presumir la existencia de daño moral.

Los daños y perjuicios materiales son cuantificables en términos monetarios y resarcibles en la misma forma. No así los morales, imponderables por su propia naturaleza. Sin embargo, se admite que haya resarcimiento monetario, a falta de otro mejor o en combinación con alguno más. Hay casos en que se acepta que la sentencia adversa al Estado constituye, por sí misma, una reparación adecuada para el daño moral: el sufrimiento se compensa con la satisfacción que produce el acto de justicia. No sucede tal cosa cuando es sumamente grave la violación cometida —así, violación del derecho a la vida—, y muy intensos los sufrimientos causados; en tales supuestos procede reparar el daño moral conforme lo dicte la equidad (Casos El Amparo, Reparaciones, párr. 35, y Neira Alegría y otros, Reparaciones, párr. 56).

La virtud purgatoria de la sentencia también viene al caso cuando se trata de reparaciones que atienden, además del daño moral de la víctima o sus allegados, a otro género de afectación inmaterial, que reclama una compensación de similares características: exaltación del honor, del bien o de la justicia. En fin de cuentas, el daño moral se liga con la indemnización por la vía de la compensación material, y con la satisfacción, por el conducto de la compensación simbólica.

### C. *Beneficiarios*

Es beneficiario de la reparación patrimonial, ante todo, la propia víctima directa de la violación cometida. Si las consecuencias de la violación afectan a otras personas, lo cual ocurre principalmente —pero no exclusivamente— en caso de fallecimiento, surgen las víctimas indirectas con derecho a percibir prestaciones reparatorias, tanto patrimoniales como de otro género. En algún caso, estas víctimas indirectas devienen directas, a título de “parte lesionada”: así, la negación de acceso a la justicia para obtener el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables (Caso Blake, Fondo, resolutivos 1 y 2, Reparaciones, párr. 38).

Hay que distinguir entre la indemnización a la que se tiene derecho bajo título propio y la que resulta de la sucesión de derechos. Cuando se ha generado el derecho en la propia víctima directa, aquél se transmite a los sucesores. Tal es el caso, por ejemplo, del daño moral: el sufrido por una persona con motivo de las torturas recibidas hasta el momento de su muerte, genera derecho a la indemnización, que pasa a los familiares por vía sucesoria.

Explícitamente sostuvo la Corte que “el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a los herederos”, y que “los daños provocados por la muerte a los familiares de la víctima o a terceros pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio” (Casos Garrido y Baigorria, Reparaciones, párr. 50 —con invocación de precedentes de la misma Corte—, y Castillo Páez, Reparaciones, párr. 59).

La identidad de los beneficiarios, distintos de la víctima directa, “debe ser resuelta en el marco del derecho interno” (Caso Caballero Delgado, Reparaciones, párr. 45), y en ocasiones, conforme a normas consuetudinarias, si ello es pertinente en función de la relevancia que éstas tengan para establecer los vínculos familiares bajo el concepto de la comunidad respectiva y en la medida en que no contravengan la Convención Americana (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, párr. 62).

Regularmente se acuerda una parte (mitad o proporción menor) de la indemnización en favor de la cónyuge o la compañera —o bien, compañeras—, otra parte en favor de los hijos y otra más en beneficio de otros familiares cercanos (hermanos). La falta de beneficiarios de alguna de estas categorías acrece la porción de la cónyuge o de los hijos, en sus casos. Es importante precisar que el acceso a la indemnización no está subordi-

nado a los procedimientos característicos del derecho interno (así, declaración de ausencia o muerte; juicio sucesorio); por tratarse de una obligación de carácter internacional bastará con la decisión que al respecto emita la Corte Interamericana.

#### D. Medidas sobre la integridad de la indemnización

La Corte se ha ocupado en establecer diversas medidas, que ya son práctica judicial uniforme, para asegurar la integridad de la indemnización. Una de ellas corresponde a la moneda en la que aquélla debe cubrirse. En vista de la inestabilidad de los valores monetarios en la mayoría de los países del continente, se ha creído adecuado fijar ese valor en dólares de los de Estados Unidos de América, una moneda “dura”. Desde luego, esto no significa que haya de pagarse aquélla precisamente en divisa estadounidense; puede satisfacerse, de hecho, en la moneda nacional del Estado obligado, considerando el tipo de cambio vigente en una plaza reconocida de comercio cambiario —Nueva York, por ejemplo— al momento de efectuarse el pago, o bien, el día anterior a esa fecha.

El caso de los menores de edad beneficiarios de indemnizaciones plantea problemas específicos. Es preciso asegurar, mejor aún que en el caso de adultos, la integridad y el buen pago de las reparaciones debidas. El tema se planteó bajo el concepto de “las condiciones más favorables según la práctica bancaria” del país correspondiente.

Aquella expresión fue analizada y explicada por la Corte en términos interesantes:

la expresión *en las condiciones más favorables* se refiere a que todo acto o gestión del agente fiduciario debe asegurar que la suma asignada mantenga su poder adquisitivo y produzca frutos o dividendos suficientes para acrecerla; la frase *según la práctica bancaria* (del país correspondiente), indica que el agente fiduciario debe cumplir fielmente su encargo como un buen padre de familia y tiene la potestad y la obligación de seleccionar diversos tipos de inversión, ya sea mediante depósitos en moneda fuerte como el dólar de los Estados Unidos u otras, adquisición de bonos hipotecarios, bienes raíces, valores garantizados o cualquier otro medio aconsejable... por la práctica bancaria del respectivo país (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, párr. 31).

Por ello se ha dispuesto la constitución de fideicomisos cuyo patrimonio se forma con la suma correspondiente a la indemnización, establecidos en las condiciones más favorables que registra la práctica bancaria. La fiduciaria deberá entregar la indemnización al menor cuando éste cumpla la mayoría de edad o contraiga matrimonio, sin perjuicio de suministrarle las cantidades necesarias para su manutención. Es posible crear una fundación supervisora del buen manejo del fideicomiso para preservar el interés de los menores, cuya operación costea el Estado, que no puede intervenir en las decisiones del organismo (*ibidem*, párrs. 103 y ss.).

Si el Estado no cumple oportunamente la obligación de pago, la deuda principal genera intereses moratorios. En el caso de que el Estado esté dispuesto a pagar —y de hecho pague, mediante depósito bancario o creación de fideicomiso—, pero el interesado no se presente a recoger la indemnización, ésta se revertirá al Estado en determinado plazo, que puede ser de diez años (Caso Blake, Reparaciones, párr. 71).

Otro supuesto para la protección de la integridad de la indemnización es el relacionado con las cargas tributarias a las que pudiera hallarse sujeto, conforme a la legislación nacional, el ingreso de cualquier persona. Si la Corte no apreciara cuidadosamente esta circunstancia, podría ocurrir que por la vía fiscal se redujera o extinguiera la indemnización. Por ello se ha resuelto que ésta se halla exenta de cualesquiera gravámenes fiscales actuales o futuros (Casos El Amparo, Reparaciones, resolutive 3, Neira Alegría y otros, Reparaciones, resolutive 3, Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, párrafo 64, Blake, Reparaciones, resolutive 4, y Suárez Rosero, Reparaciones, resolutive 4, b).

En rigor, no se trata precisamente de que el beneficiario —causante en términos fiscales— quede al margen del sistema tributario del Estado, sino de que no se reduzca por este concepto la indemnización debida. Por lo tanto, debe entenderse que ésta se fija en términos netos o líquidos. Correspondería al Estado, en su caso, disponer la exención o cubrir una cantidad mayor para que de ésta se deduzca el valor del gravamen y quede incólume el monto total de la indemnización.

Este problema fue examinado recientemente por la Corte. Se precisó que el Estado debe adoptar los mecanismos necesarios para asegurar que no se “menoscabará el derecho de los beneficiarios de disponer de la totalidad de los montos ordenados en su favor” (Caso Suárez Rosero, Reparaciones, resolutive 2).

### E. Costas

Últimamente, la Corte avanzó en la consideración del tema de las costas, mencionadas por el artículo 55.1.h como posible tema de la sentencia de fondo. No se trata, por cierto, de una cuestión menor: tiene que ver con el problema del acceso a la justicia. De nada serviría un sistema muy elaborado de recursos y garantías ante los tribunales, si los particulares se vieran impedidos de llegar a él, de manera efectiva, por carecer de los recursos necesarios para tal fin. Esto, que es válido en lo que respecta a las instancias internas, lo es más todavía en lo que corresponde a las de carácter internacional. Sobra explicar los motivos.

Es verdad que la actividad de la Comisión Interamericana y de diversas organizaciones no gubernamentales alivia considerablemente el problema del acceso a la justicia, pero (no lo es menos) esa intervención no basta para poner en manos de los potenciales justiciables la posibilidad de comparecer en juicio. El *locus standi* que el vigente reglamento de la Corte reconoce a la víctima en la etapa de reparaciones ha servido como argumento persuasivo para explorar nuevos espacios en el asunto de las costas: la legitimación acarrea consecuencias patrimoniales. Vale pensar en las implicaciones de este asunto cuando la víctima acceda directamente a la Corte, si esto llegara a ocurrir, conforme a la natural evolución del sistema interamericano.

En el caso más relevante a este respecto, la Corte debió examinar y responder diversas interrogantes: etapas procesales comprendidas por el derecho a recibir costas y la obligación de pagarlas; alcance y datos a considerar para establecer razonablemente el monto de aquéllas. La Corte entendió que la asistencia legal a la víctima, iniciada en el ámbito nacional, “continúa en las sucesivas instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte, salvo cuando la víctima o sus familiares reciben asistencia jurídica gratuita”. Por ende, la condena en costas abarca las causadas en los procedimientos nacional e internacional, y dentro de éste, los seguidos ante la Comisión y ante la Corte, con salvedad de los gastos hechos por otras personas, sin cargo para la víctima o asunción, por parte de ésta, de obligaciones patrimoniales frente a terceros.

La Corte no hace condena por costas si no lo solicita el acreedor a esta prestación. En lo que concierne al alcance de aquéllas, se atiende a los gastos “efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus

representantes”, que significan obligaciones de cumplimiento futuro. La Corte estableció la pertinencia de

apreciar prudentemente el alcance específico de las costas sobre las que verse la condena, tomando en cuenta tanto la comprobación de las mismas que se haga oportunamente, como las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de la jurisdicción de protección de los derechos humanos y las características del respectivo procedimiento, que poseen rasgos propios y diferentes de los que pudieran revestir otros procesos, tanto de carácter nacional como internacional. Vale destacar aquí dos conceptos para acotar las costas admisibles: “gastos necesarios y razonables, según las particularidades del caso”, por una parte, y características del sistema procesal tutelar de los derechos humanos, por la otra, que aleja o reduce la idea de lucro, frecuente en otros órdenes del enjuiciamiento.

En el examen de este asunto, la Corte desechó el método de *cuota litis* y puntualizó que

existen otros elementos que son más importantes para valorar la actuación de los abogados en un proceso ante un tribunal internacional, como, por ejemplo, el aporte de pruebas que tiendan a demostrar los hechos expuestos en la demanda, el conocimiento acabado de la jurisprudencia internacional y, en general, todo aquello que permita evaluar la calidad y pertinencia del trabajo efectuado (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, párrs. 80 y ss.).

Por lo demás, persiste el criterio sostenido hasta ahora, en el sentido de que no procede resarcir a los órganos del sistema interamericano —Comisión y Corte— los gastos hechos por ellos mismos, conforme a sus atribuciones específicas y de acuerdo con la mecánica de trabajo que han establecido, puesto que el financiamiento de dichos órganos corre a cargo del propio sistema, que lo enfrenta con los recursos aportados por los Estados miembros de la OEA.

En materia de honorarios debidos a los abogados que asistieron a la víctima, conviene observar que la Corte ha sostenido, asimismo, que aquéllos se hallan exentos de gravámenes, en los mismos términos que la indemnización pagada a la víctima. Evidentemente, lo que se quiere es evitar que las deducciones fiscales consuman los honorarios y que por este medio se desaliente la defensa de las víctimas. Se trata, en fin de cuentas, de que los abogados reciban sus honorarios “en forma íntegra y

efectiva”. Por ende, el monto de las costas y los gastos ordenado por la Corte “no estará sujeto, al momento del pago, a deducción ni carga tributaria algunas” (Caso Suárez Rosero, Reparaciones, resolutivo 4).

#### 4. *Daño al proyecto de vida*

En un caso reciente, la Corte Interamericana amplió el espacio de las reparaciones con un concepto relevante: el daño al proyecto de vida, que he comentado en otras oportunidades. Así se abre un nuevo horizonte a las reparaciones.

La Corte distinguió el daño al proyecto de vida, por una parte, y el daño emergente y el lucro cesante, por la otra. Aquél “no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos”, que es lo característico del daño emergente; y tampoco se confunde con el lucro cesante, porque

mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

La noción del daño al proyecto de vida, que va más allá de la pérdida de oportunidades, generalmente vinculada con la frustración de una expectativa económica razonable, se elabora en torno a la idea de realización personal y tiene como referencias diversos datos de la personalidad y el desarrollo individual, que sustentan las expectativas del individuo y su capacidad para acceder a ellas; hay un límite o factor de calificación: la racionalidad o razonabilidad de esas expectativas. Efectivamente, el proyecto de vida “se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone”. Estas opciones “son la expresión y garantía de la libertad”. Difícilmente se diría que una persona es “verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación”.

El proyecto de vida no se traduce en un resultado seguro, de carácter necesario. Sólo implica una “situación probable —no meramente posible— dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que re-



sulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos”. Tales hechos “cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito”.

Para sustentar adecuadamente el deber de reparación, la Corte hizo notar que la alteración de la vida ocurre

en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que (la víctima, en su calidad de persona sujeta a determinada jurisdicción nacional, ciudadano de un Estado o miembro de una comunidad nacional) pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses.

La reparación del daño al proyecto de vida implica una indemnización, pero no se reduce necesariamente a ésta. Puede traer consigo otras prestaciones o compensaciones, que aproximen la reparación al ideal de la *restitutio in integrum*, como son las de carácter académico, laboral, etcétera. Por ello conviene examinar este asunto en forma separada del caso general de la indemnización pecuniaria (Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, párrs. 147 y ss.)

En la primera resolución adoptada por la Corte a propósito del daño al proyecto de vida, todavía no hubo pronunciamiento —aunque sí voto particular— sobre la cuantía de la reparación que pudiera corresponder a la víctima. A la afirmación del concepto deberá seguir la precisión de sus consecuencias específicas.

### 5. Medidas de derecho interno

Este rubro abarca diversas cuestiones, y desde luego se relaciona con la obligación, que abajo examino, de investigar y enjuiciar a los responsables de violaciones a los derechos humanos. En este punto me referiré a otras medidas, como son las concernientes a la legislación y a la jurisdicción: aquella, cuando concurre a configurar una situación incompatible con la preservación de los derechos humanos, y ésta, cuando surge la necesidad de realizar un acto o un procedimiento jurisdiccional compatible con la Convención, a cambio de otro que no lo es y cuya ineficacia,

invalidez o insubsistencia han sido materia de resolución por la Corte Interamericana, sea que ésta lo declare expresamente, sea que lo involucre en la sentencia. Es así que estas medidas pueden significar:

1) Reforma, abolición o derogación de normas incompatibles con la Convención (Caso Castillo Petrucci, Fondo, párr. 14), o bien, en contrapartida, emisión de disposiciones compatibles, además de necesarias o convenientes, como pudiera serlo, por ejemplo, la tipificación penal de una conducta ilícita, sin perjuicio de que se observe —con efectos para una resolución de improcedencia de la pretensión respectiva— que siendo deseable la tipificación, “la falta de ella no ha obstaculizado el desarrollo de los procesos que sigue la justicia (del Estado correspondiente) para investigar y sancionar los delitos cometidos en perjuicio de las personas” a las que se refiere un caso concreto (Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, párr. 56).

En fin de cuentas, todas estas medidas se hallan contempladas conforme al principio del derecho de gentes —calificado como evidente: *principe allant de soi*— según el cual “un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. Es así que la Convención Americana estipula el deber de cada Estado Parte de adecuar su propio derecho a las disposiciones de aquel tratado (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, párr. 68), y

2) Liberación de una persona indebidamente detenida, como se hizo en una sentencia de fondo, considerando sin duda la impertinencia de que esa situación se prolongara hasta el momento de la sentencia sobre reparaciones (Caso Loayza Tamayo, Fondo, párr. 84 y resolutive 5), reposición de un procedimiento penal inicialmente seguido ante tribunales incompetentes (Caso Castillo Petrucci, Fondo, resolutive 13), u observancia de los términos de una resolución jurisdiccional desatendida que estimó un recurso favorable a los derechos humanos de la víctima (Caso Cesti Hurtado, Fondo, resolutive 1).

La pertinencia de adoptar medidas de este género tiene diversos fundamentos, a saber:

- a) La obligación que corresponde al Estado en su conjunto —como antes se dijo—, y no sólo a alguno de sus órganos. La Convención trae consigo deberes cuyo cumplimiento puede interesar los ámbitos de

competencia de los Poderes Legislativo y Judicial, no sólo Ejecutivo;

- b) El mandamiento de los fundamentales artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana, que se proyectan —en sus términos precisos— sobre el conjunto de este tratado internacional, a tal punto que las violaciones de los siguientes preceptos resultan indisociables de la violación a esos artículos iniciales. Efectivamente, el artículo 1.1. resuelve que los Estados Parte “se comprometen a respetar los derechos y libertades contenidos (en la Convención) y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”. Y el artículo 2o., que manifiesta: “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”;
- c) Las facultades jurisdiccionales que corresponden a la Corte Interamericana para “conocer de cualquier caso (que le sea sometido) relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones” de la Convención (artículo 62.3), y
- d) El compromiso contraído por los Estados de “cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (artículo 68.1), que obviamente abarca los diversos extremos correspondientes a las resoluciones del tribunal, no sólo este aspecto de reparaciones.

Ahora bien, la determinación que pudiera proceder a propósito de normas de carácter general se sustenta en la existencia de violaciones actualmente cometidas, esto es, de la existencia de víctimas específicas a partir de actos de autoridad apoyados en esas normas. Este tema, que ha motivado diversidad de pareceres, quedó contemplado por una opinión consultiva de 1994, en la que el tribunal interamericano entendió que no tiene atribuciones —a diferencia de la Comisión, que sí las tiene como promotora de la observancia y defensa de los derechos humanos— para “decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención”.

En esa oportunidad sostuvo el tribunal que dicha competencia “se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas

determinadas y no con la de resolver casos abstractos”; y concluyó, en consecuencia,

que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado (OC-14/94, párrs. 49 y 50).

Alguna vez se ha planteado el límite que representa la soberanía, a propósito del tema que aquí se examina y de otros relacionados con las obligaciones del Estado, el alcance de las demandas propuestas por la Comisión Interamericana y el ámbito para el ejercicio de la jurisdicción por parte de la Corte.

Sobre este punto, que ciertamente suscita diversas consideraciones, el tribunal se ha limitado a recordar que los Estados suscriben y ratifican la Convención precisamente en ejercicio de su soberanía, y que en el desempeño de ésta, por lo tanto, reconocen como obligatoria la competencia contenciosa de la Corte sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación del tratado en los que aquéllos figuren como demandados (Caso Castillo Petruzzi, Excepciones preliminares, párrs. 101 y 102).

## 6. *Deber de justicia penal*

La jurisprudencia de la Corte es uniforme en el reconocimiento del deber de investigación, persecución y enjuiciamiento de quienes incurrir en violación de los derechos humanos. Corresponde al Estado, pues, lo que se podría denominar, en sentido lato, obligación de justicia penal. De no ejercerse esta justicia, vendría por tierra el aparato nacional e internacional de tutela de los derechos humanos, erosionado por la impunidad. En algunas resoluciones, la Corte ha caracterizado este fenómeno, sumamente destructivo, como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Casos Paniagua Morales y otros, párr. 173, y Castillo Páez, párr. 107).

La Corte Interamericana no tiene atribuciones para emitir condenas penales, que se reservan a la justicia local; tampoco define la responsabilidad penal de los autores de las violaciones, pero recibe y valora pruebas

que conducen a establecer la responsabilidad internacional del Estado, y por este medio se interna en asuntos que éste podrá recoger y ampliar para exigir las responsabilidades concretas que en el caso aparezcan. Sobre decir que esta persecución atañe tanto a la prevención de nuevas conductas ilícitas —y por ello las reparaciones pueden asumir “también el carácter de medidas tendentes a evitar la repetición de los hechos lesivos” (Casos Garrido y Baigorria, párr. 41, y Castillo Páez, párr. 48)— como a la adopción de medidas para restablecer el imperio de los derechos humanos, conforme a la Convención.

Se ha destacado que el deber de investigación —o más ampliamente, de justicia penal— subsiste mientras no se alcance el objetivo al que sirve, esto es, el pleno conocimiento de los hechos, la identificación de sus autores y la sanción que corresponda. El deber de que se trata ha de ser atendido o “cumplido seriamente y no como mera formalidad” (Caso El Amparo, párr. 61). La realización de actuaciones irrelevantes, inconducentes o inoportunas no absuelve de la obligación de justicia penal. El deber que ahora analizo no siempre se contrae al procesamiento; en ciertos supuestos puede abarcar otros extremos: así, la localización de los restos de la víctima, cuando vienen al caso la desaparición forzada y/o la privación arbitraria de la vida.

Un tema de suma importancia en este orden de consideraciones es el relativo a la eficacia del derecho interno cuando éste constituye un obstáculo para la actuación persecutoria del Estado contra los violadores de derechos humanos. “La efectividad de las normas —ha sostenido la Corte, refiriéndose a las disposiciones tutelares de los derechos humanos— es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de una disposición afecte su existencia como norma jurídica” (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, párr. 70). Este asunto, que actualiza el tema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional —punto que no me corresponde analizar ahora—, ha sido materia de consideración en algunas sentencias del tribunal interamericano, sobre todo ante leyes calificadas como “autoamnistías”.

En una sentencia de fondo (Caso Castillo Páez, párr. 90), la Corte estableció que el deber de investigar y sancionar existe “inclusive en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza”. En la sentencia de reparaciones correspondiente al mismo caso se observó que entre esas “dificultades del orden interno” se encuentra la ley de amnistía expe-

dida por el Estado, porque “obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (*ibidem*, párr. 105).

El razonamiento del tribunal gira en torno al artículo 25 en relación con el artículo 1.1 de la Convención. Aquél “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención” (*ibidem*, párr. 106; igualmente, Casos Castillo Páez, Fondo, párrs. 82 y 83; Suárez Rosero, Fondo, párr. 35; Loayza Tamayo, Reparaciones, párr. 169), y guarda relación directa con el artículo 8.1.

A propósito de la resolución de la Corte en este punto, adoptada por unanimidad, emití un voto concurrente en el que examino “el carácter que pudiera tener (la sentencia de reparaciones) en el aspecto que aquí se analiza, así como las ideas y preocupaciones que pudieron informarla”, en mi concepto. Conviene considerar que las observaciones que amerita este asunto no se dirigen, en modo alguno, a impedir o desacreditar las normas cuyo propósito es abrir una era de paz y concordia civil, tras etapas de opresión que se han caracterizado por su menosprecio hacia los derechos humanos. Por ello subrayo la alta “conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras” (*ibidem*, párrs. 4 y 6).

Surgen puntos delicados en la debida armonización entre las exigencias de la paz y la reconciliación nacional, por una parte, y el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, especialmente cuando se cometen violaciones de extrema gravedad. Aquí es necesario distinguir

entre las llamadas ‘autoamnistías’, expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por estos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados (párr. 9 de mi *Voto concurrente*). Es frecuente el rechazo de las normas de la primera categoría.

## 7. *Satisfacciones*

En sentido amplio, la satisfacción pudiera abarcar diversas reparaciones que tienden a compensar el detrimento de bienes no patrimoniales. En sentido más limitado, que permita el deslinde entre las satisfacciones y la indemnización por daño moral, se suele aludir a ciertas medidas específicas que miran al prestigio o a la buena fama pública de las víctimas; se trata, pues, de rescatar y preservar el honor ante la propia comunidad. A ese fin obedecen las disculpas por parte del gobierno, la construcción de monumentos en memoria de las víctimas, la imposición del nombre de éstas a calles, plazas o edificios, etcétera.

A este respecto, la Corte ha considerado —al igual que la jurisprudencia de otros tribunales— que la sentencia declarativa de la responsabilidad del Estado constituye por sí misma una fuente de satisfacción adecuada; de ella se desprende que la víctima fue sometida a un trato injusto. En diversas hipótesis, ésta es una forma razonable de reivindicación social.

## 8. *Otras medidas de reparación*

En algún caso, la Corte avanzó en una dirección interesante al disponer medidas de protección y desarrollo, en sentido lato, que exceden las meras indemnizaciones y su repercusión en el cuidado de aquéllas. Así ha ocurrido, sobre todo, en favor de víctimas menores de edad. En efecto, el tribunal determinó que se rehabilitaran y pusieran en operación el centro escolar y la unidad de atención médica que prestan servicios a la comunidad en la que residen las víctimas (Caso Aloeboetoe, Reparaciones, resolutive 5), a efecto de que éstas —pero también, obviamente, muchas otras personas— cuenten con tales servicios indispensables para su desarrollo personal, que también influyen en el desarrollo colectivo. Este es un supuesto en el que las reparaciones dirigidas inmediatamente a los lesionados abarcan, por su naturaleza, a un conjunto mayor de individuos, por completo ajenos a los hechos violatorios.

## 9. *Supervisión*

La Corte no puede desentenderse de la suerte que corran sus resoluciones. Para sustentar esta afirmación conviene recordar que la función jurisdiccional implica la presencia de diversos datos que se proyectan en

el quehacer de los órganos respectivos y que son, conforme a una doctrina bien sabida: *notio, vocatio, coertio, iuditio* y *executio*.

Excepcionalmente pudiera quedar excluida la *executio* cuando se trata de equivalentes jurisdiccionales, como es el caso del juicio arbitral y el laudo con el que éste concluye. En tal hipótesis, la ley señala que la resolución del árbitro, para ser ejecutiva, debe ser homologada por el tribunal público. No ocurre nada semejante en la hipótesis de la Corte Interamericana, que reúne en su potestad todos los elementos que he mencionado, inclusive la facultad de atender la ejecución de sus resoluciones.

Ahora bien, esta potestad de la Corte ofrece modalidades que deben ser cuidadosamente consideradas y que están presididas por tres principios indispensables y característicos:

- a) “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable” (artículo 67 de la Convención, seguido por el artículo 29.3 del Reglamento de aquella);
- b) “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (en un proceso internacional)” (artículo 68.1, que así recoge una expresión de la regla *pacta sunt servanda*), y
- c) La Corte ha destacado que el cumplimiento de sus resoluciones está sujeto a la supervisión del propio tribunal, lo mismo en sentencias de fondo (Caso Castillo Petruzzi, Fondo, resolutivo 16), que en sentencias sobre reparación (Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones, resolutivo 7). El caso se da por concluido cuando se obtiene el cumplimiento íntegro de las resoluciones de la Corte. La referencia explícita a la indemnización, derivada de la naturaleza de algunos deberes estatales, no implica la exclusión de facultades supervisoras sobre otras medidas de reparación.

La propia Convención previene expresamente la ejecutabilidad de la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria, que se hará conforme al “procedimiento interno vigente en materia de ejecución de sentencias contra el Estado” (artículo 68.2).

A diferencia de lo que ocurre en el derecho interno, en que el juzgador puede requerir directamente el apoyo de la fuerza pública para hacer cumplir sus determinaciones, en el orden internacional la falta de cumplimiento de las resoluciones judiciales tiene consecuencias de carácter polí-



tico. En efecto, la Corte debe someter (el precepto respectivo dice, imperativamente, que “someterá”, no que “podrá someter”) a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos —el supremo órgano político de ese organismo regional— “los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. Esta disposición constituye un apartado “especial” —destacado en la Convención— del informe que ese tribunal rinde sobre sus labores del año anterior. El tribunal debe señalar, a este respecto, “las recomendaciones pertinentes” (artículo 65).

Digamos, en resumen, que:

- a) Los Estados partes en la Convención, que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, están obligados a cumplir los fallos de ésta;
- b) Las resoluciones de la Corte son inmediatamente ejecutables, sin perjuicio de que se solicite la aclaración sobre sus términos, en la inteligencia de que “la demanda de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia” (artículo 58.4 del Reglamento);
- c) La Corte posee la *executio* inherente a la función jurisdiccional, que tiene el alcance y los límites característicos del derecho internacional;
- d) La ejecución de la condena a indemnización —expresamente prevista, a cambio del silencio sobre otras formas de reparación— se hará conforme al procedimiento interno relativo a la ejecución de sentencias contra el Estado, y
- e) En caso de incumplimiento de algún fallo, la Corte tiene la obligación de hacerlo saber, en su informe anual, a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, que a su vez tiene —en forma correspondiente— la obligación de conocer el informe y las recomendaciones de la Corte, aunque no necesariamente la de pronunciarse conforme a éstas.

## CÉSAR BECCARIA Y LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DE 1789\*

SUMARIO: I. *Beccaria y la Revolución francesa*. II. *Constitución: medio para liberar al hombre*. III. *La opresión penal*. IV. *Novedades y proyectos*. V. *Legalidad penal*. VI. *La igualdad*. VII. *Hacia el debido proceso*. VIII. *La pena en el sistema liberal*. IX. *Presunción de inocencia*. X. *Prisión preventiva*. XI. *Sobre La Bastilla*. XII. *Contra la tortura*. XIII. *Pena de muerte*. XIV. *Los efectos “educativos” de la pena*. XV. *¿Beccaria abolicionista?* XVI. *El verdugo y la guillotina*. XVII. *Autonomía y función del juzgador*.

### I. BECCARIA Y LA REVOLUCIÓN FRANCESA

No pasaron en balde dos siglos desde el inicio de la Revolución francesa. La ha celebrado el mundo, por su más íntimo y universal significado: la insurrección del hombre. Cada país —México entre ellos— la ha celebrado como suceso propio. En efecto, los hechos de 1789 ocurrieron para todos. No hay historia nacional, ni ley doméstica, en la que no esté su huella. Fue uno de esos acontecimientos magnos —como cataclismos— que derriban para siempre y dejan el campo propicio para construcciones perennes. Definen intervalos de la vida. Establecen linderos en forma que luego se diga válidamente, como en este caso: “antes y después de la Revolución francesa.”

En esos dos siglos se ha dicho todo sobre la Revolución y sus consecuencias. Ya no hay novedades; y si las hay, yo no sabría emprenderlas. Trabajamos, pues, en revisiones, reconsideraciones, nuevas lecturas. Pero esto no implica que se hayan cumplido, puntualmente, las exigencias revolucionarias, y mucho menos sus esperanzas: las manifiestas o las retraídas en cada pliegue de aquellas exigencias. En la libertad se ha caminado

\* En *Bicentenario de la Revolución francesa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 95-123.

un largo trecho, tropezando. En la igualdad, menos. En la fraternidad, algo o nada.

Para este apunte elijo un mirador: la obra gigantesca de Beccaria, depositada en un libro pequeño: su breve tratado *De los delitos y de las penas*, que apareció en Liorna, de la Toscana, en 1764. La primera edición, cautelosa, no contuvo el nombre del autor. En las siguientes ya dice Beccaria —bajo su nombre— a los lectores y a quienes pudieran escucharlo:

Volveré a repetir que todo el que quisiese honrarme con sus observaciones críticas, no debe comenzar suponiendo en mí principios destructores de la virtud o de la religión, puesto que he demostrado que no son tales mis intenciones; y así, en vez de presentarme como incrédulo o sedicioso, lo que debe hacer es procurar señalarme como un lógico malo o un político improvisor.<sup>1</sup>

En seguida pone con claridad: “he dado público testimonio de mi religiosidad y sumisión a mi soberano, de modo que sería superfluo responder a otros escritos semejantes”.<sup>2</sup>

Eso dice bastante acerca de la circunstancia en que aparece *De los delitos y de las penas*. Empero, ya se percibía un principio de liberación. Hacia su trabajo el pensamiento ilustrado.

Hay obras que han revolucionado el sistema penal. Sin embargo, sus autores no fueron penalistas, ni juristas siquiera. Pasa lo que en nuestra Constitución innovadora de 1917: la mayor novedad no provino de los hombres de leyes; fue sin ellos o a su pesar.

De aquéllo es ejemplo Beccaria. También lo es el filántropo John Howard, más o menos contemporáneo de Beccaria, que cumplió un doble trabajo notable: poner su vida, directamente, al servicio de la reforma penitenciaria, y dejar constancia de las cosas que repudiaba en dos libros trascendentes. Destaca *El estado de las prisiones en Inglaterra*, de 1770.

Cien años más tarde, es ejemplo de lo mismo el médico César Lombroso, autor de *El hombre delincuente estudiado en relación con la antropología, la medicina legal y la disciplina carcelaria*, de 1876.

1 *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Cajica, 1957, p. 59. Todas las citas de Beccaria proceden de esta versión, con prólogo, epílogo y notas del traductor.

2 *Idem*.

El torrente de la dogmática penalista, antes y después de esas obras clave, difícilmente habrá hecho más que ellas por la inteligencia y el mejoramiento del sistema penal.

Desde el librito de Beccaria se puede mirar, construir, analizar, el conjunto de las leyes penales —en sus acepciones sustantiva, adjetiva y ejecutiva— que produjo, las cumpliera o no, la Revolución francesa. Desde luego también se podría examinar, desde ese opúsculo, el régimen punitivo del presente. Pero esas labores exigirían trabajos de mayor amplitud y penetración. Aquí me limito a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, entraña de la Constitución francesa. A ella acudió, directa o indirectamente, la idea humanista de Beccaria. Se trata de meditar, una vez más, sobre Beccaria como animador del Constituyente del 89.

## II. CONSTITUCIÓN: MEDIO PARA LIBERAR AL HOMBRE

Las grandes revoluciones, si no son anarquismo, cifran su propuesta en una norma. La voz de la revolución será la suprema palabra de la ley. Desde ahí se alterará la realidad hondamente. Esto equivale a decir: se intenta una Constitución. Menos bastaría para una revuelta, cuyas pretensiones documente alguna ley secundaria. Tal vez un bando sea suficiente. Pero una revolución exige una Constitución: asegurar el triunfo, que en el futuro germine.

Hay diversas respuestas para la pregunta fundamental de Lassalle: ¿qué es una Constitución?<sup>3</sup> Depende de la prominencia en que se eleve el espectador y de la vida que se viva. ¿Cómo se vive la idea de Constitución desde el sitio del hombre común, esa abrumadora mayoría en cuyo nombre y para cuyo beneficio se legisla? Recepción de las decisiones políticas fundamentales, sin duda. Pero hay otro pendiente: ver cómo se comporta el Estado flamante, ya organizado.

¿Qué cosa interesa antes, pues? Antes o en el centro de los círculos sucesivos que forman al cabo la Constitución. ¿Qué es lo que importa al hombre común? ¿Qué se halla en el motivo que impulsa a las muchedumbres para demandar y a las asambleas para expedir una Constitución? ¿Por qué se deposita en ella la esperanza, mucho antes de tomar las armas?

3 Título de la obra de Fernando Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1957.

La Constitución es, dicho con llaneza, un medio para liberar al hombre. En el Estado de derecho, que con ella pone su cimiento, es aún más que eso: es el medio; el único, no uno entre tantos. Una gran proclamación de insurgencia. Un reflujó desde el poderío del Estado —el soberano— hacia la supremacía, nuevamente, del ser humano —el ciudadano—. Algo así como el reverso del pacto social. En el anverso, quienes se reunieron a la sombra del árbol imaginario, dispusieron, pactando, la entrega de potestades al soberano. En el reverso —generalmente impreciso después, a golpes de revolución— los descendientes de aquellos congregados estipulan lo que tuvieron idea de retener. Dicen, para que conste, lo que el Estado no puede hacer nunca, bajo ningún concepto. Y entre lo que retienen los ciudadanos figura un derecho de frontera, a media vía —desde donde se le vea: el observatorio del tirano o del libertador— entre el precepto y la violencia: el derecho natural de resistencia a la opresión.

Cuando no se libera al hombre y sólo se organiza al Estado, esa república no tiene Constitución. Si hay duda entre especialistas, bastará con preguntar al hombre común. Se le apremiará con la policía y se le mostrará la carta administrativa. Esto va más allá del artículo 16 de la Declaración de 1789, pero no más allá del espíritu flagrante de la propia Declaración, con la que Francia, en ejercicio de una elemental perspicacia popular se estaba constituyendo.

Por eso los Estados Generales, vueltos Asamblea Nacional Activa, y ésta depositaria del Poder Constituyente, se apresuraron a expedir la Declaración. Lo demás sería lo demás. No se inventaban los derechos. Apenas se descubrían, quedaban en claro, porque estuvieron mucho tiempo oscurecidos. De eso se trataba en la alborada revolucionaria. Era la reclamación depositada en los *cahiers de doléances* que los diputados llevaron a los Estados Generales. Dijo bien Lafayette: “El mérito de una Declaración de Derechos consiste en la verdad y en la precisión. Ella debe decir lo que todo el mundo sabe, lo que todo el mundo siente”.<sup>4</sup> En fin, la Asamblea “reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo”, los derechos del hombre y el ciudadano.

4 Citado en Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, UNAM, 1956, p. 44.

### III. LA OPRESIÓN PENAL

Al entrar en movimiento, el Poder Constituyente revolucionario elige con naturalidad sus preferencias. Serán aquéllas que mejor combatan, como respuesta, las preferencias del régimen que se quiere sepultar. En este lugar figura, sin salvedades, el sistema penal, armadura del orden viejo —que concluye echando mano de las penas, antes de la rendición— y del orden nuevo —que también se inicia echando mano de las penas, antes de la paz—. Es, por definición, la herramienta dilecta del pasado. En el porvenir será por definición —se dice—, instrumento del buen gobierno. Si se trata de instituir democracia en vez de tiranía, libertad en vez de dominación, se está convocando a la reforma penal. César Beccaria era el autor del plan de reforma.

Si duda el mundo padeció opresión penal antes del siglo XVIII, que sería la frontera histórica. Nunca hubo certeza sobre el delito, equilibrio en el proceso y benevolencia en la pena, que son las grandes aportaciones del derecho penal clásico, el posrevolucionario. Pero acaso ese siglo exacerbó los rigores y la irracionalidad del sistema penal en una sociedad completamente dolida por el rigor y ávida de la razón. Así, el sistema penal entró en contraste con el pensamiento —que se abría paso, laborioso— y se agravó por la cólera y la desesperanza.

El hombre de leyes —el jurisconsulto criminalista— era la peor desgracia que pudiera abatirse sobre el justiciable. El derecho romano y el derecho canónico, las fuentes comunes, golpeaban en las manos de Demhouder, en Brujas; Julio Claro, en Milán; Próspero Farinaccio, en Roma; Benedicto Carpzovio, en Sajonia; Mateo, en Holanda; Mateo y Sanz, en España; Tomás Caravita y Nicolás Alfani, en Nápoles; y Rousseau de la Combe, Muyart de Vouglans y Jousse —maldicientes de Beccaria— en París.<sup>5</sup>

El hombre de religión, aliado natural del reo —diría alidado sacramental, por el ministerio del perdón—, cambió de sitio. Devino inquisidor. Bajo este título se constituyó el torturador y verdugo. Así se complícron el brazo civil y el brazo religioso en un compromiso punitivo.

Quedaron como defensas, insuficientes: la caridad, aislada, y la razón, que fueron cabeza de playa del humanismo y de su oficio de socorro

5 Cfr. Ortolan, José Luis, *Curso de legislación penal comparada*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 133.

en la emergencia: el humanitarismo. Sobre ambas se alzarían al alegato y la reforma penales, en el colmo de la situación, al final del siglo XVIII.

En el prefacio *De los delitos y de las penas*, Beccaria trazó el más elocuente panorama que se haya referido sobre el estado de las leyes y de la jurisprudencia en ese tiempo. El campo para la renovación, vulnerable y ruinoso. Una descripción tan intensa, como las palabras iniciales de su maestro, Juan Jacobo —Beccaria lo llama “un grande hombre que ilumina a la humanidad que le persigue”—,<sup>6</sup> en el capítulo I de *El contrato social*. Ambos hablaron de lo mismo, en rigor.

Dijo Rousseau: “El hombre ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes encadenado”.<sup>7</sup> Beccaria estableció, acerca de ciertos eslabones de estas cadenas:

Algunos restos de la legislación de un antiguo pueblo conquistador, compilada por orden de un príncipe que reinaba hace doce siglos en Constantinopla, envueltos en el fárrago voluminoso de libros preparados por oscuros intérpretes sin carácter oficial, componen la tradición de opiniones que una gran parte de Europa honra todavía con el nombre de leyes; y es cosa tan funesta como general en nuestros días, que una opinión de Carpozio, una antigua costumbre referida por Claro, un tormento ideado con iracunda complacencia por Farinaccio, sean las leyes a que con obediencia segura se sometan aquellos que deberían temblar al disponer de las vidas y haciendas de los hombres.<sup>8</sup>

¿Cuáles eran entonces los rasgos principales del sistema de los delitos y de las penas? Ortolan resume: “El principio del Derecho criminal, común a toda Europa en el siglo XVIII, es la venganza pública. Venganza pública contra el culpable; terror con respecto a los demás ciudadanos”.<sup>9</sup> Ahora diríamos: retribución y ejemplo, absolutamente desmesurados.

La pérdida de la vida no es el mayor suplicio. Se agrava en la ejecución, por la pena exasperada. Y no basta con la muerte. La pena prosigue sobre el cadáver, mutilado, expuesto, suspendido. “Las horcas patibularias cargadas de esos horribles despojos —precisa Ortolan— son un signo de soberanía”.<sup>10</sup> Esta es la era de la pena ejecutada públicamente, como

6 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, p. 184.

7 *El contrato social o principios de derecho político*, México, Porrúa, 1969, p. 3.

8 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, p. 55.

9 *Curso de legislación penal comparada*, *cit.*, *supra*, nota 5, p. 133.

10 *Ibidem*, p. 135.

espectáculo, a tambor batiente. Luego llegaría otra época —observa Foucault—, de ejecución discretísima, silenciosa. La punición se repliega y calla. Así acontece en la prisión celular.<sup>11</sup> Pero falta mucho tiempo para que se ponga en boga los modelos de Auburn y Filadelfia.

Por lo pronto, en los tiempos de Beccaria, la pena tiene estos rasgos, a menudo inexorables: es irreparable, inmoral y degradante, infamatoria, desigual, trascendente y arbitraria. Además de torturar el cuerpo, pretende violentar la conciencia.<sup>12</sup> No se trata de calificativos con que el mismo Ortolan, entre otros profesores franceses, formule reproches al régimen penal. Se trata, llanamente, de sus características.

Algunos gobernantes prestan oídos a la petición de reforma: era una solicitud de piedad, de misericordia, pues aún no se contaba con el apoyo de una declaración europea de los derechos del hombre. Se trataba, entonces de benevolentes concesiones, con un carácter universal —en principio, al menos— que no tuvieron las proclamaciones del derecho cartulario: ni la carta magna ni los fueros españoles.<sup>13</sup>

#### IV. NOVEDADES Y PROYECTOS

En la inauguración de las novedades hicieron su parte Federico de Prusia, Catalina II, de Rusia, José II, de Austria y Leopoldo II —el que más— con su código criminal para la Toscana, del 30 de noviembre de 1786. Éste dijo y aceptó en un párrafo del preámbulo:

Con la mayor satisfacción de nuestro corazón paternal, hemos reconocido, al fin, que la moderación de las penas, junto con la más cuidadosa vigilancia para prevenir las acciones criminales, con el más breve despacho de las causas y la prontitud y seguridad del castigo de los verdaderos delincuentes, en vez de aumentar el número de los delitos, ha hecho disminuir considerablemente los más comunes, haciendo casi desaparecer los crímenes atroces, por cuya razón determinamos no demorar por más tiempo la reforma de la Legislación Penal.<sup>14</sup>

11 Cfr. *Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo Veintiuno Editores, 1976, pp. 15 y ss.

12 Cfr. Ortolan, *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 135-138.

13 Cfr. nuestro estudio *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 30 y ss.

14 Citado en Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Losado, 1964, t. I, p. 257.



En consecuencia, Leopoldo suprimió el tormento, la confiscación, la pena de muerte, la infamia y la marca. Por el mismo camino iba marchando Luis XVI, quien en 1780 abolió el tormento preparatorio.

El 11 de julio de 1789 se inició la presentación de proyectos para la magna Declaración. Faltaban horas, casi, para que sucumbiera La Bastilla. Sólo dos proyectos carecieron de materia penal: los de Lafayette, de ese 11 de julio, y Crenière, del 1 de agosto. En cambio, la hubo en todos los restantes, hasta con abundancia: Sieyès, el 21 de julio; Mounier, el 25 de julio; Target, el mismo 27; De Serván, el 30 de julio; uno más del abate Sieyès, el 4 de agosto; Gouges Cartou, también del 4 de agosto; Sexta Comisión, con la misma fecha; Comité de los Cinco, leído por Mirabeau, el 17 de agosto; y Boislandry, el siguiente 21.<sup>15</sup>

Al cabo, la Declaración incluiría seis preceptos con interés directo para el sistema penal, aunque indirectamente muchos más lo tuvieran. De esos, tres se refieren estrictamente a la materia que en estas notas se comenta: los artículos 7o., 8o. y 9o. Otros tres revisten un alcance más general, a saber: los artículos 5o., 6o. y 16. Todos fueron guiados por la más pura intención liberal: de libertad y de liberar.

## V. LEGALIDAD PENAL

El artículo 5o. establece: “La ley no tiene el derecho de prohibir más acciones que las nocivas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena”.<sup>16</sup>

Ahí están, rebosantes, el *ius libertatis*, la génesis del *nullum crimen sine lege* y una terminante limitación al poder de tipificar, de estatuir delitos, que se concede o reconoce al Estado. Este encierra la *ratio* de la tipificación y reduce a lo indispensable, por ende, el ámbito de la conducta incriminada.

La doctrina que resuelve prohibir solamente las acciones nocivas a la sociedad —cuya identificación no puede sustraerse, empero, al Congreso— tiene el mismo sentido reductor, quintaesencial, del Decálogo, y avisa sobre una posible teoría del delito natural: los *delicta mala in se*. En

15 Cfr. Sánchez Viamonte, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 97 y ss.

16 La versión en castellano de los artículos de la Declaración que aquí se maneja es la que proporciona Sánchez Viamonte.

esta prevención está operando el gran signo dominante del liberalismo, su virtud civil ejemplar: la tolerancia. Porque hay tolerancia, todo mundo puede hacer lo que no esté prohibido y omitir lo que no le venga impuesto. Porque la hay —y porque existe un contrato social, con anverso y reverso—, la autoridad formal sólo practicará lo que ordene la norma, es decir, su atribución. Porque hay tolerancia, en fin, no se inculpará como regla, sino por excepción.

Los órdenes primitivos y los tiránicos de cualquier época se comunican por un dato punitivo que los caracteriza: la inculparción oscura y profusa. No hay previa definición del hecho punible y prevalece un amplísimo control penal de la conducta, y de más todavía: la conciencia. Están atentos a cada incidente de la vida y a cada asomo del pensamiento; tanto, que para que asome lo fuerzan, y si no aparece lo presumen. Ensanchan su celo normativo —y de este modo represivo— hacia el comportamiento en pleno. A continuación profundizan: descienden de la conducta al fuero interno, de la acción a la idea. No está autorizado el pensamiento libre. Cualquier hecho puede ser delictivo. En el proceso se verá si hubo tal hecho, y en la sentencia se dirá si es delito.

Beccaria reitera —otros lo enseñaron antes—: “Ningún hombre ha hecho el don gratuito de parte de su libertad en vista del bien público; esta quimera sólo existe en las novelas”. Es lo que va, añadamos, del egoísmo al altruismo, de la conducta regular al heroísmo. Acerca de cómo y para qué se formaron las leyes, ratifica que los hombres “debieron sacrificar una parte de su libertad para disfrutar del resto, seguros y tranquilos”. En suma, “el conjunto de estas mínimas porciones posibles (de libertad depositada en el soberano) forma el derecho de penar”.<sup>17</sup>

“Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, sin que esta autoridad pueda residir más que en el legislador, que es quien representa a la sociedad entera, unida por un contrato social”.<sup>18</sup> Aquí se ponen bajo la ley el delito y la pena. Será la conquista crucial del pensamiento clásico.

El artículo 5o. estipula que la ley sólo prohibirá las acciones nocivas a la sociedad. Otra cosa, en consecuencia, violaría los derechos del hombre. Y Beccaria parece haber escrito las palabras que fueron trasladadas a la Declaración: “el daño a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”.<sup>19</sup> Otro clásico, Bentham, señalaría que

17 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, pp. 64-66.

18 *Ibidem*, p. 66.

19 *Ibidem*, p. 135.

delito es todo lo que el legislador ha prohibido, sea por buenas, o sea por malas razones; pero si se trata de un examen de teoría para descubrir las mejores leyes posibles, según el principio de la utilidad, se llama delito todo acto que se cree debe prohibirse por razón de algún mal que produce o es propio a producir.<sup>20</sup>

Esto invita a buscar la fuente material del crimen, a indagar si hay conductas que en todo tiempo y lugar sean consideradas delictivas, y por qué razón, en contraste con otras acciones, que jamás debieran ser inculminadas o que sólo lo serán de manera contingente y circunstancial. El tema es la “historicidad” o “relatividad” del delito, y ya tiene que ver con la raíz de la ilicitud y con la objetividad y perennidad del valor moral. Un siglo más tarde, Garófalo hablará del delito natural: infracción de la piedad y la probidad, en la medida media en que cierto grupo social posee estos sentimientos altruistas fundamentales.<sup>21</sup> Así se ha trabajado de nuevo el concepto de acción nociva para la sociedad.

El tratado contiene párrafos estupendos sobre este punto:

Hay delitos que destruyen inmediatamente la sociedad o a quien la representa; otros ofenden la seguridad particular de un ciudadano, en su vida, sus bienes o su honor: y algunos otros son actos contrarios a lo que cada cual está obligado a hacer o a no hacer en vista del bien público. Cualquier acción que no esté comprendida dentro de estos límites, ni puede ser llamada delito ni castigada como tal, sino por aquellos que tengan interés en llamarla de tal modo.<sup>22</sup>

Invita a ver “con mirada filosófica” las leyes y la historia de las naciones, y a reparar, por ello, en la veleidad con que se aplican los títulos de vicio y virtud, buen ciudadano y reo. Éstos “cambian con las revoluciones de los siglos, no en razón de las mutaciones que acaecen en las circunstancias de los países, y, por consiguiente, siempre conformes al interés común, sino en razón de las pasiones y de los errores que agitaron sucesivamente a los distintos legisladores”.<sup>23</sup>

Acerca de la excesiva inculminación, explica: “Prohibir una multitud de acciones indiferentes, no es prevenir los delitos que pueden nacer de

20 *Tratados de legislación civil y penal*, trad. de Ramón Salas, Madrid, Ed. Nacional, 1981, p. 225.

21 *Cfr. La criminología*, trad. de Pedro Borrajo, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1912, p. 9.

22 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, p. 138.

23 *Ibidem*, p. 139.

aquéllas, sino crear otros delitos nuevos...; ampliar la esfera de los delitos es hacer crecer la probabilidad de cometerlos”. ¿Cuál es la causa de estos excesos? Sentencia, con seguridad: “La mayor parte de las leyes sólo son privilegios, o sea tributos de todos a la comodidad de algunos”. En esta línea de pensamiento, Beccaria destaca una verdad que siempre soslaya el terrorismo penal: mejor prevenir que penar. “Tal es —indica— el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad o al mínimo de desgracia posible...”.

## VI. LA IGUALDAD

El artículo 6o. de la Declaración previene que la ley, expresión de la voluntad general, “debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue”.

El tema de la igualdad cautivó muchos de los esfuerzos revolucionarios. Hasta se ha dicho que constituye, verdaderamente, el signo distintivo de esta Revolución, porque antes hubo otras en procuración de la libertad; ninguna, en cambio, en demanda de la igualdad. Aquí ocupa un lugar relevante la lucha contra el feudalismo emprendida, en algunos órdenes, por el monarca, y seguida por la Revolución y el largo proceso que vendría. No sólo, por cierto, el que propone y propaga la igualdad formal, sino el que aspira a una nivelación más fina: en el cauce de la equidad, esto es, igualdad de oportunidades o trato desigual a los desiguales. ¡Esta es la grande y necesaria paradoja de la igualdad material! Sería trabajo para otros tiempos, los del siglo XX.

Sobre este punto vivió la Asamblea una de sus más memorables jornadas: la del 4 de agosto. En ella Beauharnais propuso la igualdad de las penas para todos los ciudadanos. Cottin exigió la extinción de las justicias señoriales. Otros, muchos más, abundaron en la misma dirección.<sup>24</sup>

Pudo haber en algunos auténtica generosidad, o mejor todavía: espíritu de justicia rigurosa. Sin embargo, en cada renunciante operaba el gran miedo que apareció, creciente, en las provincias francesas, debido a la violencia emprendida por los campesinos, y en la ciudad de París, a merced —*de facto*— de los *sans-culottes*.<sup>25</sup> Este fue el ingrediente popular

24 Cfr. Sánchez Viamonte, *op. cit.*, *supra*, nota 4, pp. 52-55.

25 Cfr. Rudé, George, *La Revolución francesa*, trad. de Aníbal Leal, Buenos Aires, Javier Vergara Editor, 1989, pp. 77 y ss.

que empujaba una revolución calificada, con excesiva frecuencia o sumaria, como “burguesa”.

El 4 de agosto, la Asamblea proclamó que había caído el régimen feudal. No por completo:

Si bien los restos de la servidumbre, la *corvée* (trabajo impago en los caminos), el diezmo eclesiástico y las *banalités* quedaban abolidos lisa y llanamente, algunos de los privilegios y las obligaciones más onerosas —el *cens*, la renta compensatoria, el *champart* y los *lods et ventes* entre ellos—, a lo sumo podían ser redimidos —o esa fue la intención— mediante compensación pagada por los campesinos a sus terratenientes.<sup>26</sup>

Una fue, pues, la suerte de la “feudalidad contratante”, fruto de acuerdos “libres”, y otra el destino de la “feudalidad dominante”, impuesta por la fuerza.<sup>27</sup>

La igualdad acarrió, finalmente, la supresión de la nobleza hereditaria, en su doble concepción que comenta Esmein: depósito de privilegios y estado civil distinto, reconocido por la ley. Esa supresión consta en la ley del 19 de junio de 1790.<sup>28</sup>

La desigualdad regía, como antes mencioné, en el sistema general de las penas. No sólo que hubiese sanciones diferentes según la condición o categoría del infractor, sino además distintos medios para ejecutar una misma pena. La muerte era ejemplo sobrado: El axioma de Loysel dispuso: “En crimen que merezca la muerte, el villano será ahorcado y el noble decapitado”.<sup>29</sup>

A esto acude Beccaria, que inquiere en el capítulo XXVII:

¿Cuáles serán las penas, por consiguiente, debidas a los delitos de los nobles, cuyos privilegios forman gran parte de las leyes de las naciones? (Se responde) asegurando que las penas deben ser las mismas para el primero y el último de los ciudadanos. Para que sea legítima —el tratadista hace aquí un camino hipotético: el trayecto del contrato de sociedad—, toda distinción en los honores o en las riquezas, supone una igualdad anterior fundada en las leyes que consideran a todos los súbditos como igualmente dependientes de ellas. Se debe suponer que los hombres —prosigue—, al renun-

26 *Ibidem*, p. 80.

27 Cfr. Esmein, A., *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 a 1814. Révolution, Consulat & Empire*, París, Lib. de la Sté. du Recueil Sirey, 1911, pp. 66 y 67.

28 *Ibidem*, pp. 183 y 184.

29 Citado en Ortolan, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 136.

ciar a su natural despotismo, hayan dicho: El que sea más industrioso, tenga honores mayores y su fama resplandezca en sus sucesores; el que sea más feliz o más honrado, espere más aún, pero no tema menos que los otros hombres violar los pactos que le han alzado.<sup>30</sup>

## VII. HACIA EL DEBIDO PROCESO

El artículo 7o. anuncia una serie de prevenciones procesales que se pudieran agrupar bajo el concepto de debido proceso. Falta, empero, la disposición mayor, la nuclear: derecho de audiencia y defensa; en otras palabras: derecho a justicia. El precepto dice:

Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formas que ella prescribe. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o apresado en virtud de la ley debe obedecer al instante. Se hace culpable si resiste.

La delación y la pesquisa eran práctica común. Los caminos se hallaron poblados de pesquisidores, y los tribunales se colmaron de delaciones. Todo conspiraba para la comunicación secreta del delito o del pecado. Ahí está, como muestra, esa boca de piedra abierta en el Palacio de los Dux de Venecia: aguarda la delación, que iniciará el procedimiento. Luego vendrán el tormento, la sala de juicio y el puente de los suspiros, tendido sobre el canal. Se dice que sólo un preso, Giacomo Casanova, escapó de la cárcel abrumadora a la que ese puente conduce.

César Beccaria había abordado estas violencias en *De los delitos y de las penas*. Impugnó las delaciones: “Esta costumbre hace a los hombres falsos y simuladores, porque cualquiera de ellos puede sospechar entre los demás un delator, es decir, un enemigo... ¿Quién será el que pueda defenderse de la calumnia armada con el más fuerte escudo de la tiranía, que es el secreto?”<sup>31</sup>

No pudo olvidar las detenciones caprichosas, plagas de Europa, que en Francia sustentaron las *lettres de cachet*, pase para La Bastilla. Todos los *cahiers* clamaban contra esas capturas, que en alguna forma constituyeron la marca más visible del absolutismo penal. No fue Luis XVI, sin

30 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, pp. 142 y 143.

31 *Ibidem*, pp. 82 y 83.

embargo, quien las produjo con mayor frecuencia. Bajo su gobierno sólo se expidieron catorce mil; en cambio, fueron ciento cincuenta mil durante el reinado de Luis XV.<sup>32</sup>

Beccaria sostuvo que un error común, contrario a la finalidad social,

es dejar que el magistrado ejecutor de las leyes sea dueño de aprisionar a un ciudadano, de quitar la libertad a un enemigo suyo por frívolos pretextos o de dejar impune a un amigo a despecho de los indicios más fuertes de la culpabilidad... La ley, por consiguiente, indicará cuáles sean los indicios de un delito que merezcan la custodia del reo...<sup>33</sup>

### VIII. LA PENA EN EL SISTEMA LIBERAL

El artículo 8o. se halla en el centro del sistema penal liberal. Dispone: “La ley no debe establecer más penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser penado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y legalmente aplicada”.

En torno a este eje del régimen penal naciente, igualmente gira, se construye, desarrolla, el breve tratado de Beccaria. Muchos de sus periodos descollantes concurren a esa teoría del delito y de la pena, que apetece la perfección posible en ambos extremos de la gestión punitiva del Estado. Dicho en síntesis, provendría de la racionalidad y de la benevolencia.

También la síntesis de su manifiesto humanista queda en las magníficas palabras con que cierra el tratado, provee de sentido a la sanción y afianza el principio de *nulla poena sine lege*: “para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de las penas posibles en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos y dictada por las leyes”.<sup>34</sup>

Cada punto de la propuesta de Beccaria, como cada uno del artículo 8o. en que afloró aquella solicitud, tiene resonancias numerosas. El conjunto formaliza, para los tiempos venideros, la doctrina de la pena. Con escrúpulo, medida; sin complacencia ni desbordamiento. Se trata, ya, de una actitud diferente. Sería el principio del nuevo derecho y de la nueva experiencia penal.

32 Cfr. Rudé, *op. cit.*, *supra*, nota 25, p. 34.

33 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, p. 74.

34 *Ibidem*, p. 185.

Aquí rescataré sólo un dato, que asegura el contraste y el conflicto entre el derecho penal democrático —que es una manera de llamarle— y el autoritarismo punitivo. Un dato, en fin, de revolución genuina. Se quiere, como dice el tratadista, que la pena sea “necesaria” y “la menor de las... posibles en las circunstancias dadas”. Por su parte, la Declaración habla de penas “estricta y evidentemente necesarias”. Califica dos veces, pues, para alejar la duda.

En realidad, el filósofo liberal y el liberalismo penal no desean la pena. La admiten sólo de mala gana, tan concisa como se pueda, porque es inevitable —como el delito, cuyo mundo tampoco se expande en esa escuela— y porque no hay alternativa a la mano, ni moral ni práctica. Hoy decimos que la punición —y todo el aparato persecutorio, de coacción legitimada, del que aquélla es coronamiento— se reserva como último recurso del control social.

Es aquí, en este vértice al que llega el antiguo régimen y del que parte un orden diferente al que tiene aplicación otra fórmula del mismo autor: “si hubiese una escala universal de las penas y de los delitos, tendríamos una probable y común medida de los grados de tiranía o de libertad, del fondo de humanidad o de maldad de las distintas naciones”.<sup>35</sup>

Esa elección de la pena necesaria, la menor de las posibles, se tramita en dos peldaños. Son momentos sucesivos de una sola intención sancionadora, de un solo proyecto de punición. La ley, primero, que es la fuente de la moderación; principia por ser justiciera. Más tarde la sentencia, que llega a tener otra misión: ser equitativa.

Así sucede en efecto. Históricamente, la revolución de la pena figura antes en la ley, que estaba sometiendo a la jurisdicción caprichosa. Después vendría el arbitrio del juzgador, construido sobre los restos del absolutismo judicial. Se ensayará una discreción de distinta calidad: para ajustar la sanción, para administrar equidad. Este momento, sin embargo, se localiza muchos años después de la Revolución francesa.

## IX. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El artículo 9o. estipula: “Todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable, y si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente

35 *Ibidem*, p. 135.



reprimido por la ley”. Así, establece una controvertida presunción e insiste en la moderación del trato persecutorio. Esto, a propósito de las medidas con las que empieza el castigo, aunque las normas y la dogmática jurídica digan que esas medidas son cautela, no castigo. Sobre lo que es en realidad la prisión preventiva, no habría mejor analista que un prisionero.

Por lo menos en dos ocasiones Beccaria se pronuncia, con naturalidad, en favor de la presunción de inocencia. Lo hace al estudiar la prueba testimonial. “Es necesario —observa— que haya más de un testigo, por que mientras uno afirma y otro niega, nada hay de cierto y prevalece el derecho de que todos deben ser creídos inocentes”. Vuelve al asunto cuando combate el tormento: “si el delito es incierto, no se debe atormentar a un inocente, pues tal es, según las leyes, todo hombre a quien no se le ha probado delito alguno”.<sup>36</sup>

Dije que se trata de una controvertida presunción. No porque la política o la doctrina la impugnen, y mucho menos porque la desacredite la razón. No hay nada más razonable que esta presunción *juris tantum*, que se resuelve en la sentencia, único título que declara —como si fuese verdad— inocencia o culpabilidad. Quienes militan contra la presunción son la ley y la realidad.

No pretendo hacer en este sitio un estudio del derecho moderno, pero tampoco puedo evitar la pregunta: ¿cómo hablar de presunción de inocencia cuando el proceso se funda precisamente —es decir, comienza, no concluye— en una afirmación administrativa y jurisdiccional de signo contrario? Eso son la presunta responsabilidad, que indica la Constitución mexicana<sup>37</sup> o los indicios racionales de criminalidad, que puntualiza la legislación española de enjuiciamiento criminal.<sup>38</sup> ¿Y cómo se podría instituir el proceso penal sobre otra cosa que esos indicios, que sustentan una presunción —o una hipótesis, si se prefiere esta palabra— inversa a la de inocencia? Me temo que esto forma parte de la “lógica” del proceso penal, pletórico de irritantes aristas.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 80 y 88.

<sup>37</sup> Así, artículos 16, sobre orden de aprehensión, y 19, acerca de auto de formal prisión. Ambos hablan de “probable responsabilidad”. La legislación secundaria recoge el tema como probable o presunta responsabilidad, que constituye, inclusive, un elemento de fondo para el ejercicio de la acción penal.

<sup>38</sup> El artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada...”.

Aunque pensáramos que esas normas no dicen lo que dicen, o que lo dicen en forma cautelosa y preliminar —sin empeñar en nada, por lo pronto, la palabra de la ley—, quedaría pendiente la explicación sobre el tumulto de medidas privativas o restrictivas de bienes, entre ellos el precioso bien de la libertad, que se despliega sobre el “presuntamente inocente” desde que aparece indiciado.

## X. PRISIÓN PREVENTIVA

La segunda parte del artículo 9o. alude, principalmente, a la prisión preventiva y a la tortura. Admite aquélla —que era la forma de prisión más conocida y practicada— cuando habla de que “se juzgue indispensable arrestar” al sujeto. Impugna la tortura —que era la endemia procesal vigente, todavía, en la hora de Beccaria y de la Revolución— al prevenir contra rigores innecesarios para el solo fin del aseguramiento.

Beccaria emite un juicio veraz sobre la preventiva, que pide abreviar y aliviar. Veraz en cuanto al fondo, porque con realismo reconoce su carácter punitivo: con mayor razón debiera reducirse, aligerarse, por ello. En efecto, señala: “La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración de delito, a diferencia de cualquier otra”.<sup>39</sup> En diverso lugar manifiesta: “se arroja confundidos en la misma caverna a los acusados y a los convictos, porque la prisión más bien es un suplicio que la custodia del reo”.<sup>40</sup> No sería Beccaria, sino Howard, quien se explayara sobre la situación de las prisiones.

En el capítulo XII, con frase que pueda abarcar la tortura y la prisión preventiva, inquiera: “¿Cuál es, pues, el derecho, si no el de la fuerza, que concede a un juez la facultad de penar a un ciudadano mientras se duda si es verdaderamente reo o inocente?”.<sup>41</sup> Por fin, en el capítulo XIX reitera su tesis sobre la cárcel preventiva y adelanta la solución de la paradoja: “siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide”.<sup>42</sup>

39 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, p. 74.

40 *Ibidem*, p. 75.

41 *Ibidem*, p. 88.

42 *Ibidem*, p. 123.

Hay, como se mira, una suerte de estado de necesidad en que se hallan la sociedad o el Estado —o ambos—, y que por ese título aproximado legitima lo que es en sí mismo inadmisibles. Pero la prisión ha de contraerse a lo preciso. De lo contrario deviene exceso punible, como en el caso de quien va más allá de lo pertinente cuando obra, por necesidad, para salvar sus bienes. “La estrechez de la cárcel —concluye el tratadista— sólo puede ser la necesaria para impedir la fuga del delincuente o para que no oculte las pruebas de sus delitos”.<sup>43</sup>

Así justifica Beccaria la preventiva, que antes y después de él ha sido impugnada. Realmente no hay otros argumentos persuasivos, salvo los derivados del concepto de peligrosidad, que alarma a muchos, aunque más los alarmen —y eso a todos— los sujetos peligrosos. Por eso ahora las leyes evitan la expresión directa, que están pensando sus redactores y lectores, y optan por elusiones, eufemismos: la circunstancia del inculpa-do o las características del reo. Tras esta traducción inocua se está diciendo: peligrosidad, temibilidad.

## XI. SOBRE LA BASTILLA

En otra ocasión me he referido a cuatro momentos estelares de la Revolución francesa, todos —por lo pronto— en su primer año: 1789. En ellos aparecieron, con expresión directa o mediante símbolos —como advierten las profecías o narran las parábolas—, determinaciones políticas rotundas. En su oportunidad serían regladas. Así figura la toma de La Bastilla, el hecho emblemático del movimiento de 1789, el anuncio de la ira. Parece concentrarse en ese suceso lo que más tarde quedaría expresado como un derecho natural: la resistencia a la opresión.<sup>44</sup> Los otros tres momentos estelares son la proclamación que hace el Tercer Estado, de ser Asamblea Nacional (17 de junio), con lo que se afirman la soberanía popular y la democracia; la abolición de los privilegios (4 de agosto), que es la aurora de la igualdad; y la Declaración de Derechos (26 de agosto), breviarío de la libertad, estatuto del ser humano.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> *Idem*.

<sup>44</sup> Artículo 2o. de la Declaración: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

<sup>45</sup> *Cfr.* García Ramírez, Sergio, “La Revolución Francesa”, *Los Universitarios*, México, tercera época, agosto de 1989, p. 4. Asimismo, “Peligra la supremacía del hombre”, *Excélsior*, México, 20 de julio de 1989, reproducido bajo el título de “Una Revolución en nombre de la humanidad”, en García Ramírez, *Horas de cambio. México y el mundo*, México, 1992, pp. 23 y ss.

Hablemos de esa prisión. Se aplicaba el nombre de Bastilla a una fortaleza erigida extramuros. Esa denominación se dio a la cárcel construida por Hugo Aubriot en 1369. Había ya dos torres, se alzaron otras dos y se unieron todas con una muralla. Adelante se ampliaría la construcción, que en 1789 contaba con ocho torres, fosos, puentes levadizos y numerosas fortificaciones. Cuatro torres veían hacia París, y las restantes hacia el arrabal de San Antonio. En la parte superior de la muralla custodiaba una nutrida fila de cañones.

El arquitecto Aubriot estuvo recluido en La Bastilla a partir del 1o. de mayo de 1381, por causa de religión: “varias y diversas herejías”, según refiere Juvenal, arzobispo de Reims. Conoció directamente, pues, las capacidades de su obra: fue preso en su prisión, a diferencia del doctor Guillotín, quien, contra lo que se suele decir, no murió decapitado. Hubo en ese caso un anticipo del 14 de julio, afortunado para Aubriot: una rebelión popular lo liberó y lo puso en camino de Dijon, la ciudad donde nació. En ella moriría.

El 14 de julio se hallaban de servicio en La Bastilla, bajo el mando del marqués de Launey, ochenta y dos inválidos, reforzados por treinta y dos suizos y un oficial del regimiento de Salis-Samadé. Disponía de dieciocho cañones, distribuidos en las torres y en el patio principal.

Cuando el pueblo de París tomó La Bastilla, ésta sólo alojaba a ocho prisioneros en desastrosas condiciones. El primer liberado por los atacantes fue Tavernier, quien cuarenta años atrás había desagradado a la marquesa de Pompadour. En 1789, llevaba diez de haber perdido la razón. Luego aparecieron De Wythe, también alienado, y el conde de Salages. De aquél “no se pudo averiguar de qué familia era, ni la causa de su detención, ni la época a qué se remontaba; pero era ya viejo, y las personas de que hablaba en sus divagaciones, habían desaparecido hacía más de veinte años de la escena del mundo...”. Solages fue recluido a solicitud de su padre, en 1782, por “disipación”. Este padre escrupuloso murió en 1787.

Otros presos eran Pajade, La Roche, La Caurège y Bechade. Eran cómplices de un tal Labarte, en la falsificación de letras de cambio. El autor fue liberado y los cómplices permanecieron cautivos. En dos años no habían rendido aún declaración.

El octavo prisionero era el conde de Lorges, que treinta y dos años antes también desagradó a la señora de Pompadour. De Lorges hizo imprimir un folleto en el que relata su cautiverio y exalta al pueblo de Fran-

cia, que lo liberó: “Vos habéis quebrantado las cadenas del despotismo; sois libres, y jamás hubo pueblo más digno de serlo”.<sup>46</sup>

## XII. CONTRA LA TORTURA

Beccaria escribió alegatos insuperables contra la tortura y la pena de muerte. Su obra ya valdría sólo por éstos, si no contuviera, además, tantas otras proposiciones magistrales.

Son infinitas, sigilosas, las conexiones entre el sadismo y el sistema punitivo. Entre varios, hay dos motivos principales. Por una parte, el régimen penal es el sucedáneo, articulado y legítimo, de la venganza ilimitada. En tal sentido constituye una sublimación del impulso de autojusticia, que culminaría en linchamiento, modelo de incriminación, proceso y ejecución sumarísimos, *ope mores*, no *ope legis* (sin perder de vista, empero, que también es jurisdicente la costumbre). Por otra parte, ese régimen atrae psicópatas y alterados a todas las fatigas persecutorias, donde la selección de los hombres debiera producirse con el rigor más exigente. De esta combinación entre un extravío —el de la justicia— y un extraviado —el aplicador que lo sea— proviene la práctica del tormento.

Beccaria rechaza la tortura. Su negación es natural dentro de la línea política y moral —el ambiente punitivo, digámoslo así— que propone el tratadista. Ya ha dicho que las penas atroces son inútiles, adversas a la justicia y contrarias a la naturaleza del contrato social.

Enuncia y reprueba las mismas variedades de tortura, según su propósito, que hoy repudian —y no alcanzan a evitar, a sacar de cuajo— los Convenios Universal y Americano. Las fechas de ambos, tan recientes, advierten sobre la vigencia del problema. No se estaría ocupando el derecho internacional de fantasmas desvanecidos. Sólo que entonces, en el tiempo de Beccaria y la Revolución, la tortura estaba patrocinada por las leyes, que la ordenaban, y cuidadosamente detallada por los jurisprudentes criminalistas. Hoy no es el caso.

Una crueldad —explica—, consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones, es el tormento del reo mientras se instruye el proceso, bien para obligarse a confesar el delito, bien por causa de las contradicciones en que haya podido incurrir, o para descubrir los cómplices que pueda haber teni-

46 He tomado estos datos de *Las prisiones de Estado*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1855, t. I, pp. 2 y ss., 34, 297 y ss.

do, o por cierta metafísica e incomprensible purgación de infamia, o, finalmente, por otros delitos en que pudiera haber incurrido, aun cuando no se le acusara de ellos.<sup>47</sup>

### XIII. PENA DE MUERTE

César Bonnesana escribe en un siglo de pena capital, todavía. Existe en el nuestro, pero ahora vivimos, más bien, el siglo de la prisión. La muerte ha imperado entre las sanciones: no sólo por su naturaleza; además, por su frecuencia y por los medios cruentos de que se vale la ejecución. La guillotina, como luego veremos, ya incorpora cierta intención piadosa.

Ni Beccaria ni nadie lograrán detener, cancelar, la ira que circula por las venas de la revolución. Se sabe o se intuye que contenerla sería el final del alzamiento, un ocaso completo. Por ello la muerte se despachará profusamente: en las calles, por mano de la muchedumbre; y en el cadalso, dispuesta por la justicia formal, prejuiciosa y demagógica. Nerviosa, inclusive, porque antes del juzgamiento ya se está redactando la condena y el acta de ejecución.

La víspera de una revolución no es el mejor momento para el abolicionismo. Éste llegará —si acude— después, mucho después. Se estuvo considerando en la Asamblea Nacional y en la Convención. Pero tembló el pulso de los revolucionarios, que no creyeron gobernable a la nación sin pena capital. Subsistió, por lo tanto, en espera de que se diesen las condiciones para la abolición. Narra Esmein:

El 4 de brumario del año IV, el mismo día en que acordó que la Plaza de la Revolución ostentaría, en lo sucesivo, el nombre de Plaza de la Concordia, la Convención decretó: ‘A partir del día de la publicación de la paz general, quedará abolida la pena de muerte en la República Francesa’. Pero esta disposición permaneció letra muerta; cuando se hizo la paz general, las ideas habían cambiado.<sup>48</sup>

No sorprende. Lo mismo ocurrió entre nosotros, en el Congreso Constituyente del 1857: persistió la pena de muerte mientras se establecía el sistema penitenciario.<sup>49</sup>

47 *Tratado...*, cit., supra, nota 1, p. 88.

48 *Op. cit.*, supra, nota 27, p. 259.

49 Cfr. nuestro trabajo *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1967, pp. 45-49.

Beccaria puso en este asunto todo su razonamiento, con entusiasmo. El capítulo XVI, *De la pena de muerte*, parece el corazón de la obra. Por su emplazamiento, por su extensión —es el mayor, seguido de cerca por el capítulo XII, *Del tormento*— y por la vehemencia con que expone, sella cada argumento. Aquí está, pues, el gran proyecto del autor. Dice lo que en ningún otro punto: “si llego a demostrar que la muerte no es ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad”.<sup>50</sup>

Beccaria emprende esa demostración, después de haber prevenido sobre la injusticia de la pena capital. Para esto —cuestión de previo pronunciamiento, asunto de ética y de política— se vale de la hipótesis contractualista en que descansa su obra.

¿Cuál puede ser —pregunta— el derecho que se atribuyen los hombres de destruir a sus semejantes? ¿Quién podrá ser aquel que haya querido dejar a otros hombres el arbitrio de matar? ¿Cómo en el mínimo sacrificio de la libertad de cada cual puede estar incluido el del máximo entre todos los bienes, que es la vida? Y si así fuese ¿cómo puede concertarse tal principio con aquel otro que enseña que el hombre no es dueño de darse la muerte?

En consecuencia, reflexiona: “la pena de muerte no es un derecho... es una guerra de la nación con un ciudadano”.<sup>51</sup>

Pero sabe que esta “causa de la humanidad no se ganará fácilmente. “La palabra de un filósofo es demasiado débil contra el tumulto y los gritos de aquéllos a quienes sólo guían las costumbres...””.<sup>52</sup>

Habrà que encontrar un buen sustituto de la pena capital. El tratadista, con los abolicionistas de su tiempo y del futuro, propone la prisión. Luego habría que buscar sustitutos de ésta. Más adelante —ya hoy— el trabajo se divide: entre la fundación de la prisión modificada y de las medidas en libertad, por una parte, y el restablecimiento o la práctica creciente de la pena capital, por la otra, como respuesta a una delincuencia imbatida.

#### XIV. LOS EFECTOS “EDUCATIVOS” DE LA PENA

No sobra recordar uno de los reproches que hace Beccaria a la pena capital, directamente contra un argumento favorito de sus partidarios: la

50 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, p. 109.

51 *Ibidem*, pp. 108 y 109.

52 *Ibidem*, p. 118.

ejemplaridad, esto es, la eficacia disuasiva o intimidante, la prevención general. La muerte “educaría” a la población, si se vale decirlo así, para no delinquir. Sobre este asunto manifiesta, primero, que cuando la pena de muerte se aplica con frecuencia, los espectadores acaban por observar-la indiferentes y por olvidarla pronto; y segundo, que “no es útil por el ejemplo de atrocidad que da a los hombres”.<sup>53</sup>

Sobre esta segunda consideración se exclaya: “Me parece absurdo que las leyes, que son expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, cometan ellas mismas también uno, ordenando un homicidio público para alejar a los ciudadanos del asesinato”.<sup>54</sup>

No pasaría mucho tiempo sin que explotaran los supuestos efectos pedagógicos de las penas, y sin que se viese adonde lleva el ejemplo de atrocidad que Beccaria imputaba a la pena de muerte. El 14 de julio, tras la toma de la prisión de Estado, el gobernador de la fortaleza, De Launay, fue masacrado por aquellos a quienes luego Francia celebraría, con toda ceremonia, como los “vencedores de la Bastilla”. La muchedumbre paseó su cabeza en la punta de una pica. Fue, quizá, el primer ajusticiamiento que consumó la Revolución —no sus órganos de gobierno, incapaces de contenerla—; apenas un caso, entre muchos, ese mismo día; y sólo el principio.

Hubo intérpretes lúcidos de este viraje de la historia, comienzo del tiempo nuevo. No Luis XVI, fatigado por una jornada de cacería, que había dicho o preguntado, todavía, si se trataba de un motín. Sí, en cambio, el duque de Liancourt, cuando responde: “No sire, es una revolución”.<sup>55</sup> Quizá el duque ya estaba mirando, mejor que a Luis XVI, a Luis Capeto, y anticipando su cadalso y el de la nobleza. Así se debió y pudo entender la frase sentenciosa: “Es una revolución”.

Entonces se alzaron —y no cesarían— las reconvenciones del otro lado del canal, donde ya se tenía; sin embargo, experiencia y destreza en decapitaciones. Mister Burke clamó contra los atropellos. Replicó Thomas Paine, como si tomara el hilo que desanudó Beccaria. Evoca los hechos del 14 de julio y examina “cómo llegaron los hombres a imaginar tales castigos”.

53 *Ibidem*, p. 115.

54 *Idem*.

55 Cfr. Sánchez Viamonte, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 48.



Es perspicaz la respuesta de Paine, para la que basta, como en el folleto y el seudónimo de su autor, el *sentido común*.<sup>56</sup> Quienes aplicaron tales castigos,

los aprendieron de los gobiernos bajo los cuales habían vivido, y recordaron así los suplicios que estaban acostumbrados a presenciar. Las cabezas clavadas en estacas, que permanecieron durante años sobre el estrado del Temple, no diferían en absoluto, en cuanto al horror del cuadro, de aquellas otras cabezas que fueron paseadas en París; y, sin embargo, aquello fue el gobierno inglés el que lo hizo. Tal vez se diga que no significa nada para un hombre lo que se le haga después de muerto. Pero significa mucho para los vivos; tortura sus sentimientos y abruma su corazón; y, en todo caso, los instruye sobre cómo castigar cuando el poder caiga en sus manos.<sup>57</sup>

## XV. ¿BECCARIA ABOLICIONISTA?

A pesar de cuanto antecede, se ha dicho que Beccaria no fue un completo abolicionista de la pena de muerte. Constancio Bernaldo de Quirós prefiere llamarle “minimalista”, esto es, “que la deja reducida al mínimo posible en un determinado sistema de legislación”.<sup>58</sup> Bajo este giro, “minimalista” sería también la Constitución mexicana según el texto de su artículo 22: en efecto, la prohíbe en el supuesto de los delitos políticos y la reduce en el de los ordinarios.

No me parece persuasiva la afirmación de don Constancio, que comparte Ruiz Funes,<sup>59</sup> entre otros autores. Efectivamente, el orden de las expresiones de Beccaria, en este punto, es el siguiente. En primer término, indica que la pena de muerte resulta de “una guerra de la nación con un ciudadano, en que se juzga necesario o útil la destrucción de éste”.

En segundo lugar anuncia, de inmediato, su propósito de “demostrar que la muerte no es ni útil ni necesaria”.

A continuación señala: “La muerte de un ciudadano sólo puede considerarse necesaria por dos motivos”, que son: cuando el reo, “aún estando privado de libertad, tenga todavía tantas relaciones y tal fuerza que su

56 *Common sense*, nombre de un folleto de Thomas Paine, publicado en 1776, que tuvo gran difusión. Defendió la independencia estadounidense e hizo un examen crítico del gobierno inglés.

57 *Los derechos del hombre*, 3a. ed., trad. de J. A. Fontanilla, Buenos Aires, Aguilar, 1962, p. 68.

58 Cfr. “César Beccaria y su libro”, prólogo a *Tratado...*, cit., supra, nota 1, p. 41.

59 Cfr. *Evolución del delito político*, México, Editorial Hermes, s. f., pp. 130 y 131.

muerte interese a la seguridad de la nación; es decir, cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida”; y “cuando la muerte del mismo sea el verdadero y único freno para impedir a los demás ciudadanos que cometan delitos”. Termina diciendo, en forma muy ilustrativa: “Este es el segundo motivo que puede hacer creer justa y necesaria la pena de muerte”. Vale observar la reticencia, en la que se mira transparente el criterio del autor: motivo que *puede hacer creer*, dice.

Sin solución de continuidad, el tratadista pasa a declarar que existe una “experiencia de todos los siglos durante los cuales el último suplicio nunca disuadió a ciertos hombres de ofender la sociedad”.<sup>60</sup> Luego viene la porción mayor del capítulo, en el que se busca demostrar, justamente, que nunca es necesaria la pena capital, cuya intención intimidatoria se sirve mejor con el prolongado cautiverio.

Como sea, Luis XVI se hallaba en el primero de esos dos casos en que es o parece ser necesaria la pena capital. Por ende, la condena al caldso puede haberse apoyado nada menos que en un fragmento de la obra de Beccaria, como en ella se podría también sustentar, por motivos iguales o semejantes, la condena de Maximiliano de Habsburgo, que dijo ser emperador de México. Como indiqué, mi interpretación de las palabras de Beccaria, en este asunto, es otra.

## XVI. EL VERDUGO Y LA GUILLOTINA

Antes hablamos de la prisión. Ahora, del verdugo. Si hoy tiene importancia el carcelero, entonces la tuvo el verdugo, administrador de una contundente herramienta revolucionaria: la guillotina. Claro está que la elevación del verdugo en la escena penal no ocurre en esos años. Llevaba milenios, tantos como la hazaña que el poder le encomendaba: suprimir al enemigo de Dios, del soberano.

Hay familias de artistas, artesanos, médicos, abogados. Se heredan la aptitud, la disposición, o se aprende e imita el oficio. Por cualquiera de esos motivos se formaron también, en buena parte de Francia, las familias de verdugos. De hecho, no porque alguna norma lo mandara, el quehacer pasó de generación a generación.

60 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, pp. 109 y 110.

Hacia 1789 había ciento sesenta verdugos en Francia, en números redondos. La mayoría, designados por el rey; algunos, por los señores territoriales o por las municipalidades. Bajo el nuevo régimen serían tan eficientes como lo fueron en el *ancient regime*. Una profesión es una profesión.

Eran familia de verdugos, decapitadores, los Demorets, los Ferey, los Jounne y, desde luego, los Sanson. Estos, en París, Tours y Reims. Sin embargo no todos los ejecutores eran profesionales. A la hora de las ejecuciones revolucionarias, algo ayudaron los espontáneos, los “amateurs”, ideados por el convencionalista Lequinio. Trabajaban por el gusto de hacerlo, por simple y suficiente patriotismo. “Hemos dado el nombre de ‘vengador del pueblo’ —escribió Lequinio— al patriota que generosamente se ha hecho cargo de la ejecución de las sentencias del tribunal revolucionario...”.

El 3 de mayo de 1971, la Asamblea dispuso que la pena de muerte se ejecutara por decapitación del condenado. Sólo después apareció la guillotina. En tal virtud, las penas se siguieron ejecutando con el medio tradicional: el hacha o la espada.

El doctor Guillotin, a quien se describe como “moderado, filántropo y hombre honorable”, propuso a la Asamblea el 10 de octubre y el 1 de diciembre de 1789, algunos proyectos bienhechores: que se suprimiera la nota de infamia sobre los familiares del condenado, que se aboliese la confiscación de bienes, que se aplicaran las mismas penas a todos los culpables, sin distinción de rango, y que la pena de muerte se cumpliera por decapitación. Como se ve, Guillotin también tenía un programa de reforma penal.

En consulta con un experto, Charles-Henri Sanson —que sería el ejecutor de Luis XVI y de María Antonieta— el doctor Guillotin diseñó el aparato mortífero, que construyó el carpintero alemán Schmidt. Se trataba de consumir la ejecución de un solo golpe certero, ahorrando sufrimientos al ejecutado. Para el caso fue decisivo el parecer del doctor Louis, secretario perpetuo de la Academia de Cirugía. En su famoso dictamen del 7 de marzo de 1792, se refirió a desastrosos precedentes con el uso del sable, que a veces debió caer varias veces sobre el reo hasta lograr, con muchos apuros, la separación de la cabeza.

Por la intervención que tuvo Louis en los estudios de la máquina decapitadora, se conoció a ésta, al principio, con el nombre de *louisette*. Al

cabo prevaleció la paternidad del doctor Guillotin, y con ella la denominación de guillotina.<sup>61</sup>

La Revolución francesa —dice Hans von Hentig—, tornó a la guillotina para nivelar la diferencia clasista de las penas, la horca proletaria y la aristocrática espada, y para efectuar sin esfuerzo ejecuciones en masa. Era la revolución industrial en el ámbito de las penas de muerte.<sup>62</sup>

## XVII. AUTONOMÍA Y FUNCIÓN DEL JUZGADOR

Entre los artículos de la Declaración que resultan más interesantes para el sistema penal, el que aparece al final, por su orden numérico, es el 16: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución.”

Beccaria no aborda directamente el tema de la separación de poderes. La implica o la presume cuando estudia las consecuencias del derecho de penar. En efecto, la real o supuesta transgresión de la ley —que es una violación del contrato social— pone frente a frente al soberano, que afirma la violación perpetrada, y al acusado, que la niega. “De modo que es necesario —indica el tratadista— que haya un tercero que juzgue de la verdad del hecho. Aquí tenemos la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables...”<sup>63</sup> De esto se desprende la autonomía de la judicatura: órgano tercero entre los contendientes; y órgano supremo, a su vez, en el desempeño de su función, pues dice la última palabra; las sentencias son inapelables.

En el pensamiento de Beccaria —como en el de cuantos se alzaron contra la justicia arbitraria y extremaron la separación de poderes—, el juez viene a ser sólo una boca que pronuncia las palabras de la ley. No —nunca— una instancia de regulación, un creador de normas. Su función es lógica, no voluntariosa: la voluntad está en la ley, la lógica en la sentencia. El efecto final de este concepto —jurídicamente imposible— fue negar a los jueces del orden criminal la autoridad de interpretar las leyes

61 La información precedente fue tomada de Lenotre, G., *La guillotine et les exécuteurs des arrêts criminels pendant la Révolution*, 25a. ed., París, Perrin et Cie., Libraires-Editeurs, 1927, pp. 8 y 9, 62-67 y 215 y ss.

62 *La pena*, trad. de José María Rodríguez Devesa, Madrid, Espasa-Calpe, 1967, vol. I, p. 196.

63 *Tratado...*, cit., supra, nota 1, p. 67.

penales, “por la misma razón —postula Beccaria— de que no son legisladores”.<sup>64</sup>

Se plantea entonces la figura del silogismo, para que sólo a ella se atenga el juzgador, cuyo antiguo poderío se frena y disciplina. “El juez debe hacer en todo delito un silogismo perfecto: la mayor de este silogismo debe ser la ley general; la menor, será la acción conforme o no a la ley; y finalmente, la consecuencia tendrá que ser la libertad o la pena”.<sup>65</sup> Ni un paso más allá irá el *jus dicere*.

Bajo este género de ideas se entenderá la persistencia de la dosimetría penal sustantiva, con sus catálogos de atenuantes y agravantes, medidas y pesadas. Por la misma razón se confinará el juez como árbitro en alguna expresión del sistema acusatorio a ultranza —que reprueba la oficiosidad y no acaba de avenirse con la verdad material—. Igualmente, se tasará con cuidado el valor de la prueba, sometida a la aritmética más bien que a la razón.

En aquellos principios se deposita la seguridad jurídica; en otros términos, el valladar para el despotismo. De ahí que se insista, contra lo que luego se diría y hoy repetimos: “No hay nada más peligroso que el axioma común de que precisa consultar el espíritu de la ley. Éste es al modo de dique roto por el torrente de las opiniones...”<sup>66</sup>

Mirar entre líneas, viajar al alma de la norma, ponerla al día con esforzadas interpretaciones, entraña un grave peligro. Queda el orden jurídico al garete. Se abre la puerta al absolutismo, que rápidamente se instala. Se devuelve el derecho al recinto de los iniciados, puesto que la letra no basta y sólo por casualidad dirá lo mismo cada vez que se consulta.

“El desorden que nazca de la observancia rigurosa de la letra de una ley penal, no debe compararse con los desórdenes que nazcan de su interpretación”, anuncia Beccaria.<sup>67</sup> Y esta prevención enlaza con el axioma *nullum crimen nulla poena*. Y también se comunica con los temores naturales de cualquier justiciable cuando sabe que su caso será resuelto mediante consulta que se haga sobre lo que dice el espíritu de un artículo, porque el artículo mismo ni dice nada.

La justicia revolucionaria, arrebatada y espectacular, no es consecuente —ni podría serlo— con el sereno pensamiento de Beccaria. Se

64 *Ibidem*, p. 68.

65 *Ibidem*, p. 69.

66 *Idem*.

67 *Ibidem*, p. 70.

hizo justicia, pero también —y acaso más— demagogia. No es posible que una revolución violenta se desahogue en los estrados de los tribunales. Entre el sistema que se derrumba y el que luego se fincará, hay un espacio en que sólo domina la fuerza. Todo lo demás se subordina. Beccaria quería, en cambio, como lo propone cuando habla de las formalidades y ceremonias en la administración de justicia, dar “idea al pueblo de lo que es un juicio no tumultuoso ni interesado, sino estable y regular”.<sup>68</sup>

Es evidente que los juzgadores revolucionarios carecían de esa independencia de ánimo que se requiere para resolver jurídicamente, independencia tanto o más importante que la autonomía frente a otros poderes, como ha recordado Calamandrei.<sup>69</sup> Eran medio para el desempeño de la historia, no para el buen despacho de un juicio penal. Tan mediatizados, en realidad, como los juzgadores que estaban relevando, *strumentum regni*.

Para Beccaria, como para todos o casi todos los hombres avanzados de su tiempo, era deseable la justicia por los pares: el jurado. Piensa en la carta magna, sin duda, y se decide:

Es una ley utilísima aquélla según la cual todo hombre debe ser juzgado por sus iguales, porque cuando se trata de la libertad y fortuna de un ciudadano, deben callar todos los sentimientos que inspira la desigualdad, dado que en el juicio no deben obrar ni la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz ni el desdén con que el inferior mira al superior.<sup>70</sup>

No era el momento de examinar las ventajas y desventajas del jurado a la luz de la técnica jurisdiccional. Lo único cierto era que el juez letrado se había constituido en adversario de la libertad: agente de represión, y no más. En contraste, el jurado, aclimatado en Inglaterra —hacia donde se dirigieron los ojos de los nuevos criminalistas liberales—, pareció garantía de juicio justo, imparcial. Era un obstáculo para la tiranía. Por ende, el pronunciamiento jurista, que estuvo en boga, poco tenía que ver con las necesidades estrictas, precisas, de la impartición de justicia, y con las exigencias inmediatas de la política. Del juez sólo se esperaba la condena, si era condena lo que deseaba el rey. Del jurado se podía aguardar un veredicto de absolución, pese al rey. Fundado o no, esta era la idea común.

68 *Ibidem*, p. 80.

69 *Cfr. Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJE, 1960, pp. 89-91.

70 *Tratado...*, *cit.*, *supra*, nota 1, p. 78.

Al otro lado del Atlántico, el jurado era visto como salvaguardia de la libertad. Así lo entendieron amigos y adversarios del plan de la Convención que aprobó la Constitución de 1787.<sup>71</sup> Un francés, Tocqueville, estudiando más tarde la experiencia de los nuevos Estados Unidos de América, ya no de la antigua Inglaterra, sintió y difundió la seducción del jurado. “Éste sirve para dar a todos los ciudadanos una parte de los hábitos del espíritu del juez; y esos hábitos son precisamente los que preparan al pueblo a ser libres”. No podría haber, sobre este punto, afirmación más entusiasta y concluyente que la del mismo Tocqueville: “el jurado, que es el medio más enérgico de hacer reinar al pueblo, es también el medio más eficaz de enseñarlo a reinar”.<sup>72</sup> Así termina un capítulo, cuyo título revela, sin más comentario, de qué se trata: “El jurado en los Estados Unidos considerado como institución política”.

Hasta aquí mis consideraciones acerca del pensamiento de Beccaria y la Revolución francesa, reducidos ambos sólo a una reflexión somera. Por supuesto, hay mucho más en los dos casos. Sobre esa Declaración se edificó el derecho constitucional moderno y, dicho sin hipérbole, la versión del hombre que aún prevalece. Sobre la obra de Beccaria se construyó el derecho penal del presente. Ni la Declaración ni Beccaria fueron absolutamente originales. Tampoco clausuraron sus temas. Tienen el valor, en cambio, de haber sido un vértice, punto de confluencia; raro valor en la vida general de nuestra especie. Ahí se cruzaron, en un instante, el pasado y el futuro. Termina una cuenta y otra comienza.

<sup>71</sup> Hamilton, Alexander, *El Federalista*, 2a. ed., trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 1957, p. 357.

<sup>72</sup> *La democracia en América*, 2a. ed., trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1963, pp. 275 y 277.

## 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 sobremanera 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 retraining 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 mealla 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 tasación 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.

## PANORAMA DE LA JUSTICIA PENAL\*

SUMARIO: I. *Advertencia*. II. *Introducción*. III. *La reforma penal*. IV. *El triple dato de la regulación penal*. V. *Las selecciones penales*. VI. *El proceso*. VII. *Ejecución penal*. VIII. *Justicia penal internacional*. IX. *Colofón*.

### I. ADVERTENCIA

Mi distinguido colega y amigo, el doctor José Luis Soberanes, que ha cumplido una fecunda tarea como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, me invitó a participar en el Seminario Internacional “La ciencia del derecho durante el siglo XX”, con la ponencia correspondiente al derecho penal. Este trabajo atiende aquella invitación.

Debo señalar, sin embargo, que he abordado el tema desde la perspectiva de la “justicia penal” —que para este fin pudiera ser equivalente, hasta cierto punto, de “sistema penal”—, y no estrictamente del derecho penal sustantivo. Prefiero ese enfoque, más cercano a las tareas académicas que cultivo, y quizá más útil para presentar el desarrollo de la reacción punitiva frente a la delincuencia, en el curso de un siglo en el que abundan los hechos criminales —que en ocasiones victiman a sociedades enteras— y las reacciones públicas: unas progresistas, otras regresivas. El signo de la criminalidad no ha desfallecido; tampoco el castigo.

El presente trabajo constituye una versión considerablemente reducida con respecto al texto que había redactado hacia el final de marzo de 1998, fecha en que entregué mi ponencia al Instituto. Quise sujetarme al número de páginas que me pareció razonable incorporar en la memoria del Seminario. Para satisfacer este objetivo, reduje el tratamiento de varios temas, excluí la referencia a otros y prescindí de las notas bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales que figuran en el original.

\* En *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, Memoria del Seminario Internacional México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 711-757.



Sigo trabajando en éste, con la esperanza de concluir pronto una aproximación más amplia y detallada a una materia tan atractiva y sugerente.

Ojalá que esta ponencia ofrezca algún interés para los participantes en el Seminario y para quienes más tarde dispongan de la memoria de este encuentro, en la que figurarán trabajos infinitamente mejores y más penetrantes sobre las diversas disciplinas consideradas. Me limito a sumarme, discretamente, al trabajo de mis colegas.

## II. INTRODUCCIÓN

Se dijo que el crimen no desaparece, sino se transforma; y que el delito sigue a la humanidad, como la sombra al cuerpo. Es verdad. Finalmente, la criminalidad —que alguna vez se identificó con la “mala vida”— es una patología al lado de una fisiología; *modus vivendi* y *modus standi* en este mundo de infinita variedad, donde no hay hombres ni pueblos de una sola pieza, salvo en el teatro de Molière, como subrayó mi recordado maestro Niceto Alcalá-Zamora, precisamente a propósito de un personaje universal del penitenciarismo: el coronel Montesinos, “cuyo romántico retrato con morrión y solapas rojas... se conservaba en la Facultad de Derecho de Valencia”.

Lo mismo vale decir de cuanto hacemos para moderar, frenar, deshacer, enfrentar la delincuencia. En la historia natural y moral de la humanidad, ese acervo de medios se refugia bajo un concepto: justicia penal, que no sólo limita la libertad, sino también —como ha dicho Jescheck— “crea libertad”. En ella concurren la ley y la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, la prisión y el patíbulo, el magistrado y el verdugo: todos son protagonistas de la justicia penal, además, claro está, de sus actores centrales: el delincuente, la víctima, la sociedad.

Hemos soñado —y con ese sueño concluiremos el siglo— en abolir el sistema penal. Pero eso parece una utopía, aunque las utopías han sido el motor de la historia. Mientras llega esa hora, habrá que acostumbrarse a la tenaz compañía: el delito y la justicia penal, reducido aquél por la justicia social y moderada ésta por el derecho penal mínimo. En suma, persistirá la violencia: lo son el delito y las soluciones que le enfrenta el derecho penal.

Las reacciones penales tampoco marchan a saltos. Cada una engendra a las otras, y el conjunto formaliza el *continuum* de la persecución y la punición. Ora se vuelca sobre el cuerpo —ilustró Foucault—, ora sobre el

alma. Puede abrigar un proyecto de exclusión o uno de inclusión. Tales son los extremos entre los que fluctúa la política penal, con su fluctuante aparato de justicia.

Al cabo del siglo XVIII, la *Révolution* pretendía un cambio radical del sistema penal, como se vio en los *cahiers* de 1789 y en el *Plan de législation criminelle*, de Marat. Fue abundante el contenido penal de la *Déclaration* de 1789, pórtico del derecho moderno; ahí se refugió la piedad de Beccaria, que en el orden de la punición valió lo mismo que vale la *Piedad* de Miguel Ángel en el orden del arte. El siglo XIX produjo grandes codificaciones, salvo ahí donde la costumbre ganó —siempre relativamente— la batalla al estatuto. El XX aportó las grandes reformas. En la base de éstas suele haber una decisión política, cimiento natural de la reforma.

### III. LA REFORMA PENAL

Los cambios han ocurrido al cabo de unos procesos muy largos y difíciles. No ha sido insólito que los textos decimonónicos se resistan; la reforma penal alemana, la francesa, la española, son buenos ejemplos, que pudieran constituir vacuna contra cambios apresurados. Abundan los códigos expedidos en el intervalo pacífico entre las grandes Guerras Mundiales; y menudean las revisiones, con el propósito de redondear en las leyes las ideas y las experiencias que campean. En nuestra América, los códigos rebasaron el positivismo y dieron largos pasos en las corrientes del nuevo siglo.

También se ha reformado la ley del proceso. Salió de la escena el código napoleónico, tras un siglo y medio de vigencia. En los países del *common law* prosiguieron los trabajos de codificación, que dejan subsistentes leyes especiales y otras normas. Las disposiciones sobre medidas de seguridad, menores infractores y asuntos penitenciarios forman un inmenso conjunto, en el que florecen las novedades.

En general, el signo común es respetuoso de la dignidad humana, una vez alejados los totalitarismos, y sin ignorar las inconsecuencias que puede haber entre las normas y las prácticas, así como la irrupción de nuevas disposiciones reductoras de garantías, en aras de la seguridad pública y la lucha contra la delincuencia moderna, organizada o no. Aquí nos amaga el fantasma de la inseguridad y su leal compañía: el orden a todo trance.

Si el ser humano es el dato central del derecho, su bien supremo, es natural que las normas lo traten con escrúpulo. Pero el empuje de una nueva delincuencia —o la persistencia y actitud de la vieja delincuencia— también han sugerido, y en ocasiones conseguido, ordenamientos punitivos excedentes o severas novedades que sin duda son lo primero —severas—, pero no tanto lo segundo —novedades—. De esto me ocuparé al tratar sobre las reacciones penales.

La reducción del mundo —aldea global, se ha dicho; mundo interdependiente—, el tránsito del crimen, que apareja el tránsito del castigo, la comunidad de ideas, ideales y tradiciones, han sugerido la concurrencia de las naciones en la lucha contra la delincuencia. De ello resultan iniciativas y organismos; unos, de alcance mundial, como la Sección de Defensa Social de Naciones Unidas, creada en 1948 —y más adelante reformada— para atender la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes, giro que persiste en los congresos quinquenales de la especialidad; y otros de alcance regional, como los acuerdos y recomendaciones que han surgido en el marco del Consejo de Europa, hasta el Tratado de Maastricht. Añádanse los organismos prohijados por el combate directo a la criminalidad.

Cada vez resultó más perceptible la ventaja de uniformar las leyes y colaborar extensa e intensamente en la persecución de los delitos. Para esa uniformidad, hubo esfuerzos en Iberoamérica, con resultados todavía modestos, que abarcan el derecho sustantivo y el adjetivo. En Estados Unidos también se ha trabajado con ese propósito. Un progreso apreciable se está consiguiendo en Europa, como efecto de otro notable desarrollo, que hace poco tiempo hubiera parecido imposible: la comunidad europea, que trae consigo —es decir, exige y produce— un derecho comunitario, por una parte, y unos sistemas de lucha concertada contra el delito, por la otra.

Los sistemas jurídicos europeo y anglosajón, que prevalecen —ciertamente interpenetrados— en sus respectivos lugares de origen y desenvolvimiento, han coincidido asimismo en la formulación de algunos ordenamientos en países donde naturalmente convergen ambas tradiciones. Más todavía, algún ordenamiento contemporáneo —así, el Código Penal de Israel, de 1995— se reconoce en la confluencia de múltiples fuentes: nacionales y foráneas, hasta formar un “sistema autónomo —señalan los profesores Feller y Kremnitzer— con sus propios conceptos independien-

tes, adecuado a las necesidades humanas y a las exigencias del tiempo y el espacio”.

#### IV. EL TRIPLE DATO DE LA REGULACIÓN PENAL

En el siglo se ha desenvuelto el triple dato de la regulación penal: la criminología, que informa los códigos; la dogmática, que los organiza y aplica; y la política criminal, que primero recoge las razones y los motivos y luego, con ellos y por ellos, fija el horizonte de las normas. El conjunto sirve a la construcción de una justicia penal que corresponda a la función que se espera de ella; en eso reside su valor, que luego ha de medirse, por supuesto, poniendo cara a cara esa función —un instrumento— con los designios a los que se subordinan la vida social y el Estado de derecho.

##### 1. *Criminología*

Después de siglo y medio de encuentros y desencuentros, y siempre a reserva de lo que depare el desarrollo de las escuelas, parece claro, como ha señalado el mismo Jescheck, que “sólo una estrecha y organizada colaboración permite esperar que el Derecho penal y la criminología puedan responder a los problemas actuales de un orden social sometido a un cambio vertiginoso. El Derecho penal sin la criminología es ciego, la criminología sin el Derecho penal inútil”.

Los años precedentes aportaron el primer caudal de conocimientos sobre el origen, las manifestaciones y la “terapia” —como se advirtió— del crimen. Esa forma de ver las cosas puso en auge la criminología clínica, y con ella dio un nuevo carácter al conocimiento del delincuente y de la dinámica delictiva, condición para individualizar las penas y las medidas.

La criminología positivista ensayó un concepto natural del crimen, sin ancla jurídica; en este sentido, invirtió el proceso: primero la antisocialidad, luego la delincuencia. Pero finalmente la certeza y la frontera de la que luego se llamaría criminología “tradicional” —con un acento desdénso semejante al que antes acomodaron los positivistas a la corriente clásica— residieron en el punto de partida: la noción del delito que aporta el derecho.

Otra óptica se abrió paso en la segunda mitad del siglo. El criminólogo ya no inicia el recorrido como lo hacía: a partir de un precepto. La

criminología crítica —que también es, inevitablemente, política— llega a “romper los mitos de una criminología estereotipada”, señala Aniyar de Castro. Comenzará por la reacción social, y desde ahí comprenderá al delincuente y al delito; hará el camino desde los legisladores, los acusadores, los juzgadores, los ejecutores.

En realidad, así se llega también a otro punto: la comprensión de la sociedad y de sus métodos; luego, si se quiere, puede reconstruirse el conjunto: primero la demolición, luego la obra nueva. Esta corriente miró con severidad el reformismo: “el legado de un siglo de esfuerzos reformistas consiste en un sistema penal crecientemente represivo y en tribunales que administran justicia como en una línea de montaje”, dice el American Friends Service Committee. Obviamente, la criminología crítica no sólo describe; también juzga.

En este orden de consideraciones, es preciso traer a cuentas una referencia creciente: la víctima. En torno se desarrolló una empeñosa disciplina, la victimología, a la que Neuman llama “ramal de la criminología”. Hoy se dedica a la víctima una profusa bibliografía, abundante legislación, reglas protectoras, frecuentes recomendaciones e investigaciones numerosas. Ya es tan relevante la suerte de la víctima en la justicia penal, que por ella —aunque no sólo por ella— se abre el abanico de las consecuencias jurídicas: a las penas y medidas, se agrega un tercer extremo: las reparaciones, en el que figuran centralmente —pero no exclusivamente— los apoyos a la víctima que se localizan en el impreciso universo de las “consecuencias accesorias” del delito.

No digo que la víctima sólo ahora tenga una posición destacada en el estrado de la justicia. La tuvo infinitamente mayor, cuando retenía el poder del castigo. Lo que hoy sucede es que el ojo de la justicia se aplica de otra manera, y de esta forma de mirar resultan precisiones en la ley penal, sea para ampliar, sea para restringir el rigor sobre el imputado. En la internacionalización de las cuestiones penales, la víctima ya tiene un sitio.

## 2. Dogmática

El estudio jurídico de la ley penal y el delito ha tenido extraordinario desarrollo. Este trabajo, que sirve a la pretensión científica del derecho, posee un valor específico, constantemente señalado: funciona como garantía para el individuo. Es evidente el desempeño que han tenido la doctrina alemana, tan celebrada; también la italiana; y sobre ese derrotero, la

española, fuertemente influida por aquélla e influyente, desde siempre, en la doctrina latinoamericana.

Se han sucedido las teorías. Una comenzó a dominar la escena en el primer tercio del siglo —fuertemente resistida—, a partir de fórmulas innovadoras y rotundas: “La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer ‘final’ y no solamente ‘causal’”, propuso Welzel.

No obstante el enorme peso de la doctrina penal en estos años, también es verdad, como han observado Gimbernat y Bajo Fernández, que el sistema normativo y su aplicación no han sido menos relevantes ni menos avanzados, ni sus resultados prácticos menores, en países que se hallan al margen del desenvolvimiento científico característico de aquéllos. Son los casos de Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos.

### 3. *Política*

Quien se ocupa de la justicia penal —y quien la observa, la ejerce o la padece— sabe que no existe otro espacio más inquietante en el encuentro entre el poder del Estado y la fragilidad del individuo, pero tampoco en la colisión entre los intereses particulares. Se trata de la escena crítica de la vida colectiva, y por lo tanto, de los derechos humanos. Por un lado, es una pieza delicada; por el otro, contundente. En virtud de aquéllo hay que resolver esto. Tal es el oficio de la política criminal, penal, criminológica o de defensa social, que no sólo pone la proa de la nave, sino la construye enteramente: aporta “el criterio para la apreciación del Derecho vigente y... revela cuál es el que debe regir”, pero también “enseña a entender aquél, a la luz de su fin, y a aplicarle, en vista de ese fin, a los casos particulares”, escribe Von Liszt. Gradualmente se ha llegado al convencimiento —siempre determinante— de que “la elaboración de una política criminal racional no puede concebirse fuera de la planificación del desarrollo socioeconómico”, reconoce José María Rico.

La política penal fue escenario de extensos debates en el siglo que concluye. Los trajo desde todos los años precedentes. No podía ser menos: debe desentrañar lo que es la justicia penal y lo que se quiere que sea; la razón que conduce la tipificación y la penalización; el propósito de la pena y la medida, dentro de los propósitos del derecho y el Estado. Permea el Código, el tribunal, la celda, el patíbulo: éstos son los brazos de una política, a reserva de ver sus efectos, que debieran reflejarla, como en un espejo.

La construcción penal comienza por ser un programa; por ende, una política. Y la política pone al derecho sobre el camino. En estos años pugnarón el transpersonalismo, una sucesión de persistentes mitologías, que confina la justicia penal en la exaltación y protección del Estado, de una clase, de una raza, y que hasta ahora parece haber perdido la batalla, y el personalismo, que afirma y protege la dignidad humana. Este sería el cimiento del mejor sistema penal de nuestro siglo.

Las ideas políticas sobre la justicia penal pudieran alojarse bajo un rótulo: defensa social, que en una versión generosa “sobrepasa el horizonte del Derecho penal y de la penalidad... ya no es solamente la represión, es la protección y la asistencia”, enseñó el viejo Prins. La defensa social moderna es, en esencia, un alegato favorable al ser humano, donde se aloja la “política criminal social” o “socio humanista”, ha dicho Ancel; por ende, alivia la represión en cuanto puede, por una triple vía: la ahorra, la racionaliza, la humaniza. Esa es su fórmula escueta.

Se ha destacado que la política penal no puede anidar en una campaña al vacío. Denis Szabo advierte, correctamente, que es un segmento de algo mayor, que forma su circunstancia y de lo que recibe sus condiciones, tensiones y objetivos: la política social, que tampoco agota la realidad; otras políticas, nacionales y globales, la circundan, contienen y dominan. Sólo bajo la luz de una política social se podrían explicar determinadas soluciones, que no hallan sus razones en elementos de derecho penal en estricto sentido: así, la exclusión penal en bloque —siempre relativa— de los menores de edad.

## V. LAS SELECCIONES PENALES

La justicia penal ha debido resolver el problema de la incriminación, con sus consecuencias, en tres direcciones o por medio de tres selecciones, que aparejan numerosas consecuencias. Por una parte, la selección del delito; luego, la del delincuente; por último, la de la sanción. Pero existe una selección o elección previa, en la que todo se funda: ¿hasta dónde se quiere llegar con la justicia penal, que finalmente es la mano dura del Estado en su trato con los individuos?, ¿qué se está dispuesto a mantener y qué a perder, en términos de libertad humana, para evitar y sancionar el delito? La respuesta marca el camino de la justicia penal, y más aún, de la relación entre el poder y el hombre. Así se ha dicho, incluso cuando se trata de enfrentar el problema más severo: la violencia.

En este punto se identifican y separan las dos versiones de la seguridad pública: integral y persecutoria.

En el campo que en este momento abordo, figuran sendos procesos; ellos ponen en marcha las selecciones: criminalización o descriminalización, penalización o despenalización, y judicialización o desjudicialización. Ora operan como receptores de la exigencia social contra el crimen, ora como equilibradores de una justicia penal agobiada, que necesita alternativas.

## 1. *El delito*

### A. *Protección de bienes jurídicos*

El primer tema de la justicia penal que nuestro siglo ha enfrentado, es lo que pudiéramos llamar la “selección” del delito: un ejercicio de política que supone valoración. ¿Qué debe ser abarcado bajo el rótulo de delito y captado en la decisión incriminadora del Estado? Una respuesta sostiene el carácter moral del asunto; invoco solamente la expresión de Mario de la Cueva en su estudio de la filosofía de Hegel: “La auténtica vida comunitaria es aquella en la cual el Derecho coincide con las convicciones morales; el Derecho que requiere el apoyo diario de las bayonetas no es baluarte para la vida social; únicamente se realizará cuando responda a la moral del pueblo”. Así, la justicia penal sería una expresión nuclear y rigurosa, externa y socialmente eficaz, de la justicia moral; abrevaría en la ética e incriminaría la contradicción con las convicciones morales. Es un hecho que la variación en el concepto que se tiene sobre éstas, cada vez menos exigentes —si es que ocurre así— influye sobre la incriminación.

Los códigos penales rebosan ejemplos de una delincuencia en transición, producto de una moral que también transcurre; en este flujo y reflujo, que destipifica conductas, están las conductas fronterizas —*borderline offences*—, que abundan en el orden de la moral sexual y familiar, aunque no se retraigan a él. Obviamente, no sólo se trata de puntos de moral, sino también de poder; ha campeado la inequidad, que se retrae en las últimas décadas: difícilmente habría mejor constancia de ello que la regulación sobre el adulterio. La revolución de las costumbres ha determinado la migración de las incriminaciones: hacia la simple infracción o hacia la conducta penalmente indiferente.



Pero esa doctrina inquieta a los penalistas; consideran que tiene vasos comunicantes con el autoritarismo: “La defensa penal de los valores éticos —observa Olga Islas— es un signo de los regímenes políticos autoritarios y no de los regímenes políticos democráticos”. Se ha sostenido con gran empeño —consecuente con un proyecto civilizador y reductor del derecho penal— que la exigencia de un ‘daño social’ como presupuesto de la pena deriva del contrato social. En el ejemplo del incesto, que puede ser pecado, pero no debe ser delito, Hommel dijo con razón —lo cita Roxin—: “Un hecho puede ser escandaloso o pecaminoso y no constituir, sin embargo, un delito. Los conceptos de persona, ciudadano y cristiano son, pues, tres conceptos diferentes”.

Sea de esto lo que fuere, hay por lo menos una vinculación que quiero retener: el valor ético del quehacer del legislador. Si la justicia penal no se eleva sobre una consideración de esta clase, deviene tiranía, autoritarismo, policía política. Por ello me parece inobjetable la expresión de Maurach cuando pondera la función de *ultima ratio* que cumple el derecho penal en una sociedad democrática: “La naturaleza secundaria del Derecho penal no es más que una *exigencia* ética dirigida *al legislador*”.

Sobre el compromiso defensivo que asume el derecho penal —yo diría, más ampliamente, la justicia penal—, hoy se prefiere otra respuesta, que no desplaza necesariamente a la anterior: el delito es grave afectación de un bien jurídico, deducido del conjunto de valores que reconoce la Constitución democrática. Sobre el bien jurídico, pues, hay que instalar el edificio de la justicia penal, que no ampara todos los bienes, ni todas las afectaciones: ha de tratarse de cierta entidad y determinada intensidad. Más puntualmente, Zaffaroni ha sostenido que “un sistema penal que forme parte de una estructura jurídica realizadora de derechos humanos, debe ser la coronación normativa de un ordenamiento que tutele como bienes jurídicos los medios necesarios para la realización del hombre en coexistencia”; a partir de aquí se ponderaría la eficacia de la justicia penal.

Sin embargo, no siempre es fácil capturar el bien jurídico y actuarlo en las fórmulas típicas. Obviamente, es intenso y perceptible cuando se trata de valores individuales, como la vida misma; mucho menos cuando sale del núcleo axiológico y se distrae en círculos concéntricos cada vez más distantes e imprecisos. Aquí se escurre la coincidencia que en el núcleo fluye sin dificultad. Se ha visto en algunas expresiones de la más moderna tipificación: los delitos económicos son un ejemplo elocuente, como observa Günther Kaiser.

## B. Derecho penal democrático. Intervención mínima

En el siglo XX, que no ha sido un paraíso de la democracia, pero la ha perseguido con alguna paciencia y fortuna desigual, se instaló la noción de un derecho penal democrático, consecuente con determinada versión *pro homine* sobre las relaciones entre el poder y el hombre y con el modelo del Estado Social de Derecho. Esa versión tranquilizadora acerca de la justicia penal tiene una regla de medida que se deduce claramente de la *rule of law* y de las claves del Estado de derecho: mínima intervención punitiva. “*Jure est civiliter utendum*: en la selección de los recursos propios del Estado —ha dicho Maurach con una expresión que hoy no se podría refutar—, el Derecho penal debe representar la *ultima ratio legis*”. A ello se añade, como un escudo protector, el llamado garantismo; buena causa y extraña palabra. En fin, la marginalidad no basta, por sí, para justificar la reacción penal; puede resultar, inclusive, enriquecedora para la sociedad.

Claus Roxin abunda al examinar la tesis de una protección penal subsidiaria de bienes jurídicos, es decir, “la punición de los daños sociales que no se pueden evitar de otro modo”; esto coincide rigurosamente con “el ocaso de cualquier orden de valores éticos reconocido de modo general, con las modificaciones en la práctica del comportamiento sexual de ambas capas de la población y con la evolución de las correspondientes ciencias empíricas”. En suma, el cambio jurídico-penal “se limita a reflejar en su ámbito el cambio hacia una sociedad abierta y pluralista”.

Esta sería una de las herencias del siglo XX, una vez desembarazado del autoritarismo que lo estuvo acechando. Hay visiones y versiones de la mínima intervención. En suma, se trata de moderar, retraer, seleccionar con escrúpulo y desgano el control social punitivo: poner en su sitio —que lo es a la zaga— al Código Penal, no gobernar con él; por lo pronto deben salir de esta ley los pecados y las transgresiones morales secundarias —es decir, las que no figuran en el mínimo ético del sistema jurídico— y los llamados delitos “bagatela”.

Esa mínima intervención puede y debe proyectarse sobre cada capítulo de la justicia penal: material, procesal y ejecutivo, sin olvido de una cuestión fronteriza: la prevención, que pone la mirada en un dato inquietante: el peligro. A la corriente minimalista de la persecución corresponde el concepto del *numerus clausus* acerca de las conductas culposas punibles y la represión de la tentativa.

### C. *Legalidad*

Si hubiera que señalar el principio penal que más se discutió, trabajó y sostuvo en estos cien años rebosantes, seguramente se mencionaría la legalidad, fundada en el contrato social de la Ilustración, y por ello dotado de un origen político más que jurídico. Creímos que bastaba el siglo XIX para proteger esta criatura del siglo XVIII, guarecida por las declaraciones de derechos. No fue así. En pleno siglo XX naufragó la legalidad en aras de una oscura fórmula de incriminación: el “sano sentimientos del pueblo”, que suele identificarse con los buenos sentimientos de la víscera cordial de Leviatán; o la noción facciosa de un Estado clasista, como se vio en el artículo 10 del Código Penal ruso de 1922, hasta la reincorporación de la legalidad en las Bases de 1958.

Ahora la legalidad domina en el doble plano nacional e internacional, con las modalidades siempre discutibles que ha impuesto la persecución de crímenes contra la paz y la humanidad. Este afán deja una enseñanza: conviene retener la lección de que en la justicia penal —como en otra cualquiera— nada se recupera y nada se pierde en definitiva. Aquí, como donde sea, no cesa la lucha por el derecho: es inherente al derecho mismo, enseñó Ihering. Veremos lo verdadera que es esta verdad, cuando observemos la persistencia de la “pena criminal” —digo la sanción capital— y de algunos usos del procedimiento y la ejecución: éstos teñidos por el tormento, con el estilo de nuestro siglo.

### D. *Justicia penal de acto y de autor*

Legalidad y selección de la conducta incriminable en virtud del bien jurídico tutelado, se asocian seguramente, bajo una concepción penal rigurosa, con la responsabilidad a partir de la conducta, no en virtud de la personalidad, y mucho menos de la persona a secas. Este ha sido un relevante campo para el debate, que trae consecuencias de primer orden. Ahora prevalece el derecho penal de acto, no el de autor; es decir, se sanciona por lo que hace el agente, no por lo que es. La “distinción entre Derecho penal de acto y Derecho penal de autor no es sólo una cuestión sistemática, sino también, y fundamentalmente, política e ideológica. Sólo el Derecho penal basado en el acto cometido puede ser contenido y limitado democráticamente” —enseñan Muñoz Conde y García Arán—; en cambio, el de autor “no permite limitar el poder punitivo del Estado y favorece una concepción totalitaria del mismo”.

La culpabilidad, que con la conducta y la antijuridicidad forja el delito, es el sustento para el juicio de reproche. Si no hay éste, no existe el delito, y si no existe el delito, es inaceptable la punición. Este siglo de la justicia penal se inauguró con un tema inagotado: el albedrío, base moral de la conducta. Pero no parece posible fundar verdaderamente la persecución penal en semejante tierra movediza. Por ello conviene buscar otro cimiento: la atribuibilidad de un hecho a su autor, que pudo y debió conducirse en forma diversa a la que siguió. En su *Tratado*, Jescheck asegura: “La determinabilidad de la actuación descansa en la capacidad del hombre de controlar los impulsos que sobre él inciden y de dirigir su decisión según contenidos de sentido, valores y normas”.

### E. Peligrosidad

Sólo al cabo de mucho tiempo, numerosas controversias y amargas experiencias, se convino en sancionar apenas por la conducta típica. Del viejo derecho acudieron las disposiciones sobre grupos e individuos, marginales, diferentes y tal vez disidentes, que debieron afrontar consecuencias punitivas, simplemente por ser, estar, caminar. Esto sucedió a los gitanos y vagabundos, entre otros. Estos —los vagos— son el perpetuo personaje en el ejército de la peligrosidad.

El positivismo afinó la puntería y construyó otro factor de responsabilidad, llamada social: la temibilidad o peligrosidad. Así se formaron dos parejas de supuestos y consecuencias: delito-pena y peligrosidad-medida. En una etapa anterior —en el segundo tercio del siglo—, que no sólo patrocinaron los Estados autoritarios, sino también algunos democráticos, se postuló la intervención penal por la peligrosidad del sujeto, mucho más resbaladiza la social que la criminal, puesto que aquélla apetece nada menos que la “estandarización” de los ciudadanos, señala Terradillos. Así, la peligrosidad navegó por su cuenta, sin compromiso con algún delito efectivamente cometido, hasta que se toparon con una doble muralla eficaz: la jurisprudencia o la reforma legal.

Los ordenamientos peligrosistas eluden el principio de legalidad: se sustraen al rigor del concepto —que en estos casos ni siquiera sería riguroso— y optan por presentar en catálogo de comportamientos diversos. Abunda la opinión —que precisa Zaffaroni— de que las leyes de peligrosidad sin delito “son manifestaciones ideológicas que ponen en serio peligro las garantías establecidas en la Constitución”. Hoy la peligrosidad

predelictual ha declinado: es necesario que exista un delito, y éste atraiga la atención hacia las condiciones particulares del agente; por ende, sólo se trata de una peligrosidad acreditada por el crimen y de unas medidas post-delictuales. Sin embargo, hay códigos que navegan entre las dos aguas: la manera de hacerlo es erigir las situaciones peligrosas en tipos penales, con lo que en el fondo se quebranta el principio *nullum crimen sine conducta*, o adelantar la punición un momento —que recoge infinidad de situaciones— en el *iter criminis*.

Veamos este último asunto, que constituye uno de los puntos más interesantes —débiles o fuertes, como se vea— de la justicia penal. Desarraigada la convicción de que se delinque por pensamiento, palabra y obra, porque también así se peca, sobrevivió la certeza de que “el pensamiento no delinque”. Negada, pues, la concepción criminal como fuente de responsabilidad penal, sólo permaneció la incriminación de la conducta. Una nueva moderación punitiva excluyó los primeros pasos hacia el delito: resolución manifestada y actos preparatorios.

Sin embargo, ha proliferado la incriminación del acuerdo, el concierto, la deliberación compartida, a partir de la doctrina de la *conspiracy*, que llegó hasta el Tribunal de Nüremberg y debió moderar el juez francés Donnedieu de Vabres. Esto implica un retorno en el *iter* que asume el Código Penal. En el fondo se halla el borroso concepto de peligrosidad, generalmente asociado a posibles y hasta probables delitos graves. Es así que delinque quien anuncia su intención delictiva, y más aún si la comparte con otros.

En buena parte de la legislación actual se sanciona la conspiración. Hay delitos de mero acuerdo, que aparejan imposición de pena; aquí, el legislador ha querido ser cauteloso, ampliar apenas la punición, sabedor de lo que pasaría si se regresa demasiado: sólo son punibles algunos supuestos de esta naturaleza. Preside, pues, la regla del *numerus clausus*, como en los delitos culposos, resuelve el Código Penal español. También se maneja la posibilidad de imponer medida de seguridad, si la conspiración no merece pena, establece el Código Penal italiano. De esta suerte —hay que advertirlo— el principio de mínima intervención desanda el camino.

Existe otra forma de llevar la peligrosidad —la real o la supuesta, pero en este caso acreditada con presunción *juris et de jure*— al sistema de la sanción: me refiero al incremento necesario de ésta cuando hay reincidencia, que a su turno puede estar determinada por la comisión de deli-

tos dentro de cierto periodo. En la misma pendiente se desliza, acaso sin poderlo evitar, la aplicación de medidas de seguridad consecutivas a la pena. Han llovido las impugnaciones. Edgardo Alberto Donna resume: se transgrede la regla *ne bis in idem* y “se reprocha con mayor severidad a quien no ha tenido los suficientes frenos para formar su voluntad”; de ahí resulta el quebranto del principio de culpabilidad.

### F. *Criminalidad violenta*

Coexisten la criminalidad tradicional o convencional y la delincuencia moderna, evolucionada. En un tiempo se creyó que cedería la violencia —típica conducta atávica— en favor de la astucia. Hoy día la violencia se ha multiplicado y diversificado: hay una marea ascendente, que bastaría para calificar a nuestra época —con Israel Drapkin— como la “Era de la violencia”. Hay una subcultura de la violencia —enseñan Marvin Wolfgang y Franco Ferracuti—, que codifica y alimenta las expresiones de la fuerza. En ese mundo oscuro debe transitar la justicia penal, y lo hace cada día y en todo momento. Las cifras y las modalidades de la fuerza son infinitas.

El blanco de la violencia es el ser humano: su vida, su salud, sus posesiones; sea que el crimen seleccione individualmente a la víctima —se cometa, pues, *intuitu personae*—, sea que dirija el golpe contra un grupo o un pueblo. En este caso aparece la criminalidad pasiva difusa, contrapartida de la delincuencia activa de la misma naturaleza. Nos hallamos en plena criminalidad moderna, que tiene raíces en capas muy antiguas de la tierra.

### G. *Tutela de la vida*

En los códigos penales, los delitos aparecen en la escena bajo rótulos específicos, que enuncian los bienes jurídicos protegidos por la amenaza punitiva. En el Estado democrático contemporáneo, a la cabeza figura el bien esencial, el más singular e infungible, el que confiesa el compromiso ético del Estado: la vida humana. En torno a ella se han agrupado diversos tipos penales, cuyo tema es, precisamente, la afectación directa de la existencia humana.

Algunas Constituciones modernas exaltan la vida, como bien central cuyo cuidado compromete a la sociedad y al poder político. Otro tanto sucede en el derecho internacional positivo: sendas declaraciones y tratados proclaman la supremacía de la vida. El derecho penal tutelar de la

vida ha buscado soluciones a ciertos hechos que se vuelcan sobre ésta, como dije, individual o colectivamente.

No me referiré ahora al homicidio simple o agravado, cuya punición es constante, sino a otras formas de afectar la vida, ampliamente discutidas en este siglo, que concluirá sin aportar soluciones pacíficas. Una de aquéllas es el aborto, asépticamente denominado “interrupción del embarazo”, que recientemente ha sido objeto de reformas penales en más de cuarenta países. Difícilmente se hallaría un tema en el que choquen con más vehemencia los argumentos de las diversas corrientes. El debate pone en entredicho la equidad de la justicia penal. Obviamente, repercute sobre el tema la idea que se tenga acerca del bien tutelado: la vida formada, la vida en formación o la *spes vitae*.

Sobre este arduo problema, hay posiciones extremas: una ha procurado que nunca se autorice el aborto, salvo, acaso, en el supuesto terapéutico —que puede refugiarse en la excluyente de estado de necesidad—; otra sostiene que debe admitirse siempre que lo quiera la madre, portadora del producto y dueña de su cuerpo. Entre esos extremos ha transcurrido la controversia y han aparecido las soluciones particulares: a raíz de la Primera Guerra Mundial, se abrió la posibilidad del aborto por motivos sentimentales, como sucedió en el caso de los *enfants de boche*; y a raíz de la ciencia, se inauguró la del aborto por factores eugenésicos, con visibilidad acentuada —para no cesar ya— a partir del empleo lesivo de la talidomida. En estos casos, por cierto, como en otros en que entran en colisión la moral “oficial” y la apreciación popular, el jurado ha ejercido una importante influencia sobre los nuevos derroteros penales.

Sigue debatiéndose el punto entre los partidarios del sistema de plazo y los del régimen de indicaciones. Se dice que aquél es más vulnerable que éste a la crítica montada sobre el argumento del derecho a la vida, sostiene Cerezo Mir. En este sentido se produjo un fallo relevante del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, el 25 de febrero de 1975. Empero, los tribunales constitucionales de varios países “han considerado la solución de plazos como incuestionablemente compatible con la Constitución”, informa Hirsch.

Limitadamente se abre campo la despenalización específica del aborto por razones económicas. Con todo, avanza la eficacia justificante o exculpante de la voluntad de la madre —o de ésta y del padre—, en tanto se mitiga la oposición al tratamiento penal del aborto procurado y crece la indiferencia pública, traducida en desgano persecutorio. Pocos ejemplos

habría, tan acusados, sobre la distancia entre la ley que incrimina y la práctica que se desentiende. Obviamente, esta observación no corresponde sólo a México.

En el mismo campo de tutela de la vida humana ha crecido otro problema angustioso: el homicidio consentido, que puede ser eutanasia. Aquí hay asuntos notables. Por una parte, ya no hay duda —al cabo de un largo desarrollo histórico— sobre la abstención penal frente al suicida mismo: si obtiene su propósito, el castigo es impracticable por el carácter estrictamente personal del delito y de la pena; y si no lo consigue, tampoco se le sanciona: bien porque se reconozca que puede disponer de su vida —como sostiene Díaz Aranda—, o bien porque se perciba que la pena no serviría, en la especie, a ninguno de sus fines conocidos.

El más grande y grave problema no atañe, pues, al suicida, sino a quien participa en la privación de la vida de otro, o la consume. En una hora sombría de la historia reciente, se dispuso de la vida de los demás con fines eugenésicos o, más ampliamente, selectivos; recuérdese el monstruoso ejemplo de la Ley Alemana para la Purificación de la Raza, de 1933, reformada en 1935; en ella campeaba la “salud del pueblo”. Así se traspuso la frontera que separa la eutanasia del genocidio. Esto mereció rechazo unánime y decayó cuando se vinieron abajo —hasta donde haya ocurrido— la ideología y el gobierno que lo autorizaron.

La preocupación actual —y válida— se refiere al homicidio asistido por móviles nobles y a petición —expresa o presunta— de aquel cuya vida se suprime; puesto de otra forma, a la eutanasia activa —y menos a la pasiva—, que se retrae ante el ensañamiento terapéutico. En buena medida, esta cuestión se nutre del desarrollo científico, que ha logrado prolongar la vida de quienes anteriormente morían pronto y con absoluta certeza. La grande y grave pregunta sobre la legitimidad de imponer la vida, al no permitir la muerte, se ha suscitado en procesos dolorosos, que alertaron al mundo entero. Dígalo el caso de Karen Quinlan.

Por ahora, parece dominar la idea de que el tercero no es dueño de la vida, ni tampoco, por lo mismo, de dar la muerte; la autorización puede moderar el castigo, pero no lo excluye; la ley contemporánea no ha dado el paso que desincrimine de plano el homicidio consentido. Se continúa explorando el punto desde la perspectiva de las justificantes y, sobre todo, las exculpantes. El arduo debate no cesa, y todo hace ver que no cesará en mucho tiempo. Con el dilema a flor de piel llegaremos al siglo XXI. Sin



embargo, en los hechos las cosas suceden por su cuenta; se sabe en las familias y en los hospitales.

A la protección de la vida corresponde también el tema del genocidio. En esta hipótesis ya no se trata de suprimir una o varias vidas individuales, por ellas mismas, sino la existencia de un grupo humano, o de perturbarla gravemente, como señala el Convenio mundial de 1948. La muerte o la alteración de las condiciones de existencia de cierta colectividad tienen móviles y finalidades bastardos; son la negación más rotunda de la tolerancia y el respeto a la vida, reglas de oro del Estado democrático. La agresión se funda, precisamente, en datos que la evolución centenaria de los derechos humanos logró poner a un lado: raza, color, religión, convicciones.

La persecución del genocidio figura en convenios internacionales y leyes nacionales. Es un caso emblemático de la incorporación de los individuos como sujetos del *ius gentium*, a título de obligados, y no sólo de súbditos y agentes de un Estado, que deba responder colectivamente por las conductas de aquéllos; también puede ser ejemplo de la asunción nacional de compromisos internacionales. Esta figura, un delito contra la humanidad, se localiza en la génesis más directa y característica del derecho penal internacional.

En la misma línea de consideraciones se debe hablar del terrorismo, aunque éste no apareje, por sí, la supresión de la vida. Funciona, dice Middendorff, como un sucedáneo de la guerra. En tal caso, la maniobra homicida o genocida acompaña al temor o es el hecho que lo produce. Se trata de otra manifestación extremosa de un fundamentalismo que no accede a los métodos de la civilización. Hoy, como antes, se vincula a reclamaciones atendibles en su origen e inaceptables en sus expresiones criminales. De aquí que a veces los delincuentes persuadan sobre la justicia de su causa.

El terrorismo, que pasó del ímpetu anarquista a la reivindicación nacionalista, con la que ha proliferado últimamente, informa normas nacionales muy severas y conciertos internacionales. También ha traído consigo, como otras formas de delincuencia temible, diligente y trascendente, consecuencias en la organización de las prisiones: por el terrorismo — por su género próximo, la delincuencia organizada—, los reclusorios recuperan su condición filosófico-arquitectónica de fortalezas.

## H. Criminalidad astuta. Delitos de “cuello blanco”

Vayamos a otro sector del crimen en nuestro siglo. La astucia se aviva con la creciente complejidad de las relaciones sociales: tiene un objetivo, el lucro, y un supuesto, el engaño. El robo ingenioso fue superado por el abuso y el fraude; de este tronco proviene una doble familia que figura en la criminalidad moderna y suscita fórmulas penales: por una parte, la defraudación tradicional; por la otra, una extensa gama de conductas que se han agrupado, con cierto capricho, bajo el rubro de “criminalidad de cuello blanco”. Esta noción, puesta en curso por Edwin H. Sutherland en una disertación memorable sobre *The White Collar Criminal*, en 1939, constituyó —como ha dicho Barbero Santos— “no sólo un análisis absolutamente novedoso del fenómeno delictivo”, sino también el inicio de “una época en la investigación criminológica”. En este mismo ejercicio de caracterización, pronto arribarían el “cuello rosado” y el “cuello dorado”.

Las clases medias emergieron donde se sumergió el poder absoluto. Los nuevos protagonistas acabaron por utilizar, como pendón, el cuello blanco del empleado animoso, el empresario entusiasta, el profesionista próspero. La ciudad triunfa sobre el campo; la economía desarrollada, sobre el cultivo de la tierra. Los obreros visten de azul, color del *overall*; quienes dejaron de serlo, proclaman su nueva condición con el color blanco del cuello almidonado. Cuello blanco es, en tal virtud, prosperidad y modernidad. Y sucede que la novedad social trae consigo, como siempre, ciertas novedades criminales. Su común denominador es el ingenio.

Todo esto apareja un viraje en la criminalización. Jürgen Bauman observó con agudeza que las figuras delictivas de los códigos penales del siglo XIX se dirigieron contra los pobres y los tontos, a quienes no se les ocurre nada mejor que robarle la cartera al vecino; después ha sido necesario

crear figuras delictivas que correspondan a las circunstancias típicas y a las divisiones del trabajo de la economía moderna y que, en consecuencia, comprendan también a aquellos sujetos más inteligentes y refinados que cometen inadmisibles manipulaciones en el marco de su actividad en la vida económica y que pasan por ser personas de prestigio y de *status* social elevado.

Estos nuevos conceptos incorporan numerosas familias delictivas, que navegan bajo un pabellón diverso de los tradicionales injustos contra

el patrimonio: delitos contra el orden social económico o derecho penal económico, criatura cuyo nacimiento se sitúa en la Primera Guerra Mundial. Aquí se cuentan, con mayor o menor holgura semántica, desde la *criminalité des affaires*, que dicen los franceses, hasta la delincuencia contra el ambiente; desde la infracción fiscal hasta la violación de los derechos laborales, desde el abuso en las prácticas comerciales y financieras hasta el quebranto de la propiedad intelectual o inmaterial.

Con expresión feliz, Günther Kaiser abarca la extensa cuenta de las infracciones que pueden consumarse en los sistemas de ordenadores: “Esta fatal combinación de fantasía criminal y progreso técnico ha puesto al Derecho penal ante problemas totalmente nuevos”. Por demás está subrayar los problemas que aquí enfrenta la precisión de los bienes jurídicos protegidos. Pedrazzi apunta:

En su extrema complejidad, el fenómeno económico afecta a una serie de intereses de distinta naturaleza, entre los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo; intereses individuales y de grupo, intereses ‘difusos’ e intereses referidos a la comunidad considerada de forma unitaria.

Primero la justicia penal contra la delincuencia de cuello blanco se atiene a sus límites territoriales; luego —en estas horas— va más allá: inicia el proceso de internacionalización; a tal punto interesa e inquieta, que en torno a ella se sugiere algo más inquietante todavía: “Los países deben sacrificar una parte de su soberanía y cooperar enérgicamente para obtener resultados que serán beneficiosos para todos”, sostiene Aglaia Tsitsoura, Administradora Principal de la División de Asuntos Penales del Consejo de Europa.

No es fácil hallar una descripción y una designación que unifique esas familias delictivas, como no lo ha sido identificar la delincuencia de cuello blanco, más caracterizada por sus protagonistas que por los bienes que vulnera o arriesga, ni el delito económico; en esta empresa naufragó inclusive una fórmula debida a Eberhard Schmidt, de 1949. Pero siempre se trata de fenómenos característicos del siglo XX —con moderadas apariciones en el anterior—, que ha traído sus propios datos sociales y sus correlativas conductas delictuosas y “exige —según López Rey— una preparación del sistema penal que apenas si existe en la mayoría de los países”. Con todo, la delincuencia de cuello blanco no acaba de ser en-

cuadrada en la criminalidad convencional, aunque ya sea una tradición de nuestro tiempo. Elusiva y expedita, se fuga entre las manos de la justicia. La criminología crítica lo denuncia y lo reclama.

Los códigos penales y, acaso más, las leyes especiales, han recogido los profusos tipos de esta numerosa criminalidad. Es un rompecabezas para los Estados. El Consejo de Europa le ha dedicado atención: algunos Estados reconocen que “es diez veces menos perseguida y su costo es diez veces más elevado que la delincuencia clásica” (Barbero Santos). Sin embargo, la justicia penal no brilla por su diligencia; es omisa a tal punto, que la impunidad constituye —dicen los criminólogos— uno de los datos que acompañan a la delincuencia de cuello blanco.

### I. *Delincuencia y poder*

Entre los temas penales de primer orden se halla la lucha en torno al poder: ahí ha girado la humanidad. Este asunto tiende puentes hacia la múltiple criminalidad que mencioné: uno lo acerca a la violencia; otro, a la astucia. Sus rostros son: delincuencia contra el poder, que se bifurca en el delito político y el terrorismo; y delincuencia desde el poder —obstáculo y desafío para la justicia penal—, que se analiza en el uso de la fuerza y la obtención del lucro ilegítimo. Obviamente, el poder no es sólo el gobierno formal de la sociedad; lo es, tanto o más, el gobierno informal.

Del terrorismo ordinario ya hablé; existe un creciente consenso sobre la frontera que lo separa del delito político. Este es asunto de cada Estado, pero no del conjunto, como se ve en los regímenes del asilo, la extradición y la ejecución extraterritorial de condenas; en cambio, en la lucha contra aquél toma cartas el mundo entero.

La criminalidad desde el poder tiene dos vertientes fundamentales. Una es la tortura, que enlaza con la otra dimensión del terrorismo: el practicado desde las instituciones públicas, bajo las diversas modalidades que afloró la patología del poder; tales, los escuadrones de la muerte, la desaparición forzada, la tortura misma, casi entendida como un “instrumento de gobierno” (José María Rico). Abolir el maltrato es un cuidado de la justicia penal moderna, aunque apareció desde su *opera prima*: el alegato de Beccaria contra la tortura no tiene fisuras, y las Constituciones primordiales se pronunciaron contra el tormento. El sistema penal democrático ha recuperado esa atención, con especial ahínco: se mira en los modernos tratados que se proponen prevenir y sancionar la tortura, en el

plano mundial y en el ámbito americano; en ellos se sustentan las leyes nacionales, que antes —desde luego— iniciaron el rechazo de estos usos del poder.

La segunda vertiente de la criminalidad desde el poder se concentra en la riqueza. Aquí aparece la multitud de delitos e infracciones en la gestión pública, clientelar y patrimonialista. Todo esto tiene un denominador común: la corrupción, que subvierte al gobierno: lo pone al servicio de sí mismo. Semejante delincuencia posee, pues, un componente de traición: milita de una vez contra los deberes del cargo y contra la democracia, si recuperamos ésta con el giro de Gettysburg: gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. Se trata, en suma, de la hermana insidiosa del autoritarismo. La justicia penal comienza a reaccionar: se internacionaliza la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos, según se observa en la Convención Interamericana contra la Corrupción, del 29 de marzo de 1996.

### *J. Delincuencia organizada*

El progreso criminal ha caminado en el mismo sentido que el desarrollo social: hacia la tecnificación y la organización. De aquí resulta un dato de las últimas décadas, con antecedentes seguros en los últimos siglos: la delincuencia organizada. El criminal emplea las formas orgánicas de las sociedades antigua y moderna. Así, se vale de la formación militar y empresarial, sin dejar la formación familiar. El crimen organizado acaba por constituir el gran negocio del siglo: sus rendimientos exceden a los del petróleo, se manifestó en la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada de 1994.

El derecho enfrenta al crimen organizado con un aire de emergencia y exasperación. No lo previno; apenas lo puede combatir. Es modo de delinquir, circunstancia vinculada a la pluralidad activa, o delito por sí mismo, desde un temprano momento del *iter criminis*: la resolución manifestada o el acto preparatorio. La gravedad del problema sugiere demoler garantías penales y procesales. Pocas veces antes se vio tan alarmada a la humanidad, fuera de las grandes contiendas. Sin duda, ésta lo es.

El crimen organizado tiene elementos que la justicia penal no puede ignorar. Afecta diversos bienes: los regulares de los delitos que son contenido u objetivo de la sociedad criminal, como la vida, la salud, el patrimonio; y los emergentes: seguridad colectiva, extremada hasta ser seguri-

dad nacional —un concepto que ha generado preocupación y debate— e internacional, y también paz y soberanía. Involucra a una indeterminada pluralidad de agentes y víctimas: doble multitud sin rostro; es el delito más distante del crimen *intuitu personae* que antes mencioné. No se reduce a cierta localización: trasciende fronteras; su inercia conduce el recorrido. Contiene con el Estado y luego se entiende con él.

La preocupación actual sobre el crimen organizado, que es el tema con el que doblamos la esquina del siglo, surge sobre todo de dos asuntos mayores de la delincuencia, con abundantes repercusiones: el terrorismo, que usa la violencia con objetivos políticos, y el narcotráfico, que puede utilizarla —y suele hacerlo—, junto con la astucia, para lograr fines económicos, que llegan a ser políticos. De hecho, una buena parte en la renovación de criterios y sistemas de justicia penal se informa en la lucha contra el narcotráfico.

### K. *Narcotráfico*

Difícilmente se hallaría una cuestión más transitada que ésta, campo fértil para las preocupaciones de Estado y las reformas legislativas. El problema del narcotráfico y la adicción a drogas es, posiblemente, el mayor asunto de justicia penal —pero no sólo de ella— en el fin de siglo. Se han sucedido las disputas, los tratados internacionales, los acuerdos de persecución compartida, los ensayos de preservación de la soberanía contra el alud de injerencias que sugiere la lucha contra el narcotráfico. El tema se mueve entre el énfasis sobre la “producción” y el acento sobre el “consumo”. La tipificación de conductas que la *vox populi* y los gobiernos agrupan como “narcotráfico” es cada vez más elaborada, comprensiva, rigurosa; preocupa dejar sin sanción, alguna parcela en el quehacer de los productores, traficantes y proveedores de drogas.

En fin de cuentas, salta un tema crucial: el problema de las drogas “se manifiesta —señala Kreutzer— en diferentes juicios que recaen no sólo sobre las drogas, sino también sobre los que las consumen. Los que abusan de ellas y los adictos: ¿son enfermos o delincuentes o ambas cosas, o ninguna de ellas?”.

Tras varias décadas de incesante actividad punitiva, aparecen la desesperación o el desgano: ya se discute, con crecientes argumentos, la posibilidad de despenalizar conductas que hasta hoy constituyen delitos severamente sancionados. Sobre estos asuntos vuelan el recuerdo y la

enseñanza de la enmienda XVIII a la Constitución de los Estados Unidos, de 1919, removida por otra enmienda, la XXI, algunos años más tarde. Sigue pendiente la última palabra, si hay alguna que pueda serlo. Y mientras prosigue la lucha encarnizada contra las drogas, los temibles *carteles* prosperan; la sociedad, la economía, la política se “narcotizan”.

### L. *Delincuencia culposa*

La justicia penal de hoy tiene un tema creciente: la criminalidad culposa. Es un segmento muy nutrido en el conjunto de la criminalidad. La malicia y la imprudencia no aparecieron en nuestro tiempo; pero la segunda trae resultados cada vez más graves y numerosos. Cuando la técnica adelanta y la vida social se complica, proliferan los delitos culposos. Su piedra de toque es la inobservancia del deber objetivo de cuidado. Tienen por lo menos dos espacios transitados: el transporte y la actividad profesional. Además, la reacción ante el delito culposo es fuente de polémicas: ¿conviene emplear la pena, como en efecto sucede, sin perjuicio de reducirla con espíritu de moderación? O bien, ¿bastan las medidas de seguridad, e incluso las simplemente policiaco-administrativas?

Acerca del transporte, hay que observar con especial atención los problemas del tránsito de vehículos, que a la mitad del siglo había revolucionado la justicia penal. Estos hechos “constituyen en nuestros días uno de los mayores peligros y amenazas contra el orden y aun la existencia de la vida social”, destaca Beristáin. Implican homicidios, lesiones y daños, acaso más frecuentes y cuantiosos que los procurados con dolo. Por lo mismo —y porque se sabe que la imprudencia es menos reprochable que la intención, aunque cause tantos o más daños que aquella— es preciso destinarle un tratamiento penal adecuado. Hay que castigar, pero también reparar: esto predomina sobre aquéllo; de lo contrario, se anegaría la justicia penal.

La actividad laboral exige cuidados específicos. El practicante de un oficio, el profesional, el técnico, el artista tienen ciertos deberes éticos, pero también obligaciones derivadas del estado que guarda la *lex artis* en su campo particular, es decir, el desarrollo de su profesión: ni frontera ni rezago; sólo competencia, idoneidad. Los códigos alojan tipos relacionados con el desempeño profesional, y en éste, vinculados con las disciplinas de la salud. En los países desarrollados es muy frecuente la exigencia de responsabilidad penal, a título de culpa, con origen en la *malpractice*.

## M. *Delincuencia biológica*

No debo dejar omitir otros problemas morales y penales —jurídicos, en sentido extenso— a propósito de las disciplinas biológicas. Uno de ellos es la realización de experimentos en seres vivos. Los hay inadmisibles, que saquean el cuerpo y el alma de los vencidos, los perseguidos, los castigados. Y los hay inevitables, ¿cómo progresaría la ciencia? ¿cómo salvaría otras vidas? Sobre esto hay reglas estrictas: observarlas es investigar; vulnerarlas es delinquir. La manipulación genética también convoca la justicia penal; el tema comienza; las consecuencias penales también. Hay que precisar hasta dónde pueden llegar la mano y la audacia del investigador.

## 2. *El delincuente*

Vayamos al otro gran asunto de la justicia penal, del que ésta y los códigos modernos han tomado su nombre, tras haberse denominado códigos criminales, e incluso códigos de defensa social, como alguna vez sucedió en América y, dentro de ella, en México. Aludí a una selección sobre el delincuente. Con esto me refiero a la interrogante que se plantea el Estado-legislador: ¿a quienes deberemos llevar ante la justicia penal, a título de responsables y sancionables?

También aquí es indispensable considerar las condiciones de la realidad y las exigencias de la sociedad que han variado. Ya me referí a los sujetos peligrosos, tema fronterizo en esta múltiple selección que debe practicar el legislador penal. Hay otros grupos y figuras, que se manejan a propósito de la inviolabilidad o impunidad, la exclusión frente a la justicia penal y la responsabilidad por la conducta de otro. Interesan sobre todo las últimas dos categorías.

### A. *Inimputables*

Por lo que hace a la exclusión con respecto a la justicia penal, pero no a toda forma de justicia oficial, importa considerar los supuestos de los menores y los inimputables. Éstos han sido objeto de la mayor atención: el derecho continental europeo, acogido en América Latina, se concentra ahora en la capacidad de culpabilidad y las causas que la excluyen; los psicópatas son el asunto mayor, y acaso serán siempre el arquetipo del delincuente natural e irrecuperable. Los códigos italiano y alemán se re-



fieren, con diversas formulaciones, a la capacidad de entender y de querer. En el derecho moderno, la ausencia permanente de ésta no apareja el desentendimiento del Estado; por el contrario, hay intervención para la custodia y el tratamiento: medida de seguridad posdelictiva, aun cuando no existe delito, a pesar del resultado típico, porque no hay culpabilidad. Esto es una consecuencia natural de la defensa social, ciertamente paradójica para una justicia penal gobernada por el principio de culpabilidad. El derecho anglosajón, menos sistemático, se ha concentrado en ciertas reglas elaboradas a partir de un justiciable famoso, M’Naghten, un frustrado magnicida.

### B. *Menores*

En el alba del siglo, Garçon dijo con optimismo ante el Primer Congreso Internacional de Derecho Penal: *Lenfant est sorti du droit pénal*. No ha sido así. Si en el origen del derecho tutelar se operó bajo la idea de la *parens patria*, asunción estatal de la función paterna, que prescindió de la “figura y el estrépito del juicio”, pero también de sus garantías, hoy el régimen de la justicia juvenil retorna al hogar del que salió: la justicia penal. En su país de origen, Estados Unidos, así lo ha resuelto la sentencia dictada *In re Gault*.

Por dos consideraciones han regresado los menores a la justicia penal, en sentido más o menos estricto: una, el garantismo, que tiene que ver con el reconocimiento de garantías penales, y por ende, con la reasunción de los sujetos como personajes del derecho punitivo, dentro de una errónea oposición entre la corriente tutelar y la corriente garantista, que hoy todavía pugnan por controlar el espacio de los jóvenes infractores; la otra, el incremento de la criminalidad de menores, que obviamente no es ajeno al crecimiento de la población infantil y juvenil y a las características de su presencia en la nueva sociedad.

En cuanto a la responsabilidad por la conducta de otro, que viaja en la frontera del principio de personalidad de la pena, hay que mencionar ciertos efectos de la lucha contra el narcotráfico y otras formas de delincuencia organizada —sobre todo en orden al “lavado de dinero”— y la punición dirigida a las personas colectivas, tema cuya importancia es cada vez mayor, como creciente es la presencia de estos sujetos —y otros centros de imputación jurídica— en la sociedad moderna. Se ha generalizado la responsabilidad de dichas personas, en la medida en que resienten conse-

cuencias punitivas a propósito de la conducta de sus dependientes, asociados o representantes; en este sentido marcha la *strict liability* que campea en el derecho estadounidense. En los Estados miembros del Consejo de Europa afiliados al *common law*, se admite la responsabilidad penal de las personas colectivas. En los otros, la criminalidad económica —que aprovecha la fórmula de personas colectivas— lleva a vencer las reticencias. Se dice que las personas colectivas no son sujetos de medidas de seguridad, porque carecen de peligrosidad criminal. Empero, esta expresión debiera acogerse con reservas: hay consecuencias legales sobre personas colectivas que se aproximan más a las medidas que a las penas.

### 3. *La sanción*

Vayamos ahora a la tercera gran selección de la justicia penal: la opción sobre las consecuencias del delito. En no pocos casos, la más profunda reforma penal se concentra más en las penas y las medidas más que en los presupuestos de la penalidad. Si no cesa el debate sobre el delito, menos amaina la cuestión de la pena. Ésta, consecuencia de aquél, debiera servir para algo. Pero no es aquí donde cesa la controversia, sino donde principia. Si el Estado incorpora conductas en los códigos punitivos, es para punirlas; y si las sanciona, es para evitar que se multipliquen. Lo que se propone obtener así constituye el eje de la filosofía penal de todos los tiempos; lo que realmente consigue es el eje de la sociología penal —o mejor, de la sociología de la justicia penal, que es un punto de eficacia— y de los trabajos del estadista, cuando pone en movimiento al Congreso. En este siglo, heredero de la corriente que actuó en el XVIII, el principio de humanidad contiene los rigores del poder en su trato punitivo —o asegurador— de los infractores.

Subsisten las escuelas. El delito determina ciertas consecuencias —que se agruparon bajo el rubro de “sanciones” y hoy se especifican en diversas categorías—, y éstas se proponen retribuir, intimidar, purificar, recuperar o contener, o bien, mejor todavía, todo ello de una sola vez, como lo quiere la teoría de la “unión”, punto de compromiso entre las escuelas enfrentadas. Jamás se ha pedido a ninguna forma de justicia humana que alcance tan diversos y complejos resultados. En el debate entre las corrientes del pensamiento penal, acaban por destacar cuatro proyectos con los que llegamos a la conclusión de este siglo: retribución, recuperación, expresada con una gran variedad de rútolos, disuasión y contención. Lo

demás va quedando a la zaga en el concepto colectivo, aunque siga ocupando la conciencia de filósofos y juristas.

En este campo, es preciso recordar un párrafo afortunado de Roxin. Considera que el cambio del pensamiento jurídico-penal que ha hecho posible la transformación del sentido admisible de la pena, “constituye, con toda seguridad, la evolución más importante de las experimentadas recientemente por nuestra ciencia”. Explica:

si todo poder estatal ha sido establecido exclusivamente por el pueblo para asegurar a los ciudadanos una convivencia libre y pacífica, consecuentemente el fin de la pena tiene que ser de naturaleza puramente terrenal, es decir, ha de referirse al provecho del individuo y de la sociedad. De ahí resulta que ya de antemano es imposible legitimar la pena desde el punto de vista de la retribución, pues pensar que mediante la pena se puede compensar, expiar o suprimir la culpabilidad, es una idea metafísica; desde una perspectiva racional no cambia para nada la culpabilidad de un hombre ni su delito el hecho de que se le castigue y se añada al mal que ha cometido otro mal contra su persona. Como el pueblo no es una instancia metafísica, tampoco puede conceder facultades metafísicas; y dado que nuestras sentencias no se dictan en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo, no se puede concebir al juez como brazo de la justicia divina, sino únicamente como administrador de intereses terrenales. Finalmente, quedan sólo dos objetivos racionales para la pena: uno, “incidir sobre el delincuente, para inducirle a comportarse legalmente en el futuro”, y dos, incidir sobre la generalidad.

### *A. Crisis de la justicia penal*

Hay crisis de la prisión, se dice. En realidad, la crisis alcanza a la justicia penal en su conjunto. Por ello prosperan, entre discreta y estrepitosamente, las tendencias abolicionistas. Si se conserva el sistema penal, en los términos que hoy conocemos, es por falta de algo mejor a nuestro alcance, no porque haya producido los mejores frutos. No deja de ser paradójico que el tema central de la justicia penal sea la pobreza de sus resultados: su materia es su crisis; su horizonte es su agotamiento.

Difícilmente se difiere de estas conclusiones: la pena no disuade, no rehabilita, no protege: quiero decir, no protege a la sociedad, ya no digamos —como en la ilusión penal de Dorado Montero— a los criminales. El romanticismo del final del siglo XIX se ha convertido en decepción aguda, con pronóstico muy grave, al concluir el XX. Sin embargo, a todas

estas declaraciones se añade otra conclusión, perfectamente desconectada de aquéllas: utilicemos la pena.

### B. *La doble vía*

En nuestros años acabó por afirmarse, con una suma de variantes, la doble vía: penas y medidas de seguridad, cada una con sus propios supuestos, desarrollos y conclusiones. El proyecto Stooos, de 1893 —que se distinguió por “la sencillez, la brevedad, la encantadora precisión”, observa Jiménez de Asúa—, anticipó la organización de las medidas de seguridad; pero en Suiza esto sólo se conseguiría con el Código Penal de 1937. Los códigos del periodo entre ambas Guerras Mundiales acogieron ampliamente esas medidas. La legalidad constitucional, explícita en cuanto a las penas, comienza a serlo en lo que concierne a las medidas, como sucede en el párrafo 3o. del artículo 25 de la Constitución italiana; no se podía olvidar este arsenal, cada vez más pletórico, de consecuencias jurídicas.

Finalmente, quedan en la escena las penas y las medidas; en la pulcra descripción de Roxin, que establece el parecer del científico y del legislador,

la pena es la consecuencia jurídica que se vincula a la culpabilidad del reo, expresada en el caso concreto, y se limita por ella; la medida, en cambio, es una consecuencia jurídica independiente de la culpabilidad, que se vincula a la peligrosidad futura del reo expresada en el hecho, y sólo se limita por ella en tanto no puede ser desproporcionada respecto del peligro futuro.

Se particularizan las consecuencias del delito, pero también se acumulan: la imposición de pena no elimina la aplicación de medida: cada una sirve para lo que sirve —valga la verdad de Perogrullo—, y si se quiere un mejor resultado, hay que valerse de ambas. También se acentúa un proyecto y una posibilidad: que la pena y la medida se integren en un sistema unitario de reacción contra el delito. Desde luego, se supone que entre aquéllas media una diferencia razonable y practicable; no se trataría de camuflar las medidas como penas, desechando en el fondo la regla *nulla poena sine lege*, para facilitar la actuación del Estado.

### *C. Pena de muerte*

La discusión sobre la entidad y cantidad de las penas ha conocido muchas vicisitudes alojadas en los códigos, cuyos principales cambios suelen asociarse a este problema perpetuo. No ha cesado la pena de muerte, siempre combatida, pero siempre conservada. Algunos textos constitucionales la rechazan sin ambages. Para abolirla se acumulan los proyectos: los tratados internacionales quieren proteger cada milímetro que se avanza en el sentido humanitario, pero se avanzan pocos, y en ocasiones luego se desandan. Y tampoco es completamente cierto que haya desaparecido el entusiasmo por la muerte “exacerbada”, que caracterizó al derecho anterior a la Ilustración. Sigue trabajando el sadismo, aunque haya disposiciones que pretenden moderar su aplicación y hasta suprimirla si el condenado se “reforma”, como dispone la ley en China Popular.

Por supuesto, tampoco se erradica completamente la muerte oficiosa, sucedáneo de las ejecuciones oficiales; a esta arena concurren los escuadrones de la muerte y las desapariciones forzadas, otra pesadilla para los derechos humanos. En suma, la autojusticia amaina, pero no cesa.

Beristáin ha dicho, con razón, que la pena de muerte “es un tema radical”. La postura que aquí se adopte influye en la que se tenga sobre otras cuestiones de la justicia penal. “Quien admite esta sanción introduce una gota de veneno en el vaso que contiene las normas de la convivencia. Aunque nunca se llegue a la ejecución, esta gota inficiona todo el líquido”.

### *D. Prisión. Sustitutivos*

La prisión, cuyos errores no ignoraron ni la escuela clásica ni el positivismo, sigue siendo la sanción socorrida. Es el paradigma de la “institución total”. No hay sustituto que la cancele. Las declaraciones legales son tan solemnes como optimistas. Por ejemplo, nuestra Constitución se refiere al sistema penal —en realidad, sobre todo la prisión— orientada hacia la readaptación social del infractor. El artículo 25 de la española, más moderna en los conceptos, declara que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social”. La Ley Penitenciaria alemana, de 1976, utiliza una fórmula singular: ha de capacitarse al recluso “para llevar en el futuro en responsabilidad social una vida sin delitos” (artículo 2o.).

A la oscilante historia moderna de la prisión se suma una novedad oriunda de la nueva sociedad: la privatización de las cárceles —*private corrections*—, que desde luego tiene antecedentes en el cuestionado régimen de la concesión a particulares del trabajo de los reclusos.

En los años recientes han prosperado, de una parte, la “contrarreforma” de las prisiones; de la otra, el descrédito del tratamiento. Se desanda el camino recorrido durante un siglo; hay una renuncia expresa —o en todo caso implícita— al objetivo resocializador en aras de la seguridad y de la contención de los delincuentes. Las prisiones de máxima seguridad vuelven a ser, hoy con su espeso aparato tecnológico, un paradigma para cierto sector —ni reducido ni vergonzante— de la prisión moderna. Por otra parte, el tratamiento sigue bajo sospecha.

La gran corriente moderadora y racionalizadora de los castigos ocupa mayores espacios, que se descuentan de la cárcel; aquí avanza un progreso que apareció en el siglo precedente: de una parte, la exclusión de las penas privativas de libertad de corta duración (en ello radicó el inicio del movimiento de reforma penal) —en forma absoluta o por la vía de los sustitutivos, sin perjuicio de cierto renacimiento asociado a la criminalidad económica—; de la otra, las nuevas sanciones, que comenzaron por ser alternativas de las prisiones breves y llegaron a ser penas autónomas. Estas buscan sus compromisos donde la prisión puede tenerlos: con la libertad y la utilidad: por ejemplo, el trabajo en favor de la comunidad.

La institución abierta, que concentró muchas esperanzas, aclimata sus frutos modestos en la paradoja que representa: es la prisión-no prisión; por eso es abierta o no tiene rejas. En contrapartida, las medidas de seguridad han vuelto por los fueros del internamiento: lo acreditan las numerosas variedades de una forma de detención —calificada como medida de seguridad— que se articula con la frustración penitenciaria: la *preventive detention* del sistema inglés, sustituida en 1967 por la *extended sentence*, que tiene claramente un objetivo defensivo —*protection of the public*, dice la ley en Gran Bretaña, reticente a establecer en las normas los fines de la sanción— y los establecimientos de terapia social del Código Penal alemán, aclamados en un principio y vistos más tarde con la más profunda reserva.

### E. *Multa*

Otra pena que ha proliferado es la multa, para la que finalmente se encontró una fórmula equitativa: el día-multa, para que no se sancione la insolvencia, o se castigue menos. Los días-multa, que fueron una feliz ocurrencia del proyecto suizo, hoy se encuentran en numerosos ordenamientos. Dice Horacio Roldán que son el “elemento básico de la nueva estrategia de la pena pecuniaria”, aun cuando existe debate sobre la forma de fijar el contenido cuantitativo de esa fórmula. Ahora es preciso generalizar la solución del incumplimiento en el pago; aquí persiste una disyuntiva: privación de libertad o libertad con determinadas obligaciones. Aquéllo pone en movimiento una regla deplorable: *qui non luet in aere, luet in corpore* (quien no paga con su dinero, paga con su cuerpo).

### F. *Otras alternativas*

En el horizonte de la pena, que deja abierto el fin de siglo, hay otras alternativas interesantes. Una es la reparación de los daños y perjuicios, como única consecuencia del delito, que así se “privatiza” de nuevo. Lo que se quiere es evitar la “jurisdiccionalización” excesiva en el manejo de los conflictos penales. Otra posibilidad es la exclusión de pena: sea por la prueba sobre la competencia personal para vivir en libertad, sea por el perdón judicial en aras de la equidad —o bien, de la inutilidad o impertinencia de la pena—, sea por la reconciliación entre el victimario y la víctima, que no se reduce a ser composición claudicante o transigente, sino íntima solución del drama individual, cuando no hay otro social, más grave y atendible, que la desautorice.

### G. *Individualización*

Marc Ancel advirtió que la individualización es el dato característico del sistema penal moderno. La justicia penal es individualizadora, no sólo en el sentido, tan obvio, de que hace justicia en el caso concreto, sino también de que la hace en determinada forma: yendo a la entraña del hecho y de sus protagonistas: “hay un hombre a juzgar, escribe Florian, cuyo conocimiento completo es indispensable”; éste, como tema del proceso, se encuentra más allá del resultado típico, que uniformaría los casos, y de la convención, que reduciría la verdad a un acuerdo entre partes.

Esto implicó la recepción penal de la corriente social del derecho, que floreció en los primeros años del siglo y declina en los últimos. Pero esta declinación todavía no vence a la justicia penal, ni la mellará demasiado mientras se distinga entre dolo y culpa, que es un deslinde tan necesario como tradicional, y se pongan bajo el lente la gravedad del delito y la personalidad del infractor. El dilema ha sido sancionar por la peligrosidad o hacerlo por la culpabilidad. Esta es “la gran antítesis de (la) que depende el Destino del Derecho penal”, señaló Maurach. “Ni la culpabilidad ni la peligrosidad constituyen procesos psíquicos, sino juicios sobre el autor”. Ahora bien, la preferencia por la peligrosidad mengua y la opción por la culpabilidad crece.

En fin, lo que acaso conviene es entender —como lo ha hecho el Código Penal alemán— que la culpabilidad “es el fundamento de la determinación de la pena”; sin perjuicio de la fórmula más precisa —señala Roxin— que proponía el Proyecto Alternativo: “La pena no puede sobrepasar el grado de la culpabilidad del hecho”, esto es, la culpabilidad es el límite de la pena. Si se traspasa ese límite, se incurre en tiranía; por ello las leyes recientes quieren asociar la imposición de la pena con la culpabilidad, sin ignorar la prevención especial ni la prevención general, aunque esta última conviene más al quehacer del legislador que al desempeño del juez. Pero todo esto queda en la penumbra cuando prevalece el pragmatismo, al que adelante me referiré, que soslaya la verdad histórica y negocia la responsabilidad; así se cancela, de rebote, la individualización; o queda en riesgo de ser apenas un simulacro.

## VI. EL PROCESO

### 1. *Los intereses en comercio*

Sobre el filo de la justicia penal discurren los intereses en conflicto. La historia del proceso refleja las opciones sobre el interés que dominará, seleccionado según esta pretensión: el que “merece” dominar. Hay tres opciones: el inculpado, el ofendido, la sociedad. Otra sería el Estado, la opción característica del autoritarismo, que también puede filtrarse, es verdad, a través de alguna de aquéllas. Sobre tales opciones ha discurrido el péndulo de la justicia penal, administrada por el legislador o por el tribunal, pero también por el Ejecutivo.



La historia desplazó al juez omnipotente; Montesquieu pontificó: “los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”. En expresión de Bacon, *optima lex quae minimum arbitrii judici relinquit*.

Las estampas de la justicia anuncian lo que se espera del tribunal. Una cosa es la justicia vendada, que no conoce —como reprochó Gustavo Radbruch— cómo se animan los platillos de la balanza, ni sabe sobre quién descarga la espada; y otra cosa es la justicia clarividente, que propuso Crisipo: “mirada severa e imponente, los ojos muy abiertos”; ésta se pone de moda cuando se hace del juicio criminal un método para el conocimiento antropológico —la sentencia vendría por añadidura—, más que para el descubrimiento criminalístico.

## 2. Principios procesales

Si el siglo ha seguido con cuidado el desarrollo de la ley penal, también ha observado con escalofrío el desenvolvimiento del sistema procesal, garantía de los buenos ciudadanos, sistema de los hombres honrados, para recordar la sugerente calificación de Ferri. Entre las garantías constitucionales y luego internacionales, las del procedimiento ocupan una parte tan extensa como fundamental. Esta prolijidad es hija de la experiencia. El *due process of law* se halla en la entraña de la ley, la doctrina y la jurisprudencia; es, de alguna manera, el indicador de la civilización.

Por eso el siglo XX, que toma la antorcha del XIX, sostiene cada vez más los derechos del inculcado: juez natural, incolumidad personal, verdad material, audiencia, defensa, impugnación, presunción de inocencia, publicidad, intermediación, todos ellos principios de lo que se llama un moderno proceso penal democrático, es decir, la forma de investigación, enjuiciamiento y decisión que admiten los Estados democráticos de hoy.

En fin de cuentas, si el deber del Estado de garantizar justicia es el fundamento del derecho procesal —diríamos que de la justicia penal, en esta vertiente adjetiva—, como señala Schmidt, esos principios establecen la forma y medida para alcanzar el ideal de que el culpable sea castigado y el delincuente absuelto. Así se pone a prueba la condición democrática del Estado, frecuentemente atrapada en un dilema —un falso dilema— que se exalta cuando sube la ola criminal: orden público *versus* derechos humanos. Los legisladores tienen amplia experiencia en esta

errónea conjetura: los autores del proyecto francés —recuerda Delmas-Marty— se vieron apremiados por una sospecha: se quiere “desarmar” al Estado.

Hoy día, la nueva circunstancia internacional y el desplazamiento constante de la soberanía que en aquella se sustenta, modifican alguno de los principios del procedimiento; así, el de territorialidad, como sucede en una institución que posiblemente alcanzará todavía mayor desarrollo: la transferencia internacional del poder persecutorio, que previene un convenio europeo de 1972.

En este campo aparece un tema inmenso: el acceso a la justicia, que es un “derecho social básico”, argumentan Mauro Cappelletti y Bryant Garth. En materia penal el problema crece, porque se ha cerrado —en realidad, entrecerrado, y últimamente entreabierto— la posibilidad de la autocomposición. Si es así, la justicia estatal debe ser más accesible, más expedita, pero no siempre lo es. El reto es doble: acceso a la justicia formal, o sea, pretensión, audiencia y defensa; y acceso a la justicia material, es decir, sentencia justa. En esta escena, el defensor ha ocupado un lugar de primer orden; ya es verdaderamente —señaló Calamandrei— un “integrador de la personalidad” del inculpado.

### 3. *Solución oficial e intervención privada*

La condición pública del *ius puniendi*, vinculada con el interés social indisponible, trajo consigo una versión estrictamente pública de la solución a la controversia penal. Esto puede significar —y ha significado— varias cosas. Por una parte, se sostuvo que el proceso era la única forma de solución; fuera quedaban la autojusticia y la autocomposición. Por la otra, se creyó que la persecución debía quedar en manos de un órgano estatal, generalmente el Ministerio Público. Desde luego, ninguna de las dos conclusiones se instaló de manera absoluta y definitiva.

En estos días, la composición se ha abierto camino. La persecución no escapa a la regla universal de privatización; tampoco se sustrae a la regla racional que evita la saturación inútil del aparato de justicia. Y el Ministerio Público, que llegó bajo otros nombres al derecho anglosajón —con enorme poder, por cierto: incluso el de alterar o cancelar la pretensión punitiva— no monopoliza la acción. Persisten los actores popular, de clase, privado y particular; agréguese, hoy, al *ombudsman* que releva al fiscal indolente.

#### 4. *Legalidad y oportunidad*

Tiene gran importancia el principio que ajusta la persecución. La legalidad procesal es gemela de la legalidad penal; ésta determina qué conductas son punibles, y aquélla dispone la forma de sancionarlas, pero no abre puertas a la impunidad. De hecho, el principio de legalidad persecutoria subraya el pacto social, fundamento de la justicia penal, y ahuyenta el arbitrio autoritario. Hoy esa afirmación, que alguna vez pareció inmovible, se halla en crisis.

El régimen de oportunidad —que es naturalmente autoritario— ha caminado un gran trecho. Se erige sobre dos fundamentos debatibles. En primer término, hay que reducir discrecionalmente el ámbito de la justicia penal, desechando casos irrelevantes, en la inteligencia de que esta reducción se sustrae de su sede natural, el Congreso, que maneja las grandes “políticas penales”, y se encomienda a su nueva sede, el fiscal, que administra la “aduana” de la justicia penal.

En segundo término, hay que facilitar la investigación penal, y para ello es posible canjear la “buena disposición” del infractor por la “buena disposición” del Estado: es decir, colaboración a cambio de impunidad o benignidad, algo que hace dos siglos repugnó al espíritu ilustrado de César Beccaria. De ahí el auge del *plea guilty*, el *plea bargain* y otras expresiones de la oportunidad persecutoria, como el *patteggiamento* en Italia y la *correctionnalisation judiciaire* en Francia, que han modificado a fondo las características y finalidades del proceso penal. En Estados Unidos, es altísimo el porcentaje de casos que se resuelven por estos medios, instalados en el corazón del *market system* llevado al sistema procesal. De paso desaparecen algunas de las finalidades específicas asignadas al proceso penal: el hallazgo de la verdad histórica y la individualización del justiciable.

#### 5. *El juzgador*

Un asunto notable es la selección y formación del conductor del proceso y emisor de la sentencia, por ende formulador de la verdad. Aquí se habla de otro dilema, que no debe existir: ley o juez. Se ha generalizado la tensión hacia una reforma judicial amplia, que desmonte antiguas ineficiencias y acredite una administración judicial consecuente con sus objetivos proclamados y con las necesidades del justiciable. En fin de cuentas, uno de los constantes apremios de nuestro siglo ha sido edificar una justi-

cia a la altura de las necesidades y las expectativas: que no se halle a la zaga, como suele estarlo: la justicia, denuncia Szabó, “es la parte más tradicional del aparato del Estado” y “lleva impreso el sello de la subadministración”.

### *A. Tribunal profesional o popular*

Subsiste la alternativa: tribunal profesional o tribunal popular, y existe una combinación que muchos consideran plausible: escabinado. El jurado comenzó por ser una institución democrática: resuelven los pares, no el rey; pero sus adversarios consideran que se convirtió en institución demagógica. Llega a nuestro tiempo vulnerado, no sólo por las razones de la justicia, sino por los motivos de la economía, que son concluyentes: en Estados Unidos, el jurado no es regla, sino excepción; se ha contraído en el mundo entero. Empero, subsiste —incluso en Iberoamérica— la pretensión de incorporar ciudadanos a la administración de justicia, como expresión de la democracia. Así lo considera la exposición de motivos del proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

No se puede regatear al jurado una influencia relevante en la adopción de soluciones penales liberalizadoras, como se ha visto en materia de aborto. En estos casos, el jurado actúa como corrector de la moral “oficial” introducida en el Código Penal, en beneficio de una percepción popular, más humana y actual, acerca de los problemas llevados ante la justicia. También ha militado por la justicia, e incluso por la equidad, en aras de evitar una condena excesiva. Así lo reconoció Target, desde el remoto año en que formuló su relación sobre el Código napoleónico de 1810.

### *B. Tribunal y Estado de derecho. Política y justicia*

El tribunal tiene graves compromisos. Ante todo, garantiza el Estado de derecho, como se advierte particularmente en el régimen del “control difuso”. Dicho en otra forma —con Eberhard Schmidt—, la tarea judicial está determinada por el más alto ideal: la “causa de la justicia”. Por ello, el juzgador debe ser independiente, es decir, actuar en su sede y en su sentencia el principio orgánico de la libertad: la división de poderes; además, ha de contar con una suma de potestades, condiciones y virtudes que lo pongan al abrigo de las críticas que siempre lo acompañan: como la mujer del César, debe ser virtuoso y parecer que lo es, o dicho en la fa-

mosa expresión de un tribunal inglés: “*Justice must not only be done, it must also be seen to be done*”.

El derecho moderno acentúa la independencia: que el juzgador no sea, como en los regímenes totalitarios, un *strumentum regni*, y que resplandezca la certeza del molinero ante la prepotencia del gobernante: “Todavía hay jueces en Berlín”. Además, el tribunal debe ser imparcial, libre de preferencias y exento de pasiones. El principio de lealtad y probidad, que se esparce en el proceso, tiene una sede natural: la justicia penal. En ésta, como en ninguna otra, se debe afirmar el fin procesal de educación cívica o social, cuyo supuesto natural es la “moralización del proceso” (Alcalá-Zamora).

No es ocioso recordar la función que actualmente tiene el Poder Judicial como “purificador” de la vida social, con todos los riesgos que ello apareja. La sentencia cumple esta misión mucho mejor que los actos del Legislativo o del Ejecutivo, aunque éstos constituyan el cimiento para la actividad del juzgador. La fiscalía y la magistratura han caminado por lo menos un paso en la depuración de las relaciones políticas por medio del enjuiciamiento penal; así lo acreditan los numerosos escándalos reconducidos a las cortes y las operaciones de aseo político encomendadas a una judicatura de “manos limpias”. A trasluz de los temas criminales, vaga el perfil de la política.

No sobra recordar una juiciosa observación de Loewenstein sobre la “judicialización de la política”: los “nuevos intentos de solucionar los conflictos políticos a través de una instancia judicial encierran considerables peligros, tanto para la judicatura como para el proceso gubernamental”.

Es verdad que la justicia penal atiende los elevados objetivos de la justicia misma. Pero también sirve a otros: la prevención general es uno; otro, la distracción, asegurada por la visibilidad y la estridencia: el “circó”, complemento o sucedáneo del “pan”. Este es un grave mal de nuestro tiempo —que pone nubes negras en el firmamento de la justicia—, vinculado a un bien: la comunicación. Es cierto que la publicidad de la tradición acusatoria trajo consigo la “democratización de la justicia”, y en este sentido mejoró su independencia: era conveniente que la justicia se hiciera bajo las formas de la ley y ante los ojos del pueblo.

Ahora bien, la impartición de justicia bajo el lente de los medios de comunicación masiva puede obtener fines diversos y adversos de los que se quiere conseguir. Existe, notoriamente, un problema severo a propósito

de la difusión de asuntos criminales, que se aduce con un triple sustento: publicidad procesal, derecho a la información, libertad de comunicación. ¿Cómo afrontar las investigaciones televisadas en directo?

### C. *El doble juicio*

Otro punto descollante en la cuenta del juzgador es la competencia personal y funcional para articular el delito, la responsabilidad y la sanción. El jurado no tiene esa capacidad, ni se espera que la tenga. Ya no se aguarda que el juzgador sea criminólogo, porque ha cesado la idea del proceso como “debate antropológico” (Ferri), pero se exige que vaya más allá de la comprobación de los hechos y la responsabilidad. Es relevante la exigencia del celebrado artículo 81 del Código francés de procedimiento penal sobre la llamada “encuesta social”: que haya un *dossier* para la responsabilidad y otro para la personalidad. Son dos juicios, que en la sentencia se unirán. El pronóstico se convierte en la fase superior —o la más profunda, como se quiera— de la indagación judicial.

### D. *Instrucción: Ministerio Público*

Ha persistido la polémica sobre quién debe instruir el proceso: el Ministerio Público o el juzgador, que algunos llaman polémica entre “profiscales” y “anti-fiscales” (Fairén Guillén). Prevalece la opción por el juzgador. Empero, también se ha dicho que esto debiera asociarse al estado que guarde en cada país la institución del Ministerio Público (*idem*). En la mayoría de los países europeos, esa tarea “se coloca bajo la autoridad de un ‘hombre-orquesta’, el juez de instrucción. Hombre-orquesta —resume Delmas-Marty—, ya que él solo acumula las funciones de policía, fiscal y juez”.

### E. *La prueba*

En fin de cuentas, el proceso sigue siendo una extensa e intensa oportunidad probatoria. Lo es para el investigador, el fiscal, el tribunal, el inculcado, el defensor. En otra época se podía y debía llegar a la verdad de cualquier manera, aunque fuese suplantándola, como sucedía a través del tormento, recurso criminalístico de la inquisición. En nuestro tiempo ya no es así: hay que alcanzar la verdad real, material o histórica, expresiones de las que se desprende la mala conciencia del jurista, que reconoce

la existencia de una verdad —legalmente admisible, sin embargo— que puede no ser nada de aquélla.

Para llegar a la verdad existen ciertas reglas de oro, que se han afianzado ampliamente en nuestro siglo: libertad de prueba, licitud de ésta y apreciación razonada. Me referiré brevemente a la segunda, que tiene una importancia superlativa en el proceso de los Estados democráticos y se ha instalado en las declaraciones de derechos.

Licitud probatoria implica el rechazo de las pruebas contrarias a la moral —pero no siempre— y al derecho. Esto último ha cobrado profundidad merced a una precisión de la jurisprudencia estadounidense: la *exclusionary rule*. Los casos *Mapp*, *Escobedo* y *Miranda* tienen un lugar bien ganado en la historia de la justicia penal moderna. De aquí se deduce una inversión del antiguo principio siniestro de que “el fin justifica los medios”, por otro contemporáneo: “los medios justifican el fin”. Efectivamente, el fin alcanzado —la verdad— sólo es admisible si los medios —las pruebas— han sido legítimos.

### F. Medidas cautelares

Entre los temas interesantes del enjuiciamiento penal figuran también la creación de tipos de proceso adecuados para enfrentar el alud de controversias, su especialidad y su complejidad; la abreviación del juzgamiento según la facilidad de la prueba y la relevancia objetiva del delito, que no siempre corresponde a su impacto subjetivo; la iniciativa indagadora del tribunal, una limpia supervivencia del sistema inquisitivo; y por supuesto, el empleo racional y legítimo de las medidas cautelares, que se instalan en la resbaladiza arena del *periculum in mora* y el *fumus boni juris* (aparente existencia de un derecho). Este último es un tema mayor del procedimiento. Por ahí se pueden —y suelen— deslizar indebidas intromisiones en el ámbito de privacidad o intimidad del inculcado, no menos que restricciones francas de su libertad personal y disposición patrimonial.

No obstante las impugnaciones frontales que siguen cercándola, subsiste la prisión preventiva, vértice en el encuentro, que debiera ser equilibrio entre los intereses del inculcado, el ofendido y la sociedad. Hay tendencias cruzadas: ora a sobreutilizar la preventiva, uso que culmina —junto con el envejecimiento del proceso— en el severo problema de los presos sin condena, ora a moderarla bajo la idea de no aplicarla como regla, negarle carácter obligatorio o punitivo y ceñirla mediante exigencias

como el “plazo razonable”, que ha ocupado a la Comisión y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El empleo de la prisión preventiva suscita otro punto: la indemnización de quien la ha padecido indebidamente. Este derecho del reo exonerado no se contrae, por cierto, a la prisión cautelar, sino avanza sobre el hecho mismo del procesamiento que culmina en resolución exculpatoria.

También hay que invocar aquí otra medida cautelar o instrumento probatorio —o ambas cosas, en rigor—, consistente en la observación subrepticia de las relaciones privadas. Aludo a la siembra de tecnología en el trato personal, para recoger las huellas del pensamiento y el comportamiento, esto es, las coordenadas de la existencia. La legislación, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado ampliamente de las filmaciones y grabaciones, así como de la intervención en medios de comunicación, que en algún caso adquiere rango constitucional. A esto hay que añadir el emergente acceso a los bancos de datos, que han multiplicado insospechada e ilimitadamente el registro de la conducta y las ideas: un “contragolpe” en ciernes se halla en el *habeas data*, nuevo derecho constitucional del individuo.

## VII. EJECUCIÓN PENAL

El derecho de ejecución penal —otro marco de la justicia penal— ha alcanzado la mayoría de edad; ya no es la “modesta preceptiva” que Jiménez de Asúa desdeñó. Obviamente, todo el hacer de la justicia se encierra entre los dos paréntesis que la contienen y determinan: la policía, primero, y la ejecución penal, después. Si el recluso cesó de ser “cosa de la administración”, objeto —no sujeto— de la ejecución, es natural que se revisen los métodos de los que se vale el Estado para ejecutar: de una parte, la técnica que guía el tratamiento —expresión y concepto discutidos, hasta el punto de que se afirma, como prerrogativa humana, el “derecho a no ser tratado” —parte del “derecho a ser diferente”, adelanta Zafaroni—, y de la otra, el órgano rector de la administración.

En una época dominada por la preocupación sobre los derechos humanos, o dicho de otra manera, por los principios de legalidad, moderación y humanidad en la justicia penal, es natural que se prefiera el sistema que los asegure mejor. Suele existir más confianza en el juzgador que en el fiscal o en la administración. De ahí el avance de la jurisdicción en las prisiones —a partir del famoso *giudice di sorveglianza*—, no para hacer-



se cargo de su régimen interno, que excede la capacidad y la disposición del magistrado, sino para ceñirlo entre las fronteras de la ley.

La idea tradicional de la soberanía, que reclamaba ejecución territorial de sentencias en materia penal, también ha cedido en este campo. Prevalece el interés de la readaptación, que no se corresponde con un tratamiento para acomodar al sujeto en un medio del que no viene y al que no regresará; esto hay que hacerlo en su lugar, que es el país del reo. Por ello me parece razonable denominar a esta medida “repatriación” de sentenciados, que expresa más —en un sentido profundo— que ejecución extraterritorial, ya no se diga “canje” o “intercambio”. Hay tratados bilaterales y multilaterales sobre la materia: en Europa, el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, de 1983; en América, numerosos tratados bilaterales.

## VIII. JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

### 1. *Alcance de la justicia penal*

Concluiré este trabajo, que ya se ha extendido demasiado, con algunas reflexiones sobre la trascendencia territorial, siempre en auge, de la justicia penal. He aquí una cuestión delicada, que tiene un escenario y unas oportunidades mucho mayores que el tema penal, pero en éste reviste algunas de sus aplicaciones más polémicas y dramáticas. Se trata de precisar el alcance del largo brazo de la justicia. Y también se trata de establecer los linderos de la soberanía. Por lo tanto, no estamos ante un asunto menor.

Hemos convenido, sobre todo en la segunda mitad del siglo, en que la movilidad de la delincuencia debe compensarse —y combatirse— con la movilidad de la justicia penal; de ésta se exige que sea ubicua; recordemos la sensata meditación de Beccaria: que no haya lugar donde encuentre refugio el criminal. Puesto en términos actuales, esa antigua reprobación de la impunidad —por mero instinto de conservación— significa una acción persecutoria tan amplia como sea practicable y una colaboración persecutoria tan resuelta como sea posible. Esto último ha derribado un antiguo muro: la prohibición de entrega de nacionales. Empero, hay textos enfáticos en sentido contrario; así, la Constitución alemana previene: “Ningún alemán podrá ser entregado al extranjero...” (artículo 16, 2o.).

Por ello, los Estados modernos ya no se reducen a los principios de territorialidad y personalidad en la aplicación de la ley penal. Bastaron para otros tiempos: las horas del aislamiento. Hoy abunda un complemento natural: la ley nacional se aplica a cualesquiera individuos por la comisión de ciertos delitos insoportables, independientemente del lugar en que fueron realizados; de esta regla hay aplicaciones bien conocidas, como el caso de Adolf Eichmann. Más todavía, este ímpetu persecutorio llega al extremo de cuestionar o negar el principio *ne bis in idem*, como lo autoriza el Convenio Europeo sobre Transmisión de Procedimientos en Materia Penal.

## 2. Codificación

Una consecuencia regular de este género de preocupaciones, vinculadas además con los hechos de la Segunda Guerra Mundial, es la aparición de una justicia penal internacional en su triple expresión: como catálogo de delitos, sistema de enjuiciamiento y régimen de ejecución. Es así que la comunidad de las naciones, congregadas por una cultura jurídica común —que se cifra en el derecho convencional, en la costumbre internacional o en los principios generales del derecho— se pone en pie de guerra contra la delincuencia.

Aquí surgen diversas cuestiones. Una de ellas es la incorporación al sistema doméstico de tipos penales anticipados y acordados en sendos convenios internacionales, que abundan, y que es una especie de vértice para el encuentro del *ius gentium* con el *ius civile*. Otra es la responsabilidad internacional del Estado por hechos de sus servidores —o de sujetos que actúan, *de facto*, por la cuenta o con la complacencia del Estado—, que es una responsabilidad colectiva. Una más es la responsabilidad internacional de los individuos por los crímenes que cometen, sea bajo el imperio del derecho local, sea bajo los términos del derecho internacional, que constituye una responsabilidad individual típicamente penal.

En este último caso, sobre todo, nos hallamos en la zona moderna y progresiva del derecho internacional: ahí donde el individuo comienza a ser sujeto directo del *ius gentium*, a título de sí mismo, no de súbdito o agente del Estado, como fue tradicional. Un auténtico derecho internacional penal debería —se dice— contener auténticos tipos penales que obliguen directamente al individuo, desplazar al derecho doméstico y superar la objeción de soberanía en la persecución de los delitos.

Los principios de Nüremberg y Tokio pusieron en marcha la elaboración de la justicia penal sustantiva; también fijaron una referencia jurisdiccional que en el tránsito entre dos siglos pudiera alumbrar un tribunal penal internacional —como el propuesto, tras una larga elaboración, por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU— a partir de un supuesto básico: la creación de un poder punitivo supraestatal, que no contradice la tendencia de las relaciones internacionales. Esto conduce a la formación de tribunales internacionales con el triple sustento que les adjudica Kelsen: integrados por jueces independientes, dotados de competencia para resolver controversias internacionales bajo el derecho de gentes, e investidos con la capacidad de resolver con la mayoría de sus integrantes. En esta arena movедiza, el final del siglo nos encuentra con algunas novedades: los tribunales dispuestos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para enfrentar los crímenes de autoridades en la antigua Yugoslavia y en Ruanda.

No sobra preguntarse acerca de la eficacia incriminadora de las condenas emitidas por tribunales de derechos humanos. Evidentemente, éstos no son cortes penales; empero, tampoco pueden ser irrelevantes sus sentencias para la justicia penal interna, cuando indician —señalan directa y probadamente— a los autores de las violaciones que tienen una doble calificación: hechos ilícitos en el derecho internacional y delitos en el doméstico. Piénsese que la responsabilidad del Estado proviene precisamente de la conducta, activa u omisiva, de sus agentes, personas de carne y hueso. De no haber ésta, tampoco existiría aquélla. Además, las reparaciones —que son consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional— abarcan la persecución y sanción penal de quienes son personalmente responsables de la violación.

Desde luego, la legítima actividad persecutoria de los Estados al aplicar su propia ley a hechos realizados fuera de su territorio, o de la comunidad internacional al operar bajo un derecho penal de gentes, no puede ser confundida en modo alguno con la injerencia desbordante que fiscaliza y castiga la conducta de otro Estado por hechos ajenos a los compromisos internacionales, como sucedió en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, del 16 de junio de 1992, dictada en el caso *United States vs. Humberto Álvarez Machain*, que proyectó el presidente Rehnquist; o cuando incurre en violaciones flagrantes del orden jurídico —conforme a la tradición común de las naciones democráticas—, al excluir a sus agentes de la observancia del proceso legal en otros Estados y

“legitimar” la comisión de delitos bajo el pretexto de la justicia penal, con el argumento *male captus bene detentum*.

## IX. COLOFÓN

Ha sido largo el camino; también accidentado. Cuando el siglo concluye, hay un horizonte claroscuro. Hasta aquí llega una herencia múltiple. Es verdad que se han afirmado los derechos humanos, precisamente en la región donde acecha su crisis: el crimen, el juicio, la pena. Pero se trata —me parece— de una afirmación en riesgo; siempre se halla en peligro: conspiran la criminalidad, que se eleva, y la alarma social, que crece. Por ello persistirán las exigencias de rigor y eficacia. Y bajo ese viento pudieran ausentarse —como está sucediendo— algunos principios, algunas garantías. De esta suerte, arribaríamos a una justicia penal diferente de la que concebimos cuando el siglo comenzaba. ¿No vemos estas señales en el firmamento?

En un trabajo anterior, acerca de la justicia penal del porvenir, me propuse explorar ese firmamento. Dije entonces que hay varios métodos para la indagación del futuro. Uno es la invención, enfoque del “creyente”: visión, premonición, profecía. Otro es la ilusión, que conduce el entusiasmo del reformador o el revolucionario, atraídos por la utopía. Uno más es la aproximación que se funda en cierta hipótesis cautelosa, a partir de experiencias y tendencias comprobables: enfoque del sociólogo. Es posible adoptar las primeras posiciones, a condición de no descuidar la tercera.

A partir de las consideraciones expuestas en este trabajo —y de otras muchas, que permanecen en el tintero— podemos suponer que la justicia penal del porvenir asumirá los cambios que le imponga la necesidad de tutelar con eficacia los intereses sociales y la paz pública. Si alguna vez temieron los ciudadanos el poder del monarca absoluto, y por ello establecieron las garantías penales, carta magna del infractor —dijo Liszt—, ahora temen la incertidumbre, la amenaza que aguarda en las calles, el golpe de mano, la violencia o el fraude, y por todo eso pudieran aceptar —y hasta exigir— reducción de garantías en beneficio de la seguridad, la paz y el orden.

Por otra parte, la justicia penal tendrá el contenido que determinen las variaciones, cada vez más expeditas, en la ideas morales y las modalidades que reclame la nueva relación entre el hombre y el Estado. También

en este campo se zanjará la pugna entre derechos humanos y orden público. Obviamente, no siempre habrá movimientos dramáticos; es posible que venga una erosión lenta, que abandone las conquistas del derecho penal democrático.

La sociedad evoluciona, y con ella se transforma el delito: aquella y éste son formas que asume la vida; por ello cambian, mientras persista la existencia. Una sociedad de masas, compleja, inquieta y demandante, genera una delincuencia característica; también una justicia propia. En la evolución habrá que tomar nota de ciertos datos del cambio, que repercuten en la justicia: globalización económica, tecnológica y cultural; integración de las naciones y hegemonías en los conjuntos regionales; exigencias de una economía de mercado, victoriosa, que reduce al Estado y reclama la defensa penal de sus leyes e intereses.

En fin, es obvio que la justicia penal no tiene un destino autónomo. Tampoco determina el rumbo de las relaciones humanas. Su función es secundaria —ojalá lo siga siendo— y actúa a la manera de un resonador de otros fenómenos y procesos. Por eso responderá —con mayor o menor fidelidad, pero responderá— a los hechos de la realidad y a la forma en que esos hechos movilicen las ideas, las exigencias y las expectativas. Operará el péndulo: entre la benevolencia y el autoritarismo. En esto, el talón de Aquiles de aquella justicia será la eficacia; es en ella donde el discurso penal se pone a prueba.

Conforme a esas reglas reconstruiremos los tipos y las sanciones, determinaremos el universo de los justiciables, moveremos los principios rectores, crearemos sistemas, códigos y jurisdicciones transnacionales, apreciaremos la culpabilidad y la peligrosidad, integraremos los tribunales, administraremos los procesos, optaremos por la verdad o por la eficacia comprometida con la economía, ejecutaremos las penas y las medidas. Si de veras queremos construir la justicia penal a la imagen y semejanza de nuestras razones, la construcción debe comenzar en otra parte, donde se halla el manantial de los delitos y de los castigos. La utopía penal debe comenzar por ser una utopía social.

## LA JUSTICIA PENAL DEL PORVENIR\*

Se me ha invitado, y lo agradezco, a formular algunas consideraciones a propósito de un tema singular y fascinante: el porvenir de la justicia penal, o bien, la justicia penal del porvenir.

Plantearse este asunto implica un verdadero desafío intelectual. Lo primero que debe hacer quien lo aborde es preguntarse por los distintos métodos que existen para indagar el porvenir; esto es, mirar por encima de la muralla del presente, que nos ciñe, e indagar los datos del futuro a partir de lo único que podemos usar como punto de referencia: las experiencias y los datos del pasado y el presente, este momento de la historia en que nos ha tocado vivir.

Hay varios métodos para esta inquisición. Podemos hablar de una invención del porvenir, que sería la visión, la premonición, la profecía: el enfoque del creyente. También podemos hablar de una ilusión sobre el porvenir, que sería tanto como formular una utopía: el enfoque del reformador o el revolucionario. Y finalmente, con más modestia, pero quizá con mayor provecho u objetividad, podemos ensayar una simple aproximación al porvenir, adelantando algunos pasos a su encuentro, con una hipótesis cautelosa a partir de experiencias y tendencias comprobables y comprobadas: el enfoque del sociólogo.

Aquí voy a hablar de justicia penal. Este concepto es impreciso, multívoco. En varias cosas se piensa o de diversas cosas se habla cuando se alude a la justicia penal. ¿Es simplemente un sistema de punitivos, un régimen de procedimientos que se ventilan ante determinados tribunales? Esta sería una visión o una versión muy estrecha, insuficiente, acerca de la justicia penal. Nos defraudaría, no aportaría bastantes datos para saber o suponer cómo va a ser el mundo penal del porvenir.

\* Intervención en la sesión de clausura del Seminario “El Distrito Federal, sociedad, gobierno y justicia”, organizado por el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en México, D. F., el 23 de mayo de 1996; publicado en González Fernández, José Antonio (comp.), *Distrito Federal, sociedad, gobierno y justicia*, México, Miguel Ángel Porrúa, PGJDF, 1996, pp. 169-193.

Creo que la justicia penal, bajo un sentido más amplio, puede ser concebida como la organización jurídica del control social punitivo en su expresión extrema. Esto implica la más grave contienda que se puede plantear entre la sociedad y el individuo, o entre el Estado y el ser humano, con las más severas consecuencias.

La fuente de esta organización para la reacción social punitiva, es la más lesiva y peligrosa de que tenga noticia la humanidad: el delito. Nada hay más grave en la convivencia que el delito, como no se trate de la guerra. Pero en una sociedad en paz, el delito significa una alteración profunda de la tranquilidad, la serenidad, el desarrollo. En esencia, el delito abre un estado de guerra entre dos beligerantes: el infractor y la sociedad. Por ello se dice, popularmente, que el delincuente es un “enemigo social”.

En esta misma organización reactiva se erige el escenario más dramático y autoritario: el tribunal, que actúa sobre el delincuente, si es que lo hace, con todo el peso del Estado, con su imperio, con el arsenal de las más graves consecuencias: las penas. La culminación dominante es la ejecución de estas penas. Pudiera tratarse, en un caso abismal, de la pena de muerte, pero suele tratarse —menos mal, pero grave siempre— de una pena privativa de la libertad, la eliminación, la restricción del bien más importante del ser humano, además de la vida.

Cuando se habla de la justicia penal no se alude solamente a los castigos, ni se habla únicamente de tribunales y procedimientos que en ellos se ventilan. Mejor que eso, o por encima de ello, hablamos de una suma de cuestiones que van desde el origen de aquella justicia, que radica en ciertas decisiones políticas, hasta las últimas consecuencias que se localizan en los efectos jurídicos, morales, materiales, políticos y económicos que la sanción implica para la sociedad en su conjunto y para cada uno de quienes las sufren como efecto del delito en que han incurrido.

En tal virtud, considero que el continente que abarca esta justicia penal es la política criminal o de defensa social, arraigada en la política social del Estado. Así quisiera mirarla, como una parte de la política social del Estado, que a su vez se encuentra naturalmente enmarcada, ligada o vinculada, como es lógico, con las restantes vertientes o políticas del Estado.

Ese es su continente. Veamos ahora los contenidos. Primero, la prevención, un quehacer total del Estado y la sociedad en pleno; no solamente un desempeño policial, que sería una versión muy reductora de la prevención. Prevención, en fin, como quehacer total. Entre los contenidos

figura asimismo la tipificación que hace el Estado en los códigos penales o en las leyes penales especiales. Es la selección de las conductas a las que se considera transgresiones graves a la paz pública, al orden de la sociedad. En seguida, la penalización: también una selección, ahora de las consecuencias jurídicas que es preciso acomodar a la transgresión. Luego el procesamiento, que implica el rito de la contienda, el foro donde comparecen y combaten entre sí, ritualmente, el delincuente, la sociedad, el Estado y el ofendido. Por último, la ejecución, consecuencia real de la condena.

Tengo para mí que la justicia penal cumple en la vida social y política una serie de funciones muy destacadas a las que paso a referirme brevemente. Posee, ante todo, una función social. Es, obviamente, el medio ideado por los hombres para la tutela de sus intereses y la preservación coactiva de la paz. Funciona como un sucedáneo de la violencia: el sustituto o el “detente” de la violencia. Por lo tanto, vale tomar nota de que si la justicia penal no es eficaz, si no es vista por la sociedad como el instrumento eficaz para proteger esos intereses sociales, puede reaparecer la violencia en cualquiera de sus dos versiones características: la que ejercen, desbordadas, las autoridades, a través de mecanismos de patología autoritaria como los llamados escuadrones de la muerte; o la que pueden desplegar, en contraste, los particulares, en actos característicos de la vindicta. Los vengadores populares y los procesos de linchamiento son expresiones de esta violencia que a veces desencadena la ineficacia de la justicia penal para tutelar los intereses sociales y conservar el orden y la paz, una paz justa y constructiva.

En tal virtud, me parece que la justicia penal del porvenir revestirá necesariamente la figura, adoptará o aceptará los cambios que le imponga la necesidad de tutelar con eficacia los intereses sociales y la paz pública. La justicia penal del porvenir se disciplinará inexorablemente a estas necesidades. ¿Qué será necesario hacer para tutelar con eficiencia los intereses sociales y la paz pública? De la respuesta que aportemos a esta interrogante dependerán la fisonomía que tenga, la realidad que adopte, las formas que adquiera la justicia penal en el porvenir, como de esos factores ha dependido la justicia penal del pasado y del presente.

En segundo término, la justicia penal posee una intensa función moral. Reconozco que esto es muy discutible, y mucho se ha discutido. Se dice que el derecho encierra el mínimo ético exigible; el mínimo que debe atender el Estado en forma coactiva, coercitiva, y que el derecho



penal —y por ende el sistema de justicia penal— tiene que ver con la porción nuclear de ese mínimo ético; es decir, con el sector irreductible de las creencias y las necesidades de los seres humanos. Sobre estas ideas se construye, por ejemplo, una teoría del crimen natural.

El mínimo indispensable para preservar la vida del hombre sobre la tierra, es la vida misma. Por lo tanto, el crimen natural, el irreductible y permanente, es el homicidio; este es el delito que ataca más gravemente, hasta suprimirlo, ese valor del hombre que asegura su presencia en la tierra: su propia vida.

En tal virtud, la justicia penal del porvenir tendrá el contenido que le impongan las variaciones en la moral pública. Ahora mismo, como siempre a lo largo de la historia, presenciemos el espectáculo de una moral mudadiza, una moral en transición, que cambia. Las conclusiones a las que llegue la sociedad, construyendo su moral como un producto de la vida, se impondrán a la justicia penal; ésta las recogerá y actuará en función de ellas.

En tercer término, la justicia penal cumple una función política. Debo aclarar, por cierto, que hablo de primero, segundo o tercer términos, sin que esto apareje un orden de sucesión; tampoco quiero decir que esta sea la prelación o la jerarquía. Se trata de una convención, para fines expositivos.

Continúo: la política es la tercera función de la justicia penal. Aquí me refiero a la frontera misma del Estado de derecho. Esto se halla en el vértice donde se concreta con más intensidad la fórmula clásica del Estado de derecho, que previene que las autoridades solamente pueden hacer o deben hacer lo que el derecho les previene, permite o atribuye, al paso que los individuos, nosotros, los seres humanos todos, en un sistema democrático, en un Estado de derecho social, podemos hacer todo aquello que no se nos prohíba. El sistema penal se localiza ahí donde se cruzan dramáticamente estas funciones del Estado y estas potestades o facultades del ser humano.

Si la autoridad hace más de lo que le está atribuido, da un paso en el rumbo que conduce al despotismo. Para que el poder público haga lo que le está atribuido, debe afectar penalmente la vida, la libertad, el honor o el patrimonio del individuo. El sistema penal, pues, es el límite de los derechos humanos, el límite de los bienes y valores de la vida.

Por otra parte, el individuo ejerce sus facultades hasta el máximo permitido, es decir, ejerce su libertad hasta el límite de lo posible. Un paso

más allá se encuentra en territorio de lo imposible, o en todo caso, lo inaceptable: la anarquía. Bajo ésta, se repliega la justicia penal.

Por todo ello, la justicia penal del porvenir tendrá los cambios que dicte la relación entre el hombre y el Estado. Aquí será donde se ventile con mayor intensidad y dramatismo, lo dije ya, la arraigada pugna tradicional entre los derechos humanos y el orden público.

Hay temas que proponen situaciones difíciles para esa pugna; uno de ellos, muy reciente, es el de la temible delincuencia organizada; temible no sólo por los daños, los estragos que produce, directa e indirectamente, sino también por las reacciones que puede adoptar el Estado para combatirla. También por esto es temible el hecho de la delincuencia organizada.

Ahora me referiré al horizonte de la justicia penal, las conexiones entre la evolución y la justicia penal. Se dice, lo sabemos todos y probablemente lo repetimos con frecuencia, que estamos viviendo en el final de las utopías y de las ideologías, o en otros términos, en la etapa terminal de la historia. En esencia, estas expresiones tienen un sentido moral profundo, implican una condena muy severa y cierto desaliento ante el estado que hoy guarda la vida.

Me parece, sin embargo, que no estamos en esa situación final que se menciona; o en todo caso, no podemos suponer, a partir de esas ideas, que ya tenemos o tendremos pronto una sociedad congelada, con procesos agotados o reiterativos. Habrá cambios, grandes cambios sin duda alguna; habrá movimientos que preparen o recojan el advenimiento de una nueva era o al menos el ajuste de la época en la que hoy nos encontramos.

El delito y la justicia penal, en consecuencia, son escenario y ejemplo elocuente de aquellos cambios. La justicia penal del porvenir irá de la mano —deberá hacerlo— de la evolución social que es su marco histórico. No puede haber vacíos o contradicciones entre la evolución social y la justicia penal. Esas contradicciones son políticamente imposibles, o en todo caso inaceptables; si la corrección no sobreviene, si la justicia no toma el paso que la sociedad exige o aguarda, su insuficiencia puede convertirse en factor de una revolución, como ocurrió, de manera manifiesta, en las Revoluciones francesa y mexicana. Ahí tuvo su quehacer la justicia; quiero decir, desde luego, la justicia defectuosa, insuficiente: concurrió a provocar el enfrentamiento entre el pueblo y las autoridades formales, por no ajustarse a los nuevos requerimientos de la sociedad ni asumir el paso que le imponía la historia.

La justicia penal también irá de la mano de la evolución del delito, en sentido estricto, que constituye la fuente o materia prima para el desempeño de su misión.

Dos palabras sobre la evolución de la sociedad y su impacto en la justicia penal; la trascendencia, el influjo de aquélla en el mundo de los delitos y de las penas, los tribunales y la ejecución de sanciones. La justicia penal en la que pensamos, la que ya comenzamos a tener y tendremos cada vez más, es una justicia acomodada a la sociedad de masas. Ya no una justicia para las pequeñas comunidades, datos de otro tiempo, sino para las sociedades masivas del presente y más aún, por supuesto, del porvenir. Sociedades que no solamente son gigantescas, sino también complejas. En ellas figuran sectores con características, necesidades y soluciones específicas, con reglas profundas de solidaridad, que han acudido a parcelar el conjunto. Sociedades, finalmente inquietas y anhelantes, que proponen crecientes demandas. Todos estos rasgos —masividad, complejidad, inquietud y exigencia— pueden culminar en cosas buenas y provechosas, pero también graves, desgarradoras y maléficas. El delito es una de éstas.

En lo que puede afectar a la justicia penal, la sociedad universal está experimentando una serie de cambios que ya inciden a fondo sobre las sociedades nacionales, como la nuestra, y dentro de ellas, sobre las sociedades regionales o estatales, que diríamos en nuestro caso.

Hablemos primero de la globalización. Decir esto es referirse de alguna manera a la interdependencia, por una parte, y a la relativa y acelerada decadencia de las soluciones particulares, por la otra. Hay y habrá una fuerte tendencia a asumir modelos globales en el ámbito de la justicia penal. Siempre hubo importación de soluciones; quizá todos los pueblos han importado modelos de justicia, alguna vez por lo menos, tomándolos más allá de sus fronteras, queriendo encontrar salidas a sus problemas en la forma en que otros las han encontrado para los suyos, sea por adquisición lógica, sea por imitación extralógica. Ahora mismo hay mucho de esto.

No se trata solamente de la importación de modelos sociales foráneos, para ser mecánicamente aplicados aquí. De algo más se trata: la inserción en una nueva sociedad. Por ende, no podremos hablar apenas de la importación de modelos, sino de la asunción de los modelos que florezcan en la nueva sociedad global a la que paulatinamente nos estamos integrando.

Hablemos ahora de integración. Este es el primer paso de la internacionalización; un dato coherente, por cierto, con la globalización, aunque anterior a la admisión expresa de ésta. Es así que surgen sistemas de integración internacional de la justicia penal. Veamos. Primero, un derecho penal internacional; una tipificación de conductas por instancias tipificadoras que trascienden las fronteras nacionales, sea que aquéllas establezcan las conductas típicas que tomarán en cuenta los tribunales nacionales, sea que a partir de ellas se induzca a las legislaciones domésticas a adoptar ciertas figuras delictuosas.

Esta es una larga historia. Para hallarle algún punto de partida relativamente moderno, podríamos decir que a partir de los casos de Nüremberg y Tokio —esto es, los tribunales constituidos al cabo de la Segunda Guerra— aparecen los delitos contra la paz, contra la humanidad, los crímenes de guerra, y de esta suerte comienza la tipificación de un derecho penal internacional y la construcción de jurisdicciones penales de alcance igualmente internacional.

Hay numerosas convenciones que contienen o proponen tipos penales, que paulatinamente han ido adquiriendo e incorporando, a su turno, las legislaciones nacionales. Casos evidentes son los del narcotráfico, los gravísimos delitos contra la salud, cuya figura, cuyo trazo se halla en sendas convenciones internacionales; o bien, la tortura: el tipo penal de tortura adoptado por la legislación mexicana proviene de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura; de ésta fue tomado en forma casi literal.

Además, vamos avanzando hacia un derecho común o comunitario, expresión que invita a pensar en la experiencia comunitaria europea. Pero aquí no se debe hablar sólo de un orden comunitario, sino también de un orden común, que es algo diferente de aquéllo. Sucede que cuando hay, como en Europa —pero comienza a haber en el mundo entero—, comunidad de cultura, el sistema penal pierde su fisonomía particular, declina sus características individualizadoras y se integra en las vastas corrientes de una tipificación y una penalización generalizadas.

El caso de Europa es aleccionador. Una gran comunidad de cultura ha permitido el surgimiento de conceptos generales para el continente, jurisdicciones continentales y otras consecuencias en el orden de la justicia penal y, por supuesto, en el de otras muchas expresiones de la vida colectiva.

Nos hallamos ante una persecución penal internacional cada vez más presente, patente, necesaria, pero también cada vez más inquietante y a

menudo peligrosa. La vieja red de la Interpol, el sistema tradicional de policía internacional, se ha visto con frecuencia rebasado, no sustituido, sino rebasado por los flancos —digámoslo así—, para bien o para mal, por otros métodos de investigación que internacionalizan la indagación de los delitos y las acciones de las policías y los cuerpos de investigación.

Los conocidos sistemas de colaboración procesal ya no parecen suficientes para alcanzar los apremiantes objetivos de la justicia penal. De ahí que hayan surgido, como antes decía, verdaderos órganos de justicia con proyección internacional, así se trate, por lo pronto y sobre todo, de asuntos conectados con los derechos humanos. Son los casos de la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, y de la Corte Interamericana de la misma especialidad, con residencia en San José. Son tribunales a cuya jurisdicción se someten los Estados nacionales. Este no es, todavía, el caso de México.<sup>1</sup>

Estas cortes internacionales funcionan, en esencia y con frecuencia, como auténticas cortes penales internacionales, que juzgan y condenan a funcionarios de un Estado e inclusive a éste, en su caso, por la comisión de conductas punibles, que son delictuosas a la luz de las propias leyes nacionales y, por supuesto, de los tratados internacionales.

Hay, finalmente, una ejecución internacional —o mejor dicho, “internacionalizada”—, cuyo germen o cimiento puso México antes que ningún otro país de América, por medio del artículo 18 de nuestra Constitución Política: la transferencia de condenados para ejecución extraterritorial de sentencias, a la que algunos preferimos llamar “repatriación” de sentenciados. Esto implica el retorno de los reos para que sea ahí, precisamente en su patria y no en otro lugar, donde se ejecute la sentencia y se intente la readaptación o reinserción social. Todo esto forma parte del gran proceso de internacionalización de la justicia penal, entendida en sentido amplio.

Hablemos ahora de la hegemonía que sobrevive en el mundo globalizado. Si somos realistas y vemos las cosas como son, y a partir de aquí suponemos cómo pudieran ser en el futuro cercano, debemos concluir que ni la globalización ni la integración suprimen la hegemonía. Diría, más bien, que la acentúan, afianzan, profundizan. Hay hegemonías de carácter regional y mundial. Estas pesarán, sin duda, en la inserción de los países

1 El 1 de diciembre de 1998 el Senado de la República aprobó la admisión por parte de México de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 8 de diciembre del mismo año se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la “Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

en nuevos modelos de justicia penal y en la aplicación misma de esos nuevos modelos.

El “economicismo” es otro hecho que me parece interesante en este orden de consideraciones. Cada época propone sus grandes y graves preocupaciones. Cada una postula un emblema, una bandera, un quehacer, una ilusión o una obsesión como eje de la historia, de la interpretación de ésta y de la acción que emprenden las sociedades y los Estados.

Ahora me refiero al dato económico de la vida social. Es obvio que la economía siempre ejerció un gran peso en la vida colectiva. Esto es evidente e innegable. El marxismo colocó a la economía en el centro de la historia, en el eje de los quehaceres del Estado y la nación. El neoliberalismo también ubica a la economía al frente de la historia, aunque ahora la presente como “libertad económica”. La reducción de los poderes y los deberes —por lo tanto, de las funciones y las acciones— del Estado es la expresión más acusada de esa libertad económica, que se proyecta y transfigura en otros espacios de la vida social.

Si alguna vez la justicia penal tuvo que ponerse al servicio de proposiciones políticas, como la independencia nacional, la pureza y el predominio de una raza o la lucha entre las clases sociales, parece natural que ahora se ponga al servicio de estas nuevas obsesiones económicas.

Voy ahora a la evolución del delito, tras haberme referido, superficialmente, es cierto, a la evolución de la sociedad. Parto aquí de una idea probada en los hechos, por lo menos hasta ahora: la perennidad del delito, que acarrea la perennidad de la justicia penal, aunque todos deseamos, claro está, que tengan éxito las grandes utopías que proponen la desaparición del delito, la prevalencia de una sociedad moral a la manera de Tolstói y, por lo pronto, la desaparición de la justicia penal, sustituida por otros sistemas de solución de las disputas o avenimiento entre los hombres.

Ahora bien, perennidad no quiere decir inmutabilidad. Los procesos sociales básicos persisten, aunque hayan variado grandemente —y todavía variarán— sus manifestaciones características. Esto sucede en los procesos del trabajo, la educación, la cultura. Lo mismo ocurre con el delito. El crimen, decía hace más de cien años el criminólogo Alfredo Nicéforo, es una energía social. La energía no desaparece, sino solamente se transforma; otro tanto ocurre con el delito: tampoco desaparece; se transforma.

Hay ciertas leyes que previno Nicéforo, determinados patrones que hacen luz sobre la evolución del delito; unas leyes que por supuesto no tienen el carácter “duro” de las leyes naturales, sino revisten flexibilidad. Esto lleva a hablar de dos temas centrales de la justicia penal, a los que podríamos llamar desencadenantes: los actuales y los futuros delitos y los actuales y los futuros delincuentes; temas centrales o desencadenantes, que promueven la aparición de temas consecuentes o desencadenados: los actuales y futuros juzgamientos para esos delitos y esos delincuentes y las actuales y futuras sanciones acomodadas a los actores y participantes de las conductas criminosas.

Sobre esto hay líneas paralelas entre el desarrollo y el delito, el progreso y la delincuencia, más una patente aplicación del desarrollo social, científico y tecnológico al avance de la criminalidad. Lo que ocurre en materia de tecnología y desarrollo en general, acontece también en el ámbito de la criminalidad.

Si hablamos de violencia, no nos referimos únicamente a esa forma primitiva de la conducta humana que se cierne sobre nosotros. Hablamos de eso, pero también de la violencia contemporánea. En la tipificación hay espacios de persistencia para los delitos naturales. Estos son las lesiones, el homicidio, el robo, aunque cambien las formas de expresión o aparición de todos ellos. Y hay también espacios de innovación para los delitos circunstanciales: aquéllos que surgen hoy y se diluyen mañana, convertidos en curiosidades de museo o datos de una historia cada vez más remota. Para hablar de fenómenos que miramos como arcaicos, mencionaré la idolatría, la brujería, la apostasía, la herejía; y para hablar de fenómenos modernos citaré el contrabando, la producción y el tráfico de licor.

¿Ocurrirá eso mismo con los narcóticos? ¿Sucederá con los estupeficientes y los psicotrópicos, como materia delictuosa, lo que ya pasó con ciertas formas del contrabando o con el tráfico ilícito de licor? Esta es una pregunta para el porvenir; una pregunta cada vez más presente y anhelante de respuesta.

Contra lo que se supuso, la criminalidad violenta no ha desaparecido ni desaparecerá; porque los hombres llevamos la violencia profundamente arraigada en el corazón. Pero están cambiando y se modificarán más todavía las formas que reviste; se transitará de la vieja violencia a la nueva violencia. Ya se están produciendo nuevos tipos de conducta violenta en las grandes concentraciones urbanas. Esto se sabe muy bien en la Pro-

curaduría del Distrito Federal. El robo violento de hoy, el robo calificado por la violencia que ejerce el ladrón, ya no es el mismo robo que se practicaba antaño. En este mundo moderno las cosas son diferentes.

Existe una criminalidad engañosa; lo que se ha llamado el crimen astuto, cerebral; éste se practica ahora bajo nuevas formas. Ya no se trata de los fraudes cometidos a la manera de los siglos XVIII o XIX, o de los años iniciales de esta centuria. Ya no existen solamente esas acciones engañosas que ocurrían en las calles de nuestra ciudad treinta o cuarenta años atrás. Son fraudes de otro carácter, a veces masivos y en ocasiones extraordinariamente sofisticados, que han sido perfeccionados por el empuje de la organización social y la tecnología. Esta es una nueva manera de engañar, una forma distinta de delinquir; están rebasados los viejos patrones de conducta, aunque persiste el impulso del engaño y el uso de la imaginación para obtener un lucro.

La criminalidad se estructura bajo las nuevas formas de la organización social. Ella también. Siempre hubo alguna organización para delinquir. La propia participación delictuosa, el hecho de que varias personas concurrieran en la comisión de un delito, implica un principio de organización para delinquir. Pero la participación, en sí misma, no es un hecho permanente; no se pretende que los participantes a títulos de autor o de cómplices permanezcan cometiendo delitos.

Hubo organizaciones que subsistían a la manera militar: las grandes compañías del Medioevo europeo, por ejemplo, eran organizaciones devastadoras; cometían todo género de tropelías, despojos, crímenes; estaban organizadas para ello y de ahí sacaban un gran provecho. Pero no es esa la organización delictuosa que ahora nos preocupa. Hoy interesa la que ha aprovechado las modernas formas de organización social, que son básicamente empresariales, para cometer delitos; la organización criminal aplicada al presente y al futuro; la organización que se va dando en la vida patológica del delito, del mismo modo que en la vida fisiológica del desarrollo social.

Aquí surgen múltiples peligros. Entre ellos, por cierto, figura el peligro que el Estado genera cuando propone remedios que pudieran resultar —no digo que necesariamente resultarán— tanto o más lesivos que la enfermedad. A mí, en lo personal, me ha parecido siempre muy preocupante que se pretenda construir un nuevo sistema penal, un derecho penal extraordinario y excepcional, que es tanto como abrir la puerta hacia un destino impreciso, un horizonte incierto, creando instituciones sustantivas,



adjetivas, ejecutivas y orgánicas totalmente distintas de las instituciones tradicionales.

Una cosa es elevar las penas o establecer nuevos tipos delictuosos requeridos por las necesidades de una sociedad, y otra cosa, muy diferente, es crear un nuevo sistema penal para atender necesidades excepcionales, instituyendo, sin embargo, figuras que pudieran convertirse en permanentes. Este es un peligro real.

La criminalidad primitiva es una delincuencia estrechamente localizada: delincuencia en el hogar, en el barrio, en la colonia, en el pequeño espacio al que llegaba la acción física de las personas, el reducido espacio que el delincuente podría recorrer con sus medios de comunicación elementales. Ahora ya no. El desarrollo tecnológico ha prohijado eficaces transportes y comunicaciones de personas, ideas, objetos.

Todo esto impone la necesidad de legislar también para enfrentar una delincuencia trascendente, que ya no tiene fronteras, ni las de una ciudad o una región, ni las de una nación; una delincuencia que se puede volcar, y de hecho se vuelca, sobre la nación entera o sobre el mundo completo.

Mencionaré en seguida la criminalidad juvenil. Esto tiene que ver, obviamente, con la estructura demográfica. La nuestra, la composición demográfica mexicana, es la que corresponde a una sociedad típicamente juvenil. Es cierto que se ha moderado el desarrollo demográfico, lo es que nuestra tasa de crecimiento es diferente de la que teníamos hace diez, veinte o treinta años; pero también es cierto que todavía existe y existirá durante mucho tiempo un componente juvenil determinante en esta enorme pirámide demográfica, que sigue teniendo una base muy ancha. Esto puede llevarnos — o nos está llevando ya, y más todavía en el futuro cercano — a ciertas medidas discutibles.

De esas medidas es ejemplo la inquietante cancelación del derecho tutelar. Hace pocos años —1991— en nuestro país se sustituyó un ordenamiento para menores infractores de orientación tutelar, por uno llamado “garantista”. Nos olvidamos de que lo opuesto a tutelar no es lo garantista, sino lo penal, porque lo tutelar también puede estar provisto de garantías. El concepto que va ganando terreno, poco a poco, es el concepto penal a propósito de los menores infractores, y ya no aquella orientación tutelar que ha caído en descrédito y a la cual se atribuyen —acaso alguna vez con razón— numerosas fallas.

Otro asunto a considerar en estas tensiones que sugieren el futuro de la justicia penal, es la disminución de la edad de acceso al sistema penal

ordinario. Celebro los pronunciamientos que he escuchado y leído del señor procurador del Distrito Federal,<sup>2</sup> manifestándose adverso a la idea de reducir la edad para el ingreso al ámbito de la justicia penal. No viene al caso propiamente la edad de imputabilidad penal, porque ésta es un fenómeno psiquiátrico-psicológico-normativo que tiene otras características. Lo que viene al caso es la edad de acceso al ámbito de validez subjetiva de las normas penales.

Por lo pronto, en la Federación y en el Distrito Federal la edad clave es todavía dieciocho años, pero en un buen número de entidades federativas y en numerosos países del mundo, esa ya no es la edad clave; lo es una inferior, y todo hace suponer que la presión social pudiera influir para que no se resista más esta tensión y se reduzca, también aquí como en tantos lugares, la edad de ingreso a la justicia penal.

Hablemos de la criminalidad en torno al poder, con sus variantes: criminalidad desde el poder o contra el poder. Aquí reside otra de las expresiones modernas, evolutivas de la delincuencia. En el ejercicio del poder se puede y se suele incurrir en conductas ilícitas de diverso género. Uno de ellos es el género violento, que se traduce en las mil y una expresiones del abuso de autoridad, particularmente la tortura. Para salir al paso de estas prácticas abominables, se han concertado tratados internacionales —mundial y americano— y se han expedido nuevos ordenamientos: leyes contra la tortura. Ahí tenemos un tema de la justicia penal del presente y el porvenir.

Recordemos simplemente, como curiosidad histórica, que este reproche que hoy formulamos contra la tortura, hace algunos siglos no era reproche; entonces el tormento era admisible. La tortura era un medio natural de investigación judicial, legitimado —o al menos legalizado— y plenamente admitido, es más, exigido en las prácticas judiciales. Esto que antes se vio con normalidad o beneplácito, ahora se mira con repugnancia y es uno de los temas de la justicia penal que lucha contra la delincuencia desde el poder.

Pero no sólo hay criminalidad violenta desde el poder, sino también delincuencia ingeniosa, con propósito de lucro. Los negocios, los grandes negocios de los poderosos —de los poderosos formalmente, insertos en el Estado— también son asunto de la justicia penal del presente y más lo serán, según parece, de la justicia penal del porvenir. En este campo se

2 Se alude al licenciado José Antonio González Fernández.

imponen nuevos sistemas de control de gestión y de exigencia de responsabilidad. La sociedad mira con creciente irritación y preocupación, y en todo caso con menos indiferencia, este género de comportamientos. Parece ser, por lo tanto, que la justicia penal tendrá quehaceres más frecuentes y más intensos a propósito de estas expresiones de la delincuencia del poder.

También hay que pensar en la delincuencia que va contra el poder; ya no la que se ejerce por el poderoso desde su elevada o influyente posición, sino la que se desarrolla por el individuo, en contra de un poderoso o del propio poder. Aquí quiero hacer un deslinde indispensable. Una cosa es la lucha democrática en contra de ciertos sistemas, partidos o personas, y otra es la delincuencia —que puede ser de carácter político o no— enderezada en contra del sistema o de quienes lo representan.

Debe quedar bien claro que no trato de calificar como delictuosa la conducta de quienes enfrentan democráticamente los sistemas prevalentes, o a las personas en cuyas manos se encuentra la administración de estos sistemas. Me refiero estrictamente a los casos delictuosos, a los de pura y simple delincuencia. Para esto último, la justicia penal tendrá que proveer —y está proveyendo ya— nuevos tipos o sanciones, nuevas calificativas, como algunas muy recientemente introducidas en nuestra legislación penal sobre resistencia de particulares o agresión a servidores públicos, que actúan legítimamente, con motivo y en ejercicio de sus atribuciones.

También puede haber una relación entre el individuo y el poderoso, a través de la mediatización del poder. Así lo previenen los nuevos tipos de corrupción. Es manifiesto que en este orden de cosas la ley mexicana y las legislaciones del mundo entero, han tenido que abordar y reformar con cierta frecuencia los preceptos acerca de la corrupción de servidores públicos, provocada o no por los particulares, como también las disposiciones sobre la adquisición del poder o la influencia sobre éste; se trata, en fin, de nuevos fenómenos para la responsabilidad y el control, como para la justicia penal.

El delincuente que no quiere eludir al Estado, el que no desea o no puede enfrentar a las autoridades, y tampoco se conforma con corromperlas, puede abrigar la tentación —y esto se suele ver en las noticias; los diarios están colmados de señales de este carácter— de constituirse en poder; absorber o asumir el control del poder, aprovechar las estructuras del Estado e instalarse en ellas.

Esto me recuerda el cuento de Edgar Allan Poe que refiere cómo los dementes se apoderaron del manicomio. Aquí serían los delincuentes, apoderados de la justicia penal; no mediatizándola, no amenazándola, no presionándola, sino asumiéndola y ejerciéndola; es decir, se habría introducido el “caballo de Troya” de la delincuencia en el aparato del poder público.

Por último, recordemos la criminalidad irreductible. Esta es otro de los grandes temas para la justicia del presente y del porvenir. ¿A qué llamamos criminalidad irreductible? A la invencible, irrescatable; a la que practican los llamados “irrecuperables”. Aquí es preciso abrir interrogaciones, porque podría haber muchos puntos de vista discrepantes en torno a este asunto. ¿Hay quien sea absolutamente irrecuperable? ¿Hay quien sea irredimible, irrescatable, irreadaptable? Yo creo que sí; creo que lo son, por ejemplo, los psicópatas, los que padecen eso que la psiquiatría de los tiempos heroicos denominó “locura moral”; pero otras personas podrían suponer que no.

En todo caso, este va a ser un gran tema de la justicia penal, como lo está siendo ya en las sociedades desarrolladas, donde el contingente de los psicópatas, por alguna extraña razón acerca de la cual no especulo, parece ser mayor que en las sociedades menos desarrolladas o francamente periféricas, como algunas de nuestro mundo, entre ellas México. Aquí es menos violenta y virulenta la presencia de psicópatas en la estadística penal.

Ahora diré algunas palabras sobre la evolución del juzgamiento. ¿Qué datos hay que considerar a propósito de la evolución del juicio penal? Nos colocaremos en el terreno de los órganos de la justicia, en el de los procesos o procedimientos penales. Aquí cobra relevancia la noción de “equilibrio”. En la escena procesal, cualquiera que ésta sea, se trata de obtener, rescatar, reelaborar el equilibrio entre intereses contrapuestos, el equilibrio entre personas que disputan o entre sectores sociales enfrentados.

Cuando el equilibrio se rompe por algún motivo, el que se quiera, surge el conflicto. Entonces es necesario establecer o intentar el avenimiento. Si es posible obtenerlo voluntariamente, enhorabuena; si no, interviene la justicia formal, la justicia del Estado. Esto pasa en los juicios laboral, civil, familiar, agrario, administrativo, constitucional, y ocurre también, evidentemente, en el juicio penal. En esta escena los personajes son el inculpado, el ofendido y la sociedad; personajes más complejos,

que ventilan temas más profundos que los que se acostumbra plantear en otros escenarios de la administración de justicia.

Al inculpado se le han venido reconociendo —y pienso que así deberá seguir siendo, a no ser que lleguen a las playas de nuestra justicia penal los vientos autoritarios—, derechos crecientes en materia de defensa. Esto parece trazar la línea del porvenir: el crecimiento en el espacio de la defensa del inculpado. En cuanto al ofendido, también hay derechos crecientes a propósito del resarcimiento debido. El ofendido ha sido el personaje olvidado del drama penal. Por lo que toca a la sociedad, sus derechos crecientes tienen que ver con la seguridad pública y la paz; vigilancia o garantía de la paz.

Habrà que equilibrar todo esto. Serà preciso equilibrar juiciosamente los derechos a la defensa del inculpado, con los derechos al resarcimiento del ofendido y los derechos a la seguridad pública y a la paz de la sociedad. Si en algùn momento no se logra un equilibrio fino, suficiente, sobrevendrìa una crisis en el seno de la justicia penal, sea que se favorezca en demasìa la defensa del inculpado, en quebranto del ofendido y de la sociedad; sea que se favorezca excesivamente el interés del orden público, con quebranto de los intereses legítimos y los derechos del ofendido o del inculpado. Aquí, como en todas la vertientes del proceso, hay que hilar con gran finura y delicadeza para no provocar una crisis en la justicia penal.

Veamos la integración de los tribunales. Hay vaivenes en la composición y la actuación de éstos. No creo faltar a la verdad ni producir sorpresa, si digo que la justicia penal no se encuentra en su mejor momento; no lo está en México, ni en ninguna otra parte. En el mundo entero hay un generalizado descrédito de la justicia en general, y quizá particularmente de la justicia penal.

Es cierto que en algunos países la magistratura ha sido la encargada —recuérdese la operación “manos limpias” en Italia— de purificar a las instituciones políticas, a los otros poderes, pero esto no ha sido lo más frecuente. Lo ha sido, en general, el descontento, el desasosiego, frente a la justicia penal. Desde luego, este hecho influye e influirá en el rumbo de aquélla y en la integración de la correspondiente magistratura.

Prevalece todavía, y todo hace suponer que adelante prevalecerá, la integración de los tribunales con jueces juristas permanentes y no con jueces legos, formas populares de justicia a la manera de jurado popular o de otras expresiones que fueron características del mundo socialista. Se mantiene firme, pues, el juez letrado y profesional.

Ahora bien, lo que ya no se mantiene tan firme es la opción por el método judicial para la solución de los conflictos y la recuperación del equilibrio. Es cada vez más amplia —y pienso que lo será también en el futuro— la desjudicialización de las soluciones de esos litigios o conflictos. Con esto quiero decir que será cada vez más frecuente que los propios interesados, y no los órganos del Estado, resuelvan la contienda que ha surgido entre ellos, sea librados a sus fuerzas, a su imaginación y a su voluntad, sea alentados por los órganos del Estado.

Hablamos mucho de la intervención estatal mínima, propia del Estado mínimo que muchos quisieran establecer. Intervención mínima en muchos órdenes de la vida: el económico y el educativo, por ejemplo. No me internaré ahora en estos difíciles caminos. Simplemente digo que se habla con entusiasmo de la intervención estatal mínima, como se alude —y aquí creo que con razón— a la intervención penal mínima propia del derecho penal liberal, democrático o humanista.

Hay también una saturación o desbordamiento sobre los órganos formales de la justicia penal, que ponen en grave peligro su eficacia. Los funcionarios de la Procuraduría del Distrito Federal saben mejor que yo de la avalancha de asuntos penales que se someten cotidianamente a la atención del Ministerio Público. Los órganos de la justicia penal en la ciudad de México también reciben cotidianamente esa misma avalancha de asuntos sujetos a su jurisdicción. Es como cargar demasiado un barco que navega en un mar incierto, con el riesgo de que haga agua —no diría que se hunda, pero sí que pase por graves tribulaciones. Esto, sin embargo, no es necesario. Puede aliviarse o evitarse, y así comienza a ocurrir a través de la desjudicialización.

Hubo un tiempo en que se pensó —y yo así lo pensé en ese tiempo no tan remoto, pero quizá tampoco tan cercano— que la evolución natural de la justicia penal conducía a que todos los delitos, inclusive los más leves, fueran conocidos por el Ministerio Público y los tribunales, y que culminara este procedimiento en la sentencia penal. Esto ya no se mira de esta manera. La tendencia más aceptada hoy día es aquella que sustituye la persecución de oficio por la persecución a instancia del ofendido.

Es cierto que no parece probable, posible o conveniente que esto se instituya en el caso de delitos sumamente graves, pero tampoco parece conveniente que la persecución oficiosa se mantenga para los delitos que no revisten gravedad, que son relativamente menos importantes —aunque todos los delitos son importantes para quienes los sufren—.

La ampliación de la querrela y el perdón ayuda a desjudicializar los conflictos. Hay sistemas de conciliación que se van incorporando en los ordenamientos y las prácticas del Ministerio Público y la administración de justicia; no todavía en la justicia penal de nuestro país, aunque esto ocurrirá como ha ocurrido en la justicia familiar, en la agraria o en la justicia laboral.

Pienso que la conciliación pudiera constituir una etapa necesaria también en la justicia penal, por lo que toca a ciertas familias delictuosas, aunque no, indiscriminadamente, en lo que respecta a todos los delitos.

En el mundo entero se han producido novedades sobre este tema. Una Ley del 4 de enero de 1993, que modifica el Código francés de Procedimientos Penales, esto es, una ley de ayer, por decirlo así, indica que el Ministerio Público, antes de ejercitar la acción en ciertos delitos, debe mediar entre las partes, con el consentimiento de ellas para hacerlo, a fin de asegurar lo que realmente interesa asegurar: la reparación del daño, la reducción de los efectos dramáticos del delito cometido, y de esta suerte contribuir a la rehabilitación del infractor, que con la mayor frecuencia, como sabemos, se produce mejor en libertad que en reclusión.

Pero también hay extremos de negociación en que ya no son los particulares quienes entran en contacto para deliberar sobre las respectivas pretensiones y tratar de satisfacerlas con concesiones recíprocas. En este otro caso se trata de negociaciones entre el Estado y el delincuente. Eso me parece muy inquietante, porque atenúa o aleja el viejo principio —que es una garantía social— de legalidad en la persecución penal, sustituyéndolo por el principio, también muy viejo pero además preocupante, de la oportunidad; y son el Ministerio Público o el tribunal quienes valoran esa oportunidad.

El *plea bargaining* de la justicia estadounidense, una justicia pragmática que opta por lo más rápido, lo más barato y lo más útil, es una pica en Flandes en esa dirección. Pero también en Alemania y en Italia hay formas de negociación entre el Estado y el criminal para descartar la solución judicial. Esto también parece abrir caminos del porvenir. Por cierto, soluciones de este género se vislumbran en un horizonte más o menos cercano y sombrío, dentro de los conceptos del proyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.<sup>3</sup>

3 Esta Ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre de 1996.

Hablemos de la evolución de la pena. Están sujetos a revisión, los fines y las expresiones de la pena o, más ampliamente, de las sanciones. ¿Qué es lo que se está fortaleciendo hoy día a propósito de las penas, y qué es, en cambio, lo que se está debilitando o lo que aparentemente ha entrado en crisis?

Recordemos que los fines de la pena tradicionalmente han sido: la retribución, el ejemplo o intimidación, la expiación, la recuperación o readaptación y la contención del delincuente: poner al delincuente entre las rejas, no lanzarlo a la calle. De estos fines o proyectos morales, políticos, sociales, jurídicos de la pena, ¿cuáles son los que subsisten con más firmeza, con más decisión, y cuáles los que han entrado en crisis?

Indudablemente se han venido fortaleciendo cada vez más, y esto parece indicar la línea del porvenir, los objetivos cuyo ingrediente principal es el castigo, es decir, el propósito de retribución. Es manifiesto que la sociedad ve con simpatía —lo diga o no— el fin retributivo de la pena, el castigo implícito, inherente a la consecuencia penal. Se han fortalecido también los objetivos cuyo ingrediente primordial es la defensa social, es decir, la intimidación o el ejemplo, lo que se llama la pena como mensaje a la sociedad; aunque ha quedado ampliamente visto que la eficacia de la pena, a este respecto, es muy relativa, que no siempre se logra con ella lo que se supone que debiera lograr; en todo caso se sigue confiando mucho en la pena como mensaje y en su función ejemplar o intimidatoria.

Por supuesto, crece el prestigio de la pena como sistema de contención que extraiga al delincuente de la calle y, por lo tanto, haga cesar la preocupación social, que en ocasiones llega a ser verdadero pánico. Esto, a su vez, trae consigo otros problemas que la justicia penal tendrá que enfrentar; por ejemplo, el gran número de presos en espera de condena. Para ello se van urdiendo nuevos tipos de proceso penal, más acelerados. También surgen aquí sendos problemas de sobrepoblación penitenciaria y de imposibilidad de tratamiento en comunidades carcelarias sumamente numerosas.

En cambio, han entrado en crisis los objetivos cuyo ingrediente principal es la recuperación, es decir, la vieja utopía moral de la pena está en la sombra, ha entrado en claroscuro, no atraviesa su mejor momento, a cambio de que sí lo estén atravesando las ideas retributivas o contenedoras. La expiación es un fin moral relativo, no me detendré en esto, pero la readaptación social es un fin social y moral relacionado con la prisión. Ésta no ha sido, a decir verdad, muy exitosa, como tampoco lo han sido



sus sucedáneos, los sustitutivos de la prisión. Todo ello nos hace pensar que el sistema penal del porvenir, la justicia penal del porvenir tenderá a ser cada vez más dura, más severa por lo que toca a las puniciones.

Concluyo ya. Ciertamente, la justicia penal no tiene un destino autónomo y ni siquiera un destino determinado. No podemos sentarnos aquí y proyectar una justicia penal a la imagen y semejanza de nuestras ilusiones, a la medida de nuestros anhelos, de nuestra voluntad. El destino de la justicia penal se determina desde afuera; su función es secundaria y actúa a manera de un resonador de otros fenómenos y procesos. Por eso responderá con mayor o menor fidelidad, pero necesariamente responderá, a los hechos de la realidad y a la forma en que esos hechos logren movilizar las ideas, las exigencias y las expectativas.

Continuará ocurriendo un fenómeno pendular, en el seno de la justicia penal, entre la benevolencia y el autoritarismo. Por lo que toca a la benevolencia, su talón de Aquiles ha sido y es hoy día la eficacia. La eficacia es la prueba de fuego del discurso penal. Y no parece que las posiciones más benevolentes hayan mostrado con suficiencia su eficacia; aunque yo diría que tampoco la han mostrado las más autoritarias. Nos encontramos, pues, en una encrucijada, pero en esta encrucijada la justicia penal resolverá lo que deba resolver a la luz de las instancias sociales, de las necesidades, las realidades, las urgencias, las reclamaciones, los apremios de la sociedad.

En la justicia penal ponemos todavía demasiado acento. Reconozco que hay que ponerlo, y mucho. Ante un público integrado fundamentalmente por penalistas, funcionarios de la justicia penal, no se puede desacreditar a la justicia penal que respetamos profundamente y a la que quisiéramos ver grandemente mejorada. Pero también convenimos en que no es la justicia penal la solución mágica frente a la delincuencia compleja, creciente y peligrosa; hay otros factores que requieren atención.

Es menester advertir cuáles son aquellos factores de la criminalidad, tan numerosos, tan importantes, que generalmente se hallan fuera de la justicia penal; y es preciso advertir que la justicia penal no puede hacer por sí misma lo que debe hacer la justicia social. Consecuentemente, confiaremos en la justicia penal —valga la verdad de Perogrullo— para lo que la justicia penal puede servir, pero no para aquello para lo que no puede servir. No puede servir para lograr la justicia total en la sociedad.

La justicia penal debiera ser, es todavía y parece que seguirá siendo en el futuro, una justicia residual, marginal, que en una sociedad demo-

crática será utilizada al final, como último remedio o última instancia, y no como primera instancia que pueda relevar los trabajos de la justicia social, que son verdaderamente los trabajos de Hércules.

Aquí, en la justicia penal, se están zanjando y se zanjarán cada vez más las contiendas extremas que tanto nos preocupan a los seres humanos, las contiendas extremas, digo, entre el poder y el individuo bajo el nuevo orden político, económico y social. De tal modo, éste seguirá siendo el escenario crítico del Estado de derecho; del Estado de derecho concebido como Estado de seguridad jurídica, pero también como Estado de derecho justo; el escenario crítico en donde se dirima finalmente el papel del individuo frente al Estado y el del Estado ante el ser humano. El tema de la justicia penal será aquel en que se resuelva, por último, el problema grave de la proporción o el justo medio del orden jurídico, que lo mantenga equidistante del autoritarismo y la anarquía.

De ahí que sea tan importante para los seres humanos cómo se establezca, desarrolle y administre un sistema de justicia penal, sin que esta suprema importancia que tiene la justicia penal nos lleve, insisto en ello, a olvidarnos de que la verdadera solución del crimen —no su abolición; simplemente el alivio de la criminalidad— radica más en el éxito que se tenga en la justicia social, que en el acierto que se observe en la justicia penal.

## PUNICIÓN E IMPUNIDAD, UN TEMA MORAL\*

Hablamos de punición e impunidad, dos caras de una medalla. No se trata apenas de acontecimientos que pongan en tela de juicio la capacidad persecutoria del Estado. No son temas de eficiencia y de policía, sencillamente. Verlo así es conformarnos con una versión superficial, que sólo distrae —deliberadamente o no— de la verdadera naturaleza de estos problemas.

Interesa ir al fondo, a las raíces, y comprender los motivos y las razones. Importa formular, en consecuencia, proyectos profundos y valederos. Menos que esto producirá menguados efectos.

Punición e impunidad constituyen, en ese plano indispensable, dos expresiones de una resolución y de una experiencia moral de la sociedad y del Estado. Ni se consumen ni se confunden con la acción de la policía. Tienen que ver con decisiones de gran hondura: frontera entre lo admisible y lo inadmisibles, conciencia y participación colectiva, subordinación de las autoridades a las leyes, fijación juiciosa de las culpas, racionalidad de las sanciones y autoridad moral para juzgar sobre aquéllas y aplicar éstas. Mucho más, pues, que un ejercicio criminalístico que se resume en huellas dactilares y asientos contables.

Hay una creencia social sobre estas cuestiones. Más todavía: existe una especie de instinto común acerca de la pertinencia o impertinencia de los castigos. Ese instinto se subleva contra la impunidad cuando procede el castigo, pero también se inconforma —aunque sea mediante rumores— cuando toda la energía se vuelca en castigar los efectos de ciertos problemas sin tocar siquiera las causas. Este Mediterráneo lo descubrieron los positivistas, hace un siglo.

En suma, frente a la teoría policial de la punición y la impunidad, es preciso establecer una doctrina moral, con todos sus compromisos y con-

\* Participación en el Ciclo de Mesas Redondas “La Procuración de Justicia. Problemas, retos y perspectivas”, organizado por la Procuraduría General de la República, México, D. F., el 5 de octubre de 1993. La intervención se publicó en la memoria: *La Procuración de Justicia. Problemas, retos y perspectivas*, México, Procuraduría General de la República, 1993, pp. 73-79.

secuencias. Aquello —muy apreciable, pero a veces engañoso y siempre insuficiente— es asunto de investigadores. Lo segundo es tema de estadistas.

El *vademecum* de la punición es el Código Penal. Pero no es el breviario de la paz, la felicidad o la justicia. Hay que buscar en otra parte las fórmulas de una justicia genuina y generalizada. No digo que se olvide el Código punitivo. Jamás lo sugeriría; sería extremadamente irresponsable. Sólo digo, como se ha repetido durante doscientos años, que la punición es el recurso extremo, el último remedio, a sabiendas de que no es remedio verdadero. Antes hay que agotar, con generosidad y paciencia, los recursos del Estado democrático, que es el nuestro: políticos, morales, sociales, económicos, educativos.

Sólo cuando todo falla —y esto sucederá como excepción, no como regla— debe acudir el instrumento punitivo. Esta es la enseñanza de la política humanista. A ella se subordina, necesariamente, la política penal. El Estado debe ser, sin duda, policía, juez y ejecutor; pero sin dejar de ser educador, médico o tutor.

El preocupante trasiego de la ley penal tampoco remedia la impunidad. En alguna ocasión he recordado —y me parece oportuno reiterarlo ahora— que entre el 30 de diciembre de 1981 y el 19 de diciembre de 1992 se han expedido dieciocho decretos de reformas al Código Penal. Hubo doscientos setenta y dos cambios en un número similar —no igual— de preceptos del Código Penal: ciento sesenta y una reformas, sesenta adiciones y cincuenta y una derogaciones. Además, treinta y una modificaciones en la denominación de títulos y capítulos.

Ya tenemos leyes adecuadas a la dimensión y a la calidad de esta función del Estado. Han sido revisadas, corregidas, renovadas. Bastan para la punición razonable. En ningún momento, en ninguna coyuntura, propician la impunidad. En suma, sirven para lo que sirve la ley penal. Quien diga que todavía rige el Código de 1931, y que por eso tenemos un rezago de sesenta años, sólo revela que la última vez que leyó el Código Penal fue en 1931, o que no ha puesto al día las leyes de su biblioteca. Por ende, ese rezago de sesenta años es el suyo.

Debiera abrirse un paréntesis de maduración, para consolidar los notables progresos alcanzados. Se requiere seguir aplicando, a fondo, las buenas leyes que tenemos. No se requiere un nuevo Código Penal, que ya asoma en el horizonte, tan inexorable como innecesario, sin que exista

—más allá de la retórica— el menor indicio sobre la única razón que puede justificarlo: la necesidad.

Volveré a citar a un clásico de la Ilustración, Beccaria, que en 1774 escribió, palabras más o menos: la suerte de la sociedad depende de la certeza en el castigo de los crímenes, más que de la gravedad de las penas. Pocos años después, el Beccaria mexicano, Miguel de Lardizábal, aseguró lúcidamente que la “ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun cuando las penas sean moderadas”.

Aquí ya hablamos de los instrumentos represivos: certeza del castigo y gravedad de las penas. La elevación de las sanciones nada resuelve por sí misma. No destierra la impunidad, y en ocasiones la favorece. Sobre esto hay experiencias abundantes, que dispensan de otros argumentos.

Sólo el ocio, el sadismo y la ignorancia renuevan las simpatías por la pena de muerte. Los mismos vicios militan por las restantes penas crueles, cualquiera que sea su nombre.

El agravamiento mecánico de las penas deviene ineficaz y hasta contraproducente, si seguimos creyendo —y la Constitución lo sigue diciendo— que la readaptación social es el propósito de la punición y la justificación primaria del castigo. Hemos dado pasos adelante en la persecución del delito y en la racionalidad de las penas. Lo hemos hecho, al menos, en el decoro de las normas punitivas. Pero también ha habido pasos atrás.

El atendible desasosiego por la conducta irregular de los adolescentes y los jóvenes, nos hizo desandar la historia y retornar al derecho penal para los menores infractores. Extravió su etapa moderna como “Derecho tutelar” y reapareció camuflado con la curiosa denominación de “Derecho garantista”. Lo único que garantiza es que el menor infractor será tratado como adulto delincuente. Al principio de este siglo se dijo ufantemente: los menores han salido del derecho penal. Hoy podemos decir que han regresado a ese viejo recinto.

También me pregunto —y creo que debemos preguntarnos, por solidaridad, perspicacia criminológica o simple espíritu de justicia— acerca del acierto y la licitud básicas de esas prisiones que postran el espíritu con celdas minúsculas, lejanía social y multiplicación de las prohibiciones y los castigos, prisiones que se inician en la práctica punitiva de nuestro país. En ellas apenas se advierte, entre las rejas, el “pequeño dosel azul que los cautivos llaman cielo”, una de las más impresionantes reclamaciones de Wilde en su “Balada de la Cárcel de Reading”.

No puede ser éste el punto “estelar” en la tradición penal mexicana. México tiene el nervio y la experiencia necesarios para una mejor culminación. La ha preparado con enorme esfuerzo. Es debido revisar y corregir. No soy ingenuo ni olvido las gravísimas responsabilidades de quienes pueden ser destinados a esas cárceles. La sociedad tiene el derecho y el deber de protegerse. Únicamente afirmo que la ideología de la venganza quedó atrás, y que el sadismo del infractor no debiera ser correspondido con una fórmula de la misma naturaleza. Nuestra ecuación es otra.

La víctima del delito merece una atención diligente y verdadera. No sugiero poner en sus manos el ejercicio de la acción penal, posibilidad que muchos anhelan y que parece agazapada en algún lugar del porvenir cercano. Se trata de que la reacción del Estado frente al delito —en su conjunto— dé seguridad y resarcimiento a las víctimas. En este sentido es plausible la reforma penal constitucional de este año, que en otros ha sido desafortunada. Es menester que la víctima tenga por lo menos iguales derechos que el victimario. En ella y en el resto de la sociedad —la inmensa mayoría de los ciudadanos— también hay derechos humanos que preservar.

Igualmente me parece acertado el desarrollo legal durante los últimos años —a partir de 1983 y hasta hace muy poco tiempo— que ensanchó la persecución por querrela. Aquí también se trata de racionalizar la punición, darle sensatez y utilidad, preferir el resarcimiento al inútil encierro. Pero habrá que cuidar que la prescripción asociada a los delitos de querrela —mucho más benévola que la correspondiente a los delitos perseguibles de oficio— no convierta la benevolencia en impunidad.

Este es el peligro en los casos de fraude, tanto los cometidos antes de la reforma —si se le da efectos retroactivos, como parece pertinente, para la extinción de la pretensión punitiva—, como los perpetrados después, considerando la dificultad que a menudo existe para integrar estas averiguaciones previas en breve plazo.

Para la sociedad en general y las víctimas de los delitos en particular, punición e impunidad tienen un sentido más concreto y específico. Se analizan, como señalé, a la luz de dos exigencias concretas: seguridad y resarcimiento. Y bajo esta perspectiva no faltarán quienes crean y sientan que ciertos progresos son, para ellos, regresos y desvalimientos.

Si las víctimas de los delitos —y la sociedad en pleno— consideran que aquéllos han quedado impunes, perderán la confianza en el método jurídico para la solución de los conflictos y mirarán con naturalidad, es

que con simpatía, otra especie de reacciones. Entonces peligrará el Estado de derecho y habremos retrocedido en los hechos todo lo que habíamos avanzado en las normas. En otros países hay casos terribles y aleccionadores.

La punición tiene una doble fuente de legitimidad: racionalidad, por una parte, y limpieza de procedimientos, por la otra. En este punto aparece una antigua alternativa: el combate a la impunidad convalida todos los procedimientos, o bien, el Estado sólo puede valerse de procedimientos legítimos. Nuestra ley penal ha optado por esta vía. En tal sentido, el fin no justifica los medios. Ocurre lo contrario: la licitud de los medios justifica el fin que se persigue; en la especie, la sentencia.

Importan los procedimientos e interesa quién los aplica. Esta es, en rigor, la única garantía genuina, más allá de las palabras de la ley o de los discursos. Se resume en la autoridad moral y desemboca en la confianza. Asegura que la punición no es venganza, ni la impunidad connivencia. Pone por encima de cualquier sospecha a la función punitiva, siempre asediada —y no sin motivo— por la interpretación y la conjetura. Establece, finalmente, la línea divisoria entre la firmeza, que se cimenta en la ley, y la dureza, que se abastece en pasiones extraviadas. En el ejercicio de la punición, los hombres firmes han hecho su propia aportación a la grandeza de las instituciones; los “duros” las han desacreditado.

Es evidente que la punición debe ser y parecer equitativa, serena, impecable. Le sucede lo que a la mujer del César: no basta con que sea honrada —la mujer del César y la punición—; además debe parecerlo.

Ha dicho el procurador de la República, y ha dicho bien, que incurren en traición quienes protestan cumplir y hacer cumplir la ley, y la incumplen por sistema y a menudo en su provecho. Se les debe la decadencia de instituciones que merecían mejor suerte, y la tuvieron. Fueron instituciones inauguradas con optimismo y servidas, a menudo, con denuedo. Un patrimonio moral de la nación trabajosamente establecido, y dilapidado en un momento.

Este es el peor delito contra la administración, porque es el único que pone en crisis a la administración misma, priva de confianza y de esperanza, dirige contra la sociedad las armas diversas —la investidura legal, ante todo— que ella puso en las manos de estos conjurados con la certeza de que podía volver la espalda y reposar tranquila. Se dice que el pecado imperdonable es la desesperación, o que es el escándalo. Sigo pensando

que es la traición. Por algo depositó el Dante a los traidores en el noveno círculo, el más hondo de su infierno.

Me parece que México, tan atareado en numerosos temas de su vida, también lo está nuevamente en este capítulo áspero y difícil: la punición. Y creo que tiene el país —los mexicanos tenemos—, al lado de ciertos usos deplorables, una tradición alentadora: saber hallar en los vericuetos de la punición y en el combate contra la impunidad lo que de más noble —o de noble, simplemente— posee el trabajo del Estado en esta materia: el sentido justiciero de la punición; es decir, el concepto y la práctica de la sanción como un método para la justicia. Por eso estimo que este asunto, tan oscuro en apariencia, puede ser luminoso. Basta con que se entienda —y así se practique— que la punición es, finalmente, un asunto moral.



## LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL \*

SUMARIO: I. *Los principios del proceso*. II. *Función del proceso*. III. *Mínima intervención estatal*. IV. *Legalidad*. V. *Equilibrio*. VI. *Persecución pública*. VII. *Persecución por denuncia o querrela*. VIII. *Conciliación*. IX. *Inocencia*. X. *Mínima afectación de intereses y derechos*. XI. *Verdad histórica*. XII. *Prueba libre*. XIII. *Prueba legítima*. XIV. *Valoración crítica de la prueba*. XV. *Defensa adecuada*. XVI. *Defensa material*. XVII. *Inmediación*. XVIII. *Diligencia*. XIX. *Oralidad*. XX. *Publicidad*. XXI. *Lealtad y probidad*. XXII. *Ejecución oficiosa de la sentencia*.

### I. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

El examen de los principios del proceso penal permite mirar en toda su extensión y profundidad el enjuiciamiento de esta especialidad, que es, por cierto, la que más hondamente afecta los bienes e intereses del individuo, por una parte, y la que más intensamente muestra la dialéctica entre las libertades del ser humano y las atribuciones del poder público, por la otra; más todavía que el juicio constitucional o el contencioso administrativo, a pesar de que en éstos contienden formal y directamente la autoridad y el ciudadano. En aquél se hallan en juego los valores radicales del hombre: la vida, ante todo; luego, la libertad. De hecho, la historia del control de la legalidad en los actos de las autoridades se halla estrechamente asociada a la historia de la represión penal; dígalos, si no, el *habeas corpus*.

Los principios son reglas que dominan, encauzan, explican el proceso. Reglas derivadas de la ciencia y la experiencia, atentas a las decisiones político-filosóficas que son raíz y razón de cierto sistema procesal,

\* Ponencia en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Querétaro, 7 de mayo de 1997. Se encuentra publicada bajo el título “Reflexiones sobre los principios rectores del proceso penal”, en la Memoria del XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, pp. 333-374.

aunque no necesariamente de todos los sistemas procesales, en cualquier tiempo y dondequiera. Para esos principios, como para las normas que de ahí se deducen o que ahí desembocan, también existen el aquí y el ahora; el plano del tiempo y las fronteras del espacio. Del modo que las normas tienen un ámbito de validez espacial y temporal bien acotado, al que denominamos vigencia, los principios tienen un campo de operación más o menos perceptible, que son su propio género de vigencia, dependiente de cierta forma de comprender y decidir las relaciones entre el poder político que administra el proceso y el ser humano que en él comparece.

El humanismo y la democracia definen aquel campo: son sus referencias exactas; donde crece el respeto por el hombre y se afianza la soberanía del pueblo, florece determinado sistema de enjuiciamiento, acogido a principios característicos; otro tanto sucede si las cosas ocurren a la inversa. Los principios que informan el proceso contemporáneo en la mayoría de los países —lo que llamamos, con algún exceso retórico, la comunidad de las naciones civilizadas— no son precisamente los mismos que lo gobernaron bajo el derecho germánico o el sistema inquisitivo de la Edad Media. Pasaron los tiempos de éstos, cambiaron los principios, se modificó el proceso.

Ciertamente esta manera de entender los principios, que los observa con un lente deductivo, no es el único que existe. También pueden quedar establecidos a la inversa, por inducción, a partir de las soluciones que contienen y reiteran las leyes; de ellas derivarían, pues, los principios. Ambas perspectivas son útiles, aunque no en la misma dimensión o con el mismo alcance. Una implica que el proceso se ajuste a determinadas condiciones superiores; bajo ellas se valora, interpreta, reanima. Otra implica un ejercicio rigurosamente técnico, que entiende al sistema procesal como un todo construido, y de él desprende, sin arriesgarse en valoraciones —que no son su propósito, aunque no las excluye—, los principios que en la realidad de las normas prevalecen; otra cosa es la realidad de su aplicación práctica: su eficacia, en suma.

Claro está que lo deseable, sensato, pertinente es que ambos métodos lleguen a los mismos resultados; esto significaría que el legislador, influido por criterios políticos, acertó en el traslado de éstos a las disposiciones que ha emitido. Y el éxito será completo si además la realidad se ajusta a esos criterios y a esas normas, por ser racionales y practicables unos y otras. Es obvio que si esto no ocurre ya no importaría lo primero; las mejores intenciones políticas se desplomarían y de nada servirían los mayo-

res aciertos de la técnica legislativa: los hechos se habrán rebelado —para bien o para mal— contra los códigos, acaso porque éstos no supieron arraigar en la vida.

A la luz de esos principios procesales, concebidos como he descrito, se construye y reconstruye el proceso. En ellos toman sugerencia los legisladores y a ellos recurren los aplicadores de las leyes para entender los preceptos y conformar su conducta a las disposiciones que los vinculan y a las ideas e ideales que se hallan atrás de las normas, en la doble función de fuente que las determina y horizonte al que se dirigen.

Se suele hablar de principios políticos y técnicos del proceso, como categorías diferentes. He manifestado que los principios políticos son aquéllos que establecen o dominan la orientación del enjuiciamiento y determinan las soluciones procesales más importantes e influyentes; los técnicos son regla para la organización práctica del proceso: en ellos repercuten los primeros.

Este deslinde es válido y puede ser interesante. Empero, cada principio puede ser visto desde un doble ángulo: sea como portador o consecuencia de una decisión política que se proyecta en el proceso, sea como regla o método para asegurar que en éste ocurra lo que ha querido la decisión política.

Algunos ordenamientos recientes inician su elenco de normas con sendas disposiciones sobre los principios y las garantías del proceso. Esto hacen, por ejemplo, los novísimos códigos procesales penales de Morelos (1996) y Tabasco (1997), a los que me referiré frecuentemente en el curso de este trabajo. Sin embargo, no es indispensable —aunque sea útil, informador, ilustrativo— que los ordenamientos mismos acuñen los principios como normas específicas. Finalmente, lo que importa es que los asuman, absorban, distribuyan en forma consecuente y sistemática en los preceptos que regulan las más diversas instituciones del procedimiento; o en otros términos, que cada acto procesal atienda a esos principios para que todos los procesos se disciplinen a ellos.

## II. FUNCIÓN DEL PROCESO

Si pudiésemos hablar de un principio de principios, una regla que se proyecta inexorablemente sobre todas las otras, tal sería el que recogiera la misión del proceso en el orden de las relaciones humanas y de las nor-

mas que las regulan. Ese principio de principios diría qué es el proceso, y recordaría por qué y para qué existe.

Esto mismo se encuentra en el artículo 1o. del Código de Procedimientos Penales de Morelos, que dispone:

Por medio del procedimiento penal se actualiza la función punitiva del Estado y se asegura el acceso de los particulares a la justicia pública, en la materia que corresponde a dicha función. El procedimiento atiende al objetivo de conocer los delitos cometidos y la responsabilidad de sus autores y partícipes, como condiciones para determinar las consecuencias legales correspondientes, a través de una sentencia justa, con sujeción a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la particular del Estado de Morelos y a la legislación aplicable. —La actividad de los sujetos procesales y de los demás participantes en el procedimiento atenderá a esos propósitos. Para ello se valdrá de los medios que la ley autoriza.

Es así que se recoge la tarea inherente al proceso penal, su labor característica: actualizar la función punitiva del Estado. El proceso es un factor *sine qua non* para que esa función opere en el caso concreto. También se invocan las normas constitucionales que constituyen mandamiento supremo de todas las normas de la Unión, fuente de éstas. Esa invocación se hace por una doble vía, la referencia a la ley fundamental de la República y la alusión a los datos esenciales que ésta contiene a propósito del proceso penal: conocer el delito y la responsabilidad de ciertas personas y aplicar las penas que procedan.

Hay en esa disposición legal un compromiso ético-jurídico de primera importancia, que resuelve la condición del proceso como agente de la justicia, y no apenas de la seguridad jurídica o de la paz a todo trance: el concepto de “sentencia justa”, que expresivamente se asocia, en el artículo 7o. del mismo ordenamiento, al principio de intermediación procesal. Justicia en la sentencia es verdadero acceso a la justicia en sentido material y profundo; la posibilidad de someter el litigio a los tribunales, presentar pruebas y formular alegatos es apenas un acceso formal a la justicia, siempre insuficiente por sí mismo, aunque necesario para que haya justicia material. La practicabilidad de aquel *desideratum* —justicia en la sentencia— explica el amplio espectro de previsiones procesales, entre ellas las relativas a la defensa del inculpado, la asesoría al ofendido, la objetividad del Ministerio Público, la prueba y los recursos.

El último párrafo del artículo 1o. subraya la calidad de esta norma como principio de principios, puesto que vincula las actividades de todos los individuos que participan en el proceso, y bien se sabe que éste es un escenario para la participación de un conjunto de individuos bajo diversos títulos; entre ellos el más importante es el de sujetos procesales, pero no es el único. Y la regla del artículo 1o. se extiende a todos, lo que abarca la totalidad de los actos que esos participantes realizan, a cuyo conjunto denominamos proceso.

### III. MÍNIMA INTERVENCIÓN ESTATAL

Se ha explorado ampliamente la posición del sistema penal con respecto al sistema político y social. En los círculos concéntricos de la vida colectiva, aquél se localiza en un círculo interior, ahí donde se vela por los bienes y valores más entrañables del ser humano y la sociedad. Para el ejercicio de esta misión, el sistema penal —o bien, el Estado sancionador; el Leviatán de las penas— se halla dotado de medidas extremas —en el estricto sentido de la palabra—, que amparan esos bienes y valores con la amenaza más intensa y el cumplimiento más ejemplar.

Este asunto se observa, sobre todo, a propósito del derecho penal sustantivo. Se le llamó liberal, cuando la atención histórica fundamental estuvo concentrada en liberar al individuo de la sumisión al poder absoluto; se le calificó de democrático, en el supuesto de que democracia significa un modo peculiar del trato entre el poder y el ciudadano; se le debiera llamar humanista —a mi modo de ver— si se quiere destacar que aun el sistema punitivo tiene el compromiso de respetar la dignidad y proveer al desarrollo de los seres humanos y de la sociedad que éstos integran.

Como quiera que sea, es perfectamente sabido que en una sociedad autoritaria la represión se adelanta y amplía, en tanto que en una democrática se retrae y reduce. Esto, llevado al ámbito del derecho, es un buen indicador de la orientación que tiene y de los cambios —progresos o regresos— que experimenta el sistema jurídico, particularmente el punitivo.

Si bien el punto se ha estudiado sobre todo en el ámbito penal sustantivo, también se puede examinar extensamente —y así se ha hecho, por supuesto— en el régimen del proceso. Allá se habla de una intervención penal mínima, es decir, de la moderación más completa que se pueda en el doble campo del derecho sustantivo: la tipificación de las conductas y la fijación —en entidad y cantidad— de los castigos. En materia procesal

habría que afirmar un principio consecuente con aquel desarrollo sustantivo y con las características y la evolución del proceso, mirado como un método, pero no el único —ahora evoco a mi admirado maestro Niceto Alcalá-Zamora—, para la composición del litigio.

Se creyó que el litigio penal, sustraído a la disposición de los particulares, sólo podría ser compuesto con soluciones públicas, es decir, con el proceso conducido por el Estado. Esta creencia ha decaído. También aquí conviene prohijar un sistema de solución extrajudicial —desjudicialización— de la contienda penal, para que corra por otros cauces. Esto significa que el proceso recoja únicamente los casos inmanejables —o muy difícilmente manejables— por otros medios. De esta suerte tendríamos una mínima intervención procesal penal, a cambio de una creciente composición entre la víctima y el victimario. Esto enlaza con otro principio, que luego examinaré: la preferencia por la composición privada.

En nuestro sistema, la mínima intervención se prohija de diversas maneras. Una es ya la disminución de los tipos penales, aunque ésta no es función del régimen adjetivo, sino del sustantivo. Las otras tienen que ver con la llave que abre la puerta de la persecución oficial y la que la cierra, puestas ambas en manos de un legitimado: sea el ofendido mismo, sea otra persona. Esto implica una constante extensión —sensata extensión, se entiende— de las hipótesis de querrela como requisito de procedibilidad —la llamada querrela mínima— y de perdón como causa extintiva de la pretensión y, por lo mismo, del procedimiento. Desde luego, me estoy refiriendo al perdón entre particulares, o bien, de la autoridad al particular, en los supuestos de excitativa o acto equivalente a la querrela, no al perdón judicial, que tiene otra naturaleza.

Como sabemos, el perdón ha avanzado de la mano de la querrela, pero también ha ganado espacios propios: por una parte, hay casos de persecución de oficio que pueden ser concluidos, sin embargo, mediante perdón; y la eficacia de éste se ha extendido incesantemente en las diversas etapas del proceso y hasta después de él: desde el periodo previo a las conclusiones, hasta la etapa anterior a la sentencia, y luego a lo largo de la ejecución de la condena, caso que originalmente se contrajo al adulterio —en el llamado, por Francisco González de la Vega, indulto de particulares— y hoy abarca prácticamente todos los supuestos de persecución a instancia de parte. Afortunadamente, este rumbo expansivo de la querrela y el perdón es el adoptado por la más reciente legislación penal mexicana. Se vio desde las reformas de 1983; prosiguió en otros avances, deri-

vados de aquélla; y hoy se advierte ampliamente, por ejemplo, en los nuevos códigos procesales penales para Morelos y Tabasco.

#### IV. LEGALIDAD

Establecido el ámbito de la injerencia persecutoria del Estado —que es una decisión política con raíz filosófica, mucho más que una determinación jurídica— queda pendiente la forma de llevar a cabo esa persecución, desde la advertencia misma del delito —la *notitia criminis*— hasta la emisión de la sentencia, e inclusive después de ésta: durante la etapa ejecutiva que puede acarrear ciertos correctivos de la pena impuesta por el tribunal, sea en favor, sea en contra del sentenciado.

Este es el ámbito natural del principio de legalidad. Lo ha sido, al menos, desde que las grandes declaraciones de derechos humanos destacaron la libertad y la seguridad entre aquellos derechos originales e irreductibles. Legalidad significa que sólo la ley gobierna la persecución, sustraída a cualesquiera otras instancias o influencias, sean autoritarias, sean populares. La legalidad se analiza en una serie de dogmas trabajosamente consagrados, que abarcan el amplio espectro del *ius puniendi*. El *nullum crimen nulla poena sine lege* es sólo un principio —ciertamente, el principio por excelencia— de la legalidad penal. Otros concurren a establecer este escudo de las libertades: *nulla poena sine conducta*, *nulla poena sine culpa*, *nemo iudex sine lege*, *nullum iudicium sine lege*, *nemo iudex sine actore*, *nulla executio sine lege*, y así sucesivamente.

En la rama sustantiva la oposición entre legalidad y oportunidad se resuelve en favor de aquélla. La oportunidad tiene uno de sus reductos más característicos y peligrosos en el régimen de construcción de tipos por analogía. El “sano sentimiento popular”, la “conveniencia de la nación”, la “necesidad del Estado” son otras tantas instancias de la oportunidad punitiva.

En materia procesal también existe una oposición, probablemente menos dramática y acaso menos riesgosa o lesiva, entre legalidad y oportunidad: tiene que ver con el inicio mismo de las actividades persecutorias, con el desarrollo del proceso, con el sentido y el contenido de la condena. Desde luego, oportunidad no significa que se carezca de ley que confiera orden y rumbo al enjuiciamiento; esta sería una versión muy primitiva de la oportunidad. En sus versiones modernas, la ley recoge el espíritu de la oportunidad y lo acomoda en normas que permiten a la autori-

dad —en nombre de la ley misma— disponer “casos de excepción” en aras de una conveniencia que el legislador acuña y transmite al acusador y al juzgador, para que ajusten a ella las pretensiones y las decisiones.

De tal suerte, la oportunidad reacomoda —por así decirlo— los fines específicos del proceso penal. De tal suerte quedan modificadas o matizadas las consecuencias de la verdad histórica y de la individualización, y se instaura una expresión subterránea y naturalmente oscura de la composición. Los motivos para hacer esto —invariablemente políticos, aunque no de política partidaria o electoral— suelen resumirse en cuestiones de seguridad pública. El combate contra el delito, la lucha contra la impunidad, pueden requerir, paradójicamente, que amaine esa lucha y se prohíba la impunidad en algunos casos, que luego llegan a ser muchos. Aquí se produce, abierta o encubierta, una negociación entre el Estado perseguidor y los delincuentes perseguidos. El resultado es la desviación, en la especie, del *ius puniendi*. Ha prevalecido la oportunidad en aras de la seguridad pública.

Vale preguntarse si este género de transacciones es compatible con el carácter ético del proceso —y de las funciones mismas del Estado—, como instrumento para la solución racional y objetiva del conflicto penal. Ahora bien, la negociación sobre los cargos y las sanciones ha ganado un largo trecho en muchos países; no es insólita. Desde luego, hay que distinguir cuidadosamente la confesión judicial como resorte del proceso sumario, cuya sentencia no se encuentra predeterminada por el dato de la confesión útil, de la información comprometedora como factor de la reducción penal. Lo primero no afecta en modo alguno el principio de legalidad, porque quien confiesa no se allana, ni el tribunal está obligado a dar crédito a la confesión y a reducir, en tal virtud, la pena aplicable. Lo segundo sí lo altera, en cuanto el acusador se ve obligado —o al menos “alentado”— a reducir sus pretensiones y el juzgador a moderar el ejercicio de sus atribuciones.

Este tema permaneció fuera de las leyes mexicanas y de las consideraciones doctrinarias en nuestro país, hasta las reformas constitucionales de 1996, primero, y la expedición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, inmediatamente después, en ese mismo año. Conviene recordar, sin embargo, que inicialmente se mostraron los lineamientos de esta ley, alejada de la Constitución, y sólo más tarde se inició la reforma de la ley fundamental, precisamente para hacer posible —es decir, formalmente “constitucional”— el nuevo ordenamiento secundario.



El principio de legalidad está claramente aludido en el artículo 1o. del Código de Procedimientos Penales de Morelos —que invoca la Constitución de la República, la particular del Estado y la legislación aplicable al proceso—; asimismo, este ordenamiento y el de Tabasco le dedican un precepto específico, en el que se recogen diversas proyecciones de la regla:

Regirá el principio de legalidad estricta en la constitución de los órganos persecutorios y jurisdiccionales, en el desarrollo del proceso y en la emisión de la sentencia. El Ministerio Público se atenderá exclusivamente a la ley en la actividad investigadora de los delitos y en el ejercicio de la acción penal. En ningún caso guiará sus actuaciones o adoptará sus determinaciones por motivos de conveniencia u oportunidad. La misma regla es aplicable al juzgador, en lo que respecta al desempeño de sus funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las consideraciones conducentes a la individualización penal conforme a la legislación de la materia (artículo 2o.).

## V. EQUILIBRIO

Todo el orden jurídico se halla cimentado en la idea de conflicto. De éste resultó el pacto social en el que se quiso fincar el origen, pero sobre todo la razón, de la sociedad política. Por ende, el derecho es un medio para resolver ese conflicto, sea por el consenso —más o menos genuino— entre los potenciales contendientes, que se localiza en el ámbito del derecho sustantivo —sobre todo el amplio régimen del acuerdo de voluntades—, sea por la decisión soberana acerca del conflicto, que vincula a aquéllos y se encuentra en el campo del enjuiciamiento.

Ahora bien, en un Estado de derecho justo —que es mucho más que un Estado de derecho a secas—, el conflicto no debiera dirimirse de cualquier manera. Creo que el signo característico de la solución radica en el equilibrio, trátase del que pretende el derecho material entre los individuos o los integrantes colectivos de la comunidad nacional, que requieren de satisfactores, trátase del que procura el juzgador entre los litigantes que ante él comparecen. Si el equilibrio se rompe o reduce, el derecho deviene injusto o ineficaz; entonces aparecen los correctivos consabidos: la revolución o la evolución, ésta a través de la reforma legislativa. Tal es una de las características de la reforma legal justificada: que restaure el

equilibrio; otra es el progreso, que en el fondo se resume en una nueva expresión del equilibrio, superior a la preexistente.

Si cualquier manifestación del proceso tiene que hacer en el terreno del equilibrio, mucho más profunda y delicada es la encomienda que en este sentido corresponde al proceso penal. En las otras ramas procesales la contienda y el equilibrio consiguiente ocurren entre individuos (proceso privado), entre intereses y sectores sociales, que se concretan en personas individuales o colectivas (proceso social), o entre la autoridad y los ciudadanos (control judicial de la constitucionalidad y contencioso agrario).

En materia penal, en cambio, el equilibrio se distingue por otros datos destacados. En primer término, los protagonistas del proceso penal —independientemente del juzgador, brazo del Estado— son más numerosos y complejos: el inculpado (asistido del defensor), el ofendido (apoyado por el asesor), y la sociedad en pleno (representada por el Ministerio Público, que también es brazo del Estado). Por ende, el proceso penal —cada proceso— convoca el interés de todos, tanto en la medida abstracta en que el delito afecta bienes jurídicos con relevancia social, como en la concreta en que altera la seguridad y la paz.

Esta proyección del principio de equilibrio, la más intensa, se expresa en el artículo 3o. del Código de Procedimientos Penales de Morelos, que concilia aquél con el principio de legalidad: “En los actos del procedimiento penal se asegurará el debido equilibrio entre los legítimos intereses y derechos del inculpado, el ofendido y la sociedad, en la forma y términos previstos por la ley”. La fórmula recoge todavía el espíritu del derecho de orientación liberal: menciona ante todo al inculpado —referencia explicable, además, por cuanto es éste quien se haya sometido al proceso—, y luego el segundo párrafo del precepto desarrolla brevemente otras expresiones de la tutela estatal para el inculpado, hasta el dogma *in dubio pro reo*, traducido así: “En caso de duda, el juez absolverá al inculpado”.

El mismo principio de equilibrio —expuesto en diversas manifestaciones, que engendran nuevos principios procesales— se exploya en otros párrafos del propio artículo 3o., que ponen a cargo del Ministerio Público —como órgano de legalidad, mejor que como órgano de “buena fe”, como se suele decir— y del juzgador, en sus respectivos casos, la misión de asegurar los derechos esenciales del inculpado y del ofendido.

El artículo 6o. del ordenamiento morelense se destina al equilibrio y la legalidad en el quehacer del Ministerio Público; otro tanto ocurre en el

precepto de igual número del código tabasqueño. De esta suerte se ha querido rescatar, evidenciar, subrayar este principio justamente en relación con la autoridad que pudiera actuar en sentido diferente —de manera deliberada o inadvertida—, en virtud de su cometido social de representante de la colectividad en la lucha contra la delincuencia y de su futuro cometido procesal —concluida la averiguación previa— como depositario de la acción penal: encargado del ejercicio de ésta y de la acusación que corre por ella.

No parece necesario decir lo mismo, tan enfática y detalladamente, en relación con el juzgador, puesto que su función siempre se ha visto —aunque no siempre se haya cumplido— como naturalmente equilibradora: es, en fin de cuentas, según sostiene la doctrina, el tercero imparcial puesto por encima de los contendientes para resolver la controversia. Si el juzgador asume tareas o aires de fiscal, se vería confirmado el inquietante dicho: “quien tiene por acusador al juez, necesita como defensor a Dios”.

El artículo 6o., en efecto, señala:

El Ministerio Público observará la más rigurosa objetividad en el desarrollo de la averiguación previa. En todo caso procurará el conocimiento de la verdad sobre los hechos y la responsabilidad de sus autores o partícipes. En tal virtud, estará obligado a recabar con igual diligencia las pruebas de cargo y descargo sobre los hechos, la participación delictuosa y otros puntos sujetos al procedimiento, que sean pertinentes para establecer la verdad histórica y resolver con este fundamento, lo que proceda sobre el ejercicio de la acción. En su desempeño como parte procesal, el Ministerio Público ajustará su actuación a los principios de legalidad y buena fe.

De la legalidad me ocupo en otro punto de esta exposición. Por lo que toca a la “buena fe”, esos ordenamientos locales recogen una expresión antigua y acostumbrada. Se quiere decir que el Ministerio Público no es un acusador a ultranza. Esto mismo se desprende de otra expresión más rigurosa, que ya no depende de referencias subjetivas —como la buena o mala fe, que finalmente aluden a una inclinación de las personas, más que a un rasgo de las instituciones—, sino de datos objetivos: órgano de la legalidad. Lo es el Ministerio Público, patentemente, en otros ámbitos; tiene este cometido cuando figura como parte *sui generis* en el juicio de amparo.

En segundo término, en el proceso penal entran en juego temas infinitamente más intrincados y resbaladizos que los característicos de otros sectores del proceso. En éstos hay intereses materiales en pugna; cuestio-

nes de patrimonio, en fin de cuentas, aunque también existan problemas de mayor complejidad o delicadeza: la vigencia del Estado de derecho, en un caso específico, o la justicia social concretada como justicia agraria o laboral, asimismo en un supuesto particularizado.

En cambio, en el ámbito penal se juzga acerca de cierto hecho perceptible y sobre la relación entre una conducta humana y un resultado típico. Pero también se pondera la culpabilidad; entra en juego la intención, a pesar de que no nos hallamos en el territorio de las normas morales; se explora la peligrosidad, ahí donde todavía subsiste explícitamente esta noción; se analiza el futuro probable, por exigencia de ciertas normas a propósito de la libertad provisional y los sustitutos de la pena, por ejemplo; se estudia, en fin de cuentas —bajo la designación que se quiera, desde la más explícita hasta la más elusiva— la personalidad del agente e inclusive la del ofendido, hoy sujeto a la mirada penetrante de la victimología.

El vivo contraste entre los intereses en conflicto, que se encrespa bajo el viento de sucesos inquietantes o irritantes, trae consigo múltiples movimientos en el gran sistema de equilibrio que el proceso encarna. Ora se acentúa la tutela de la sociedad, bajo la persistente preocupación —que hoy predomina en México— de generar condiciones de seguridad y confianza; ora se pone el acento en la suerte del ofendido o, incluso, de las víctimas del delito —cuya posición ha mejorado gradualmente en el derecho mexicano—, que reclaman castigo para el delincuente y son acreedoras al resarcimiento; ora se pone énfasis en los derechos y garantías del inculgado —que avanzó un largo trecho en los últimos años—, siempre en riesgo grave con motivo de la contienda formal entre el Estado y el (probable) delincuente, que no sólo se zanja en las audiencias judiciales, sino también en los “separos” del Ministerio Público y la policía, o en el claustro amurallado de las cárceles.

En este juego de las posiciones procesales —que sería un modo de denominar al enfrentamiento penal— hay peligro de incurrir en desequilibrios que acerquen las dos fronteras del derecho en su conjunto, en vez de alejarlas: el despotismo y la anarquía. Si aquello sucede, es preciso reformar las reglas del proceso y reponer una vez más el equilibrio perdido o menoscabado, ahora en un plano superior, más juicioso y esmerado.

## VI. PERSECUCIÓN PÚBLICA

La persecución —*poursuite*, en francés, de donde probablemente fue tomado el término por los legisladores mexicanos— implica más que el ejercicio de la acción penal. En realidad, reúne todas las actividades conducentes a establecer la naturaleza delictiva del hecho, esclarecer la responsabilidad del autor, obtener la aplicación de las sanciones penales correspondientes, lograr la imposición de las sanciones civiles respectivas —esto es, el resarcimiento— y consumir la ejecución de la condena.

Enlazado el *ius puniendi* con las funciones esenciales del Estado, parecería natural que se confiaran a éste, y sólo a él, todos los actos de persecución. Esta sería una presentación tan absoluta como abstracta del *ius puniendi* concretado en la persecución penal. En realidad, difícilmente podría haber —o debería haber— un sistema tan cerrado. Por diversos medios se ha recogido la intervención privada en actos persecutorios: desde la apertura del procedimiento, como se ve en otro lugar de este trabajo, hasta el cierre de la ejecución.

A diferencia de otros sistemas, en que el ofendido o *quivis de populo* pueden promover el proceso y actuar como partes en éste, sosteniendo la acusación, en México aún predomina la acción oficial en manos del Ministerio Público, único órgano legitimado para ello bajo la interpretación dominante del artículo 21 constitucional, que no varió —sino acaso se acentuó— con la trivial reforma que sufrió el precepto en 1996.

El antiguo monopolio de la acción penal, combatido y resistente, seriamente averiado por la reforma constitucional de 1994, constituye todavía uno de los rasgos más enérgicos y característicos del proceso penal en México. No en balde tiene raíces profundas —explícitas o implícitas— en el Constituyente de Querétaro. Su persistencia también deriva de la tradicional fortaleza del Ministerio Público mexicano, un bastión asediado al que últimamente se le han dirigido golpes demoledores. Obviamente no me refiero a los avatares en la marcha cotidiana de la institución, sino a los embates sobre su naturaleza, organización y funcionamiento.

El sistema de persecución oficial, que no se aviene con la generalizada —y no siempre benéfica— tendencia privatizadora, halla salidas en otras figuras del proceso; así, el creciente número de casos en que la persecución depende de la instancia del ofendido y cesa con el perdón. En realidad, se ha incrementado notablemente la presencia del particular ofendido en el proceso penal, sin conferirle —todavía, diremos— la ac-

ción penal. Al correctivo de la querrela se añaden otros dos: una decadencia manifiesta en el monopolio de la acción penal y una nueva presencia del particular en la exigencia de resarcimiento.

En el derecho procesal de nuestro país, el monopolio de la acción penal supuso tres potestades conferidas al Ministerio Público en forma exclusiva, a saber: la atribución de investigar los delitos hasta acreditar, en su caso, el cuerpo del delito (elementos del tipo penal, se dice ahora, tras la reforma de 1993, que en este punto fue desacertada)<sup>1</sup> y la probable responsabilidad; la facultad de examinar los datos reunidos y resolver en forma autónoma, sin injerencia de otras autoridades y bajo régimen de control interno, sobre el ejercicio de la acción; y potestad de sostener la acción penal hasta la emisión de la sentencia.

Estos caracteres del monopolio han experimentado reducciones o fracturas. Por lo que hace a la facultad investigadora, últimamente la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada introdujo la extravagante disposición de que los casos de aprovechamiento de bienes de procedencia ilícita —esto es, el “lavado” o “blanqueo” de recursos— se investiguen por el Ministerio Público en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Así se pone a la albarda un aparejo que no contempla el artículo 21 de la Constitución.

La mayor abolición del monopolio deriva de la reforma de 1994 al artículo 21, reforma que afectó lo que he llamado la “macrojusticia”, dejando de lado la justicia menuda y cotidiana. Se había debatido largamente, con razones que no es del caso recordar ahora, la posibilidad de que el no ejercicio de la acción penal fuese impugnado ante una instancia externa al Ministerio Público. Finalmente esta posibilidad se abrió paso en la reforma de 1994, que alude a una vía jurisdiccional. Empero, esa vía no existe aún, pese a los dos años y medio transcurridos —hasta mayo de 1997— desde que entró en vigor la reforma constitucional.<sup>2</sup> Esto trae consigo el riesgo de que la impugnación se haga por medio del amparo, que no fue lo deseado por el apresurado Constituyente de 1994.

1 En 1999 se regresó a la expresión ‘cuerpo del delito’, al reformarse los artículos 16 y 19 de la Constitución por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999. Con el objetivo de adecuar estas reformas a la legislación secundaria, se reformó el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de mayo de 1999. Este precepto indica: “Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la conducta típica lo requiera.”

2 Esta situación persiste en 1999.

Aludí a otro correctivo de la persecución oficial, que se comprende mejor a la luz de la legislación mexicana que del sistema vigente en otros países. Desde 1931, el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal consagró la extraña idea de que la reparación del daño privado derivado de un delito tiene naturaleza de pena pública; por lo tanto, la correspondiente exigencia se reserva al Ministerio Público en ejercicio de la acción penal. Esta disposición, adoptada con el buen propósito de proteger a las víctimas desvalidas, jamás ha logrado su noble objetivo. Se tradujo en el oscurecimiento del ofendido, a título de coadyuvante del Ministerio Público —una especie de auxiliar modesto, sin voz en el proceso—.

Últimamente ha virado el mal rumbo de la legislación. Los códigos procesales de Morelos y Tabasco rectificaron el concepto: la reparación de daños y perjuicios es consecuencia civil del delito, puede ser reclamada por el ofendido en el proceso penal mismo mediante una acción principal, el Ministerio Público sólo asumirá la condición de actor —titular de una acción subsidiaria— cuando el ofendido no pueda asumir la representación de sus intereses. De esta suerte se combinan los mejores elementos de ambos sistemas para la reclamación del resarcimiento.

## VII. PERSECUCIÓN POR DENUNCIA O QUERRELLA

Entre los datos del sistema procesal inquisitivo figura el inicio oficioso del proceso por iniciativa del propio tribunal. Para impedir este despliegue policial del juzgador se afirmó un principio de signo contrario: *ne procedat iudex ex officio*, o bien, *nemo iudex sine actore*. La perseguibilidad de la conducta ilícita ha experimentado, a partir de este contraste, una larga y compleja evolución. Hoy día se suele exigir que alguien —la policía, un funcionario en el desempeño de sus atribuciones, un particular— traslade al órgano investigador la *notitia criminis*.

En México, la interpretación uniforme del artículo 16 constitucional, que no ha variado desde 1917, considera que el Ministerio Público sólo puede iniciar la averiguación previa, que luego desembocará en el proceso, cuando medien denuncia o querrela, concebidas como requisitos de procedibilidad.<sup>3</sup> Nuestra doctrina impugna cualquier retorno a las figuras de la pesquisa y la delación.

3 Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999 se reformó al artículo 16 constitucional; se suprimió el término de ‘acusación’, que anteriormente figuraba con los de ‘denuncia’ y ‘querrela’.

El requerimiento de denuncia o querrela para iniciar la persecución penal no implica apenas la satisfacción de un requisito formal, un punto de orden en el enjuiciamiento; llega mucho más lejos: establece la exigencia de que la autoridad y el inculpado conozcan con toda certeza quién acusa y de qué se acusa; de tal suerte, el funcionario podrá valorar la fuente de la *notitia criminis*. Esto implica tanto un control sobre la conducta de la autoridad, como una doble proyección de la responsabilidad: la del probable delincuente, por una parte, a quien se inculpa; y la del denunciante o querellante, por la otra, que formula las imputaciones. En suma, se quiere ahuyentar cualquier reposición vernácula de la “boca de la verdad”, que en otros tiempos recibía las delaciones en Venecia.

No obstante estos postulados del derecho procesal mexicano, en el azaroso horizonte de las leyes secundarias han aparecido, de cuando en cuando, inquietudes delacionistas. Así se vio en el Código Aduanero, ya corregido en este punto, que convirtió la delación en negocio, y así se observa en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996. El artículo 38 de este ordenamiento dispone que cuando se reciban “informaciones anónimas” sobre la comisión de delitos considerados en esa ley, el Ministerio Público “deberá ordenar que se verifiquen estos hechos”. Agrega: “En caso de verificarse la información y que de ello se deriven indicios suficientes de la comisión de estos delitos, se deberá iniciar una averiguación previa...”.

Esta norma tiene la conciencia intranquila; por ello insiste en que se abrirá una averiguación previa cuando queden confirmados los hechos que comunicó el delator. Empero, ese texto no alcanza a ocultar lo que es evidente: la verificación de la noticia requiere investigación; por lo tanto, ya estamos ante una averiguación previa, aunque la voluntariosa ley sólo asigne este nombre a lo que será la segunda etapa de la averiguación, una vez que en la primera quedó comprobada —nada menos— la existencia del delito.

El principio que ahora examinamos plantea dos asuntos más, entre otros, que conviene mencionar ahora. Uno se refiere a la tutela del ofendido; el otro, a las atribuciones promotoras del procedimiento penal a cargo de servidores u órganos del Estado. Me referiré brevemente a estos temas.

Es cierto que la persecución a instancia de particulares se halla sujeta a la decisión de éstos, los propios afectados, o de sus representantes legales o convencionales. El Estado no podría forzar esa instancia, mucho



menos en la etapa actual, que reduce la perseguibilidad de oficio y amplía la subordinada a la voluntad de los interesados. Para el ejercicio de su derecho a la querrela, éstos enfrentan dos obstáculos: uno, la prescripción —o caducidad— del derecho a querrellarse, que suele operar con más diligencia en estos casos que en los de persecución oficiosa; y dos, el desconocimiento de que han sido afectados por una conducta probablemente delictuosa.

No sería posible prescindir del régimen de prescripción —no obstante sus patentes defectos desde el punto de vista de la justicia estricta, y en virtud de sus manifiestas ventajas desde la perspectiva de la paz y la seguridad jurídica—, pero tampoco parece razonable que el Estado permanezca indiferente, inerte, cuando ha tenido conocimiento de la comisión de un delito perseguible por instancia del ofendido, y ésta no ha sido formulada. Si el Ministerio Público adquiere semejante conocimiento por medio de una denuncia mal formulada, debiera hacerlo saber al ofendido para que éste resuelva, con toda la libertad que la ley le confiere, pero al mismo tiempo con pleno conocimiento de causa, lo que estime pertinente.

Por lo que hace a los actos equivalentes a la querrela, cualquiera que sea su denominación, atribuidos a ciertas autoridades públicas, vale considerar que la persecución de la conducta ilícita no es apenas una facultad arbitraria que recoge un interés disponible por parte de aquéllas. Tiene otro carácter y debiera hallarse regulada de diversa manera. El Ministerio Público no puede asumir el papel que sólo corresponde a la autoridad legitimada para cumplir el requisito de procedibilidad, pero ésta tampoco puede resolver en silencio y sólo ante sí misma en qué casos actúa —permitiendo así la persecución de una conducta probablemente delictuosa— y en cuáles otros se abstiene de hacerlo.

Por ello la ley procesal federal introdujo hace algunos años la regla de comunicación formal por el Ministerio Público a la autoridad que pudiera formular querrela, acerca de la probable existencia de un delito cuya persecución se supedita a ésta; la autoridad destinataria debería, a su vez, manifestar oficialmente, por escrito, si presenta u omite la querrela. Esto se dispone en el artículo 112 del Código de Procedimientos Penales de Morelos, y en el de igual número del ordenamiento de Tabasco. Así queda a salvo la posibilidad de valorar la pertinencia, racionalidad y legitimidad de la conducta de esa autoridad.

## VIII. CONCILIACIÓN

Como dije, se solía afirmar que el proceso era el único método natural para resolver el litigio penal. Esto erradicaba las soluciones autocompositivas, constantemente previstas, por cierto, en las Constituciones históricas de México, aunque se reservasen para delitos de escasa monta, como las injurias. Los casos de negociación entre agente y ofendido fueron vistos como residuo de un pasado distante —en el que la víctima tuvo el papel central en la revancha punitiva— o como sucedáneo ilícito de la actividad pública, que podría ameritar, según la forma que adoptase, una nueva reacción punitiva.

La intervención mínima del Estado en la solución penal se proyecta también en este campo. Ya no se descarta la composición obtenida a través de la conciliación y el convenio. Por el contrario, se favorece este género de entendimientos que desjudicializa el conflicto y, lo que es más importante, culmina o puede culminar en la mejor solución posible: la lograda por los mismos contendientes, acercando sus respectivas posiciones, y no la impuesta por el tribunal oficial, imponiendo su razón y su decisión a las razones y decisiones de las partes.

El principio de conciliación se muestra abundantemente. Es obvio que tiene su raíz o su oportunidad, como se quiera, en la institución de la querrela, afianzada por la expectativa del perdón. Después de haber visto con lejanía la fórmula compositiva, el Estado tiende a propiciarla, ya no sólo a permitirla. La legislación de Morelos y Tabasco, por ejemplo, ha puesto a cargo del Ministerio Público en la etapa de averiguación previa, e incluso del juzgador, en la de proceso, la misión de promover y alentar el entendimiento que permita una solución pactada y cierre, por lo mismo, el proceso penal. Hubo antecedentes de esta tendencia en el Ministerio Público conciliador admitido hace algunos años en el Distrito Federal. Así, el procedimiento penal toma figuras benéficas del derecho con orientación social: familiar, laboral y agrario, cuyos procedimientos abren una amplia oportunidad a la conciliación.

El punto débil de esta fórmula es el mismo que pone en predicamento cualquier convención fincada en la autonomía de la voluntad de las partes: la desigualdad real, cubierta por una aparente igualdad procesal. Es evidente que bajo la capa de la conciliación y el convenio pueden ocultarse —y de hecho se ocultan con frecuencia— pactos inequitativos en los que el fuerte somete al desvalido, o en los que una parte arrolla a la otra,

que opta por someterse a pretensiones indebidas en aras de una resolución cierta y pronta. Es por lo menos cuestionable la intervención de las autoridades en este género de acuerdos, pero tampoco sería admisible que aquellas llevaran adelante la averiguación o impulsaran el proceso para arribar a la sentencia, a contrapelo de las partes, resueltas a convenir lo que la ley les permite solucionar de esa manera. En estos casos, lo menos que puede hacer la autoridad es advertir —dejando constancia de ello— las deficiencias o los excesos en el convenio, pero no podría evitar o desconocer el acuerdo de voluntades, salvo que éste implique una conducta contraria a la ley y no un mero abuso que la ley tolera. Aun así, el Estado no podría prescindir del querellante y desarrollar un proceso que aquél no desea.

Aunque se trata de una institución del derecho sustantivo, y no del proceso, es interesante observar que en el derecho mexicano comienza a abrirse paso la reconciliación entre el infractor y el ofendido, o bien, la reparación del daño por parte de aquél, como medio para que cese la ejecución de una condena a multa o semilibertad (artículos 75 de los códigos penales de Morelos y Tabasco). Esto marca un nuevo camino para el porvenir.

## IX. INOCENCIA

Los diversos órdenes del enjuiciamiento, que aparejan menores molestias que el penal y acarrear consecuencias mucho menos graves, no se ocupan en establecer de antemano la condición jurídica —y hasta moral— del demandado. No hay un juicio previo o “prejuicio” a este respecto, que sólo sería revocado por la sentencia que dicte el tribunal. En cambio, el derecho de nuestra materia —sembrado en las luchas del más acendrado liberalismo— ha creído necesario advertir que se considera inocentes a todas las personas, hasta que se compruebe su culpabilidad. Esta comprobación, si se quiere definitiva, sólo puede residir en la sentencia. El principio que ahora invoco corresponde, desde luego, al sistema procesal mejor que al penal; realmente no supone una decisión sustantiva, sino una regulación adjetiva: que se trate al inculpado como si fuese inocente de los cargos que se formulan contra él. Es obvio que este planteamiento tiene o puede tener implicaciones fuera del proceso, pero es en éste donde se desarrolla o naufraga el principio.

Es plausible el esfuerzo en favor de la libertad humana que apareja la presunción de inocencia. Lo es, sobre todo, porque arroja sobre el Estado,

cuando éste acusa, la obligación funcional de probar los cargos. No será el inculpado quien se vea sujeto a una carga procesal a propósito de la prueba de su inocencia; lo ampara una presunción relativa, *juris tantum*, al menos en lo que toca a su relación con los hechos punibles, aunque deba probar las excluyentes de incriminación y las causas de extinción penal que lo favorezcan; sin embargo, aun en este punto es discutible la existencia de una carga para el inculpado, puesto que aquéllas y éstas también se harán valer de oficio.

Claro está que la presunción de inocencia se modera, en el derecho y en los hechos, cuando se advierte la cantidad y calidad de molestias que es posible inferir al inculpado, no obstante su presunta condición de inocente: a la cabeza de esta comprensión de los derechos más elementales figuran la prisión preventiva y el aseguramiento de bienes.

La Constitución mexicana no menciona la presunción de inocencia. Lo hacen algunos ordenamientos procesales estatales y ciertos reglamentos sobre ejecución de sanciones. Más todavía, cabe preguntarse sobre la validez del principio bajo nuestra ley fundamental, si el proceso penal se construye precisamente sobre una hipótesis contraria, que siempre ha estatuido el artículo 19, y que actualmente mencionan tanto éste como el 16: la probable responsabilidad del inculpado, expresión que en el lenguaje forense se suele traducir como “presunta responsabilidad”.

Hablar de probable responsabilidad puede significar dos cosas: que la responsabilidad está sujeta a prueba, o que hay indicios bastantes para suponer que el indiciado probablemente es responsable del delito que se le atribuye. Lo primero implica que la prueba está pendiente; lo segundo, que ya se ha practicado y que sus conclusiones apuntan en la dirección de la responsabilidad penal. En el sistema mexicano se sostiene mejor esta segunda explicación, porque al incoarse el proceso y solicitarse orden de captura o de comparecencia, ya se ha cumplido un amplio trabajo probatorio en la etapa de averiguación previa.

En fin de cuentas —y dejando de lado las severas paradojas que imponen las medidas cautelares penales—, el propósito máspreciado de la presunción se mantiene a salvo: es el acusador oficial quien debe probar la culpabilidad, como condición para la pena; el inculpado no debe probar la inocencia, como condición para que se le exima de aquélla. Esto rige generalmente en el derecho nacional. Empero, hay desviaciones sobre las que es preciso reflexionar. Éstas se alojan en el artículo 22 constitucional.

La confiscación está proscrita por esa disposición, que determina en qué casos procede el decomiso de los bienes de una persona, o de aquéllos sobre los que ésta se conduzca como propietaria, resbaladiza hipótesis que puede poner en riesgo el interés de un tercero inocente. Los supuestos son dos: enriquecimiento ilícito de servidores públicos y delincuencia organizada.<sup>4</sup> El segundo motivo se detalla en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. El párrafo final del artículo 4o. de este ordenamiento dispone el decomiso de los “bienes propiedad del sentenciado (por delincuencia organizada y otros delitos relacionados con ésta) y aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”. A su turno, el artículo 29 autoriza el aseguramiento judicial de bienes, “quedando a cargo de sus tenedores acreditar la procedencia legítima de dichos bienes, en cuyo caso deberá ordenarse levantar el aseguramiento”. En el mismo sentido va el artículo 30.

Tomando en cuenta que el decomiso es una pena prevista en el código de la materia, debiera ser la consecuencia jurídica de la comisión de un delito, comprobado por el acusador en el proceso. Empero, no es esto lo que postulan los preceptos citados; en sus términos, el acusador no está obligado a probar que los bienes asegurados y decomisables son objeto, producto o instrumento del delito; lo único que se necesita es acreditar el derecho de propiedad que sobre ellos tiene el delincuente o demostrar que éste, aun no siendo propietario, se conduce como tal. Toca al inculpado la carga de acreditar la legítima procedencia de aquéllos.<sup>5</sup>

4 En 1999 se adicionó otra hipótesis: “No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen a favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.”

5 Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero de 1999, se reformó el segundo párrafo del artículo 40 del Código Penal Federal. Asimismo, se modificó el artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales y se derogó el artículo 182 de este ordenamiento. Estas modificaciones se refieren al aseguramiento de los instrumentos, objetos o producto del delito.

## X. MÍNIMA AFECTACIÓN DE INTERESES Y DERECHOS

La vida en sociedad impone, quíerese o no, una seria afectación de los intereses particulares. La construcción del sistema jurídico acerca de esos intereses afectados supone, inevitablemente, la limitación de los derechos privados, además del acotamiento de las atribuciones públicas. Siempre existen, por lo menos, las fronteras del derecho ajeno, en un extremo, y de las garantías individuales, en el otro. Este esquema de restricciones racionales y acotadas se ha llevado al proceso.

Es obvio que el enjuiciamiento apareja, desde los actos más sencillos hasta los más complejos, una vulneración de intereses en entredicho y una reducción, compresión o suspensión de derechos particulares. Ahora bien, de los principios de mínima injerencia, equilibrio e inocencia deriva otro principio específico, que debiera ilustrar —y de hecho así lo hace, en diversa medida— todas las instituciones procesales: la afectación racional de intereses y derechos, que se traduce en una vulneración mínima, la menor necesaria en las circunstancias concretas. En rigor, este régimen de mínima afectación es el saldo que resta del principio de inocencia.

A la mínima afectación, como principio rector del procedimiento penal, alude el segundo párrafo del artículo 3o. del ordenamiento procesal penal de Morelos: “Se reducirán al mínimo las molestias que el procedimiento ocasiona al inculpado, en forma compatible con las disposiciones de la ley, la búsqueda de la verdad y la buena marcha del procedimiento”. Claro está que aquí nos hallamos ante un criterio para la aplicación de la ley vigente, bajo las normas que ésta contiene; en una etapa anterior de las funciones del Estado, el legislador debe organizar el proceso en forma tal que efectivamente se reduzca al mínimo la afectación de intereses y derechos.

Esa misma norma ya fija —dentro de la corriente procesal que generalmente prevalece— las referencias que fundan los actos de molestia, tanto para el legislador que los autoriza como para los funcionarios que hacen uso de ellos: búsqueda de la verdad y buena marcha del procedimiento. Una limitación más amplia, desconectada de estas necesidades, sería excesiva, y por lo tanto, tiránica. Sólo anticiparía el castigo, yendo más allá de las exigencias del enjuiciamiento; sancionaría antes de que se acredite la legitimidad de la sanción.

Sería imposible mencionar ahora todas las manifestaciones de este principio en el proceso en general, y específicamente en el penal. Cabe decir que en éste es aún más relevante y delicada la operación de aquél:

están en predicamento los principales bienes de la vida. La historia demuestra que esa afectación, cuando se trata de persecuciones penales, puede llegar a excesos insoportables: de ello es ejemplo la tortura, no la ejecutada en contravención de las leyes —que es el tormento contra el que hoy luchan todas las naciones—, sino la aplicada bajo reglamento, oficial y minuciosamente, a título de medida conveniente y acaso indispensable para la buena marcha del proceso.

Tiene particular importancia el principio de mínima afectación en el sistema de los instrumentos cautelares. Es inexacto que éstos sean sólo personales en el proceso penal y únicamente patrimoniales en el civil. Los hay de ambas naturalezas en los dos órdenes. Sin embargo, en el penal las medidas sobre la persona son constantes, a tal punto que resultan características de él; por lo demás, aquí mismo existen y avanzan las de carácter patrimonial: el ámbito del aseguramiento —voz de extensa connotación— crece sin cesar.

El tema de mayor animación en este campo es la prisión preventiva, seguida de la libertad provisional. Difícilmente se sostendría que la privación cautelar de la libertad, antes de que exista condena, es un modelo de justicia; puede ser, en cambio, una reclamación del bien colectivo, de la seguridad, de la paz social. Bajo estas banderas ha viajado la preventiva, asediada por dos tendencias: reductora en la mayoría de los países, que ufanamente muestran las cifras reducidas de presos en espera de sentencia; y extensiva en otros, que no menos ufanamente exponen las cifras en las que se mira cómo disminuye la delincuencia.

El derecho procesal liberal o democrático utiliza la prisión preventiva con mesura; ahora bien, la mesura —esto es, la medida conveniente— depende de las condiciones generales de la sociedad y de las particulares de cada caso; difícilmente se podría elevar sobre otros cimientos. En México hay una serie de medios para descartar de plano o casuísticamente la prisión preventiva del inculpado: así, la previsión de sanciones no privativas de libertad o alternativas, por una parte, y la libertad provisional, por la otra. La trascendencia de ésta y los debates que hay en torno de ella explican que la institución de la libertad caucional haya sido la más frecuentemente revisada entre todas las de carácter penal que recoge la Constitución, y que no son pocas. Entre 1917 y 1997 ha habido cinco textos diferentes sobre este punto.<sup>6</sup>

6 A partir de 1997 no ha habido modificación alguna al artículo 20 de la Constitución; sin embargo, DR © 2000.

La reforma de 1996 a la fracción I del artículo 20 corrigió los numerosos y evidentes desaciertos del texto de 1993, pero además fijó un nuevo rumbo, pendiente de mayor desarrollo: la responsabilidad del juzgador en la concesión o la negativa de la libertad, y no solamente en la determinación de la garantía. Así, ha cesado parcialmente el régimen de prejuicio legal a propósito de la libertad provisional; subsiste la prohibición, *ope legis*, en el supuesto de los delitos graves: desafortunada expresión constitucional, seguida de una todavía menos afortunada recepción en los códigos procesales. El de Morelos (artículo 145), seguido por el de Tabasco (*idem*), abandonó la errónea formulación de prolijas listas de delitos graves; con mejor conocimiento de las características de la legislación penal —que traduce la gravedad del delito en severidad de la pena— invoca tanto la entidad y cuantía de la sanción aplicable como el dato de la reincidencia.

La mínima afectación trae consigo un sostenido esfuerzo por excluir o moderar otras medidas cautelares. Está excluida la incomunicación. Hay que observar cuidadosamente los movimientos legislativos en este ámbito: pudiera suceder que bajo la capa de una medida tradicional se incorpore otra novedosa. Esto parece ocurrir en el régimen del arraigo estatuido por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que corre las fronteras del confinamiento: de una circunscripción territorial a una vivienda; al suceder esto, el arraigo deviene detención o arresto.<sup>7</sup>

## XI. VERDAD HISTÓRICA

Los juristas suelen profesar dogmas incompatibles con la realidad, aunque eficaces para mantener el orden y la paz, como la famosa presunción absoluta de que todos conocen la ley, e incluso la interpretan rigurosamente, a sabiendas de que es insignificante el número de quienes verda-

bargo, a principios de diciembre de 1997 el presidente de la República presentó una iniciativa de reformas constitucionales contemplando el artículo 20, para establecer juicios en ausencia. Afortunadamente el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Justicia y de Estudios Legislativos, primera, de la Cámara de Senadores no aprobó esta propuesta.

<sup>7</sup> Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de febrero de 1999 se tipifica la desobediencia a un mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica (se adicionó un segundo párrafo al artículo 178 del Código Penal Federal). Asimismo, se reformaron los artículos 133 bis y 367 del Código Federal de Procedimientos Penales con el objetivo de contemplar la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica.



deramente la conocen, por un lado, y de que la interpretación vinculante sólo proviene de un tribunal de última instancia, por el otro.

A su vez, los procesalistas han incrementado el número de los dogmas mediante el curioso deslinde entre una verdad material o histórica y otra formal, que no coinciden necesariamente, y en ocasiones difieren a fondo. Ese deslinde resulta verdaderamente incomprensible para quienes miran la vida desde otra perspectiva, con absoluta objetividad. Pero además contribuye a que el juzgador quede mediatizado y la sentencia —que a su turno establece la verdad legal, receptora de la verdad formal— sea el conducto para afirmar inobjetablemente una falacia y extraer de ella ciertas consecuencias jurídicas.

El imperio de la verdad formal, que llega a ser consensual, no se halla en el proceso que ahora nos ocupa. Este procura la verdad histórica, es decir, el conocimiento del tema justiciable en sus términos auténticos y no como versión más o menos fabulosa de la realidad. La corriente procesal que más influyó en los estudios del proceso penal en México, sostuvo que la obtención de la verdad histórica constituía uno de los fines específicos del proceso penal. Así se instituye el principio de verdad histórica —que es, por cierto, la única verdad que existe—, ampliamente acogido por otras vertientes del proceso, sobre todo las de orientación social. A mi modo de ver, sería deseable que esta solución se extendiera a todas las ramas del enjuiciamiento. No objeto que las partes dispongan a su arbitrio, según las facultades que les reconozca la ley, sobre bienes disponibles; lo que me parece pernicioso es que esa dispositividad privada sobre la materia del proceso se traduzca en desacierto público a través de un procedimiento y una sentencia en los que se compromete el Estado y que se sustentan en una versión inexacta —a veces deliberadamente inexacta— de la realidad.

Ahora bien, la admisión del principio de verdad histórica supone el reconocimiento de potestades indagatorias del juzgador, esto es, entraña una actividad inquisitiva. De ahí que nuestras leyes —no todas, sin embargo— se pronuncien generalmente en favor de las diligencias para mejor proveer, que implican ir más allá de las probanzas solicitadas por las partes. Para que esta actividad no implique la asunción jurisdiccional de potestades persecutorias —lo cual nos llevaría de retorno al sistema inquisitivo— conviene acotar el alcance de la iniciativa probatoria judicial: debiera ser tal que no sustituya al Ministerio Público en su carga de acreditar las pretensiones que hace valer. La antigua regla de “favor al reo”

tiene aquí una de sus expresiones. También se podría adecuar a esta hipótesis el propósito de *ne reformatio in pejus* que hoy limita las resoluciones del tribunal de alzada, cuando sólo el inculpado impugna la sentencia.

Considero que el principio de verdad histórica implica otro más: la pertinencia de la prueba, a la que son tan desafectos ciertos asesores jurídicos, pero que es tan necesaria para la buena marcha de la administración de justicia. En este punto ha habido deplorables zigzagueos: algunas normas exigen que las pruebas conduzcan al conocimiento de los hechos cuestionados, y permiten al juzgador rechazar, *in limine*, las notoriamente frívolas o improcedentes; otras, suprimir esa exigencia y consienten la recepción de pruebas impertinentes. Si se tratara de un ejercicio académico o especulativo, esa admisión sería irrelevante; no lo es cuando se trata de resolver una controversia en el menor tiempo y con la mayor objetividad que pueda el juzgador. En los hechos, la admisión de pruebas impertinentes prolonga el proceso, distrae al juzgador y confunde a la opinión pública, que observa el juicio.

Los artículos número 4 de los códigos de procedimientos penales de Morelos y Tabasco incorporan específicamente el principio al que ahora me refiero:

El procedimiento penal se sujetará al principio de verdad histórica. El Ministerio Público en la averiguación previa y el juzgador en el proceso, llevarán a cabo todas las actuaciones conducentes a este objetivo y apoyarán con los medios a su alcance el desahogo de las diligencias pertinentes que propongan el inculpado y el ofendido con el mismo fin; y el artículo 60. resuelve que en la averiguación previa, donde no es el juez quien preside y ordena el proceso, el Ministerio Público “procurará el conocimiento de la verdad sobre los hechos y la responsabilidad de sus autores o partícipes. En tal virtud, estará obligado a recabar con igual diligencia las pruebas de cargo y descargo...”.

## XII. PRUEBA LIBRE

Instituciones tales como la defensa material y la verdad histórica se hallan estrechamente vinculadas a la libertad de prueba. Esta es tanto más necesaria cuanto que los progresos de la ciencia y la técnica aportan cada vez más elementos útiles para la función probatoria que caracteriza al enjuiciamiento, y que el código no podría prever específicamente. De ahí la conveniencia de admitir todos los elementos probatorios que puedan ha-

cer luz en el conocimiento judicial, con los límites de la pertinencia y la legitimidad de la prueba.

Ahora bien, la libertad de prueba se asemeja al acceso a la justicia. De nada vale que se consagre el derecho a la tutela jurídica del Estado, a través de la jurisdicción, si no existen los medios para obtener esa tutela en la práctica. Cuando no hay un verdadero acceso a la justicia, tampoco existe verdadera justicia, sino apenas discurso legal. Así ocurre con la libertad de prueba: ésta resulta inoperante, y por lo mismo inexistente, si el facultado para probar no consigue hacerlo por causas ajenas a su voluntad, que pueden deberse a la carencia de información o de recursos para allegarse elementos probatorios útiles. Esto mismo obstruiría la operación del principio de defensa adecuada.

En la realidad, el Ministerio Público dispone de amplísimas facultades para allegarse pruebas, por sí mismo, directamente, o por medio de otros, indirectamente. En efecto, el propio Ministerio Público constituye una magistratura investigadora, aunque en la realidad no haga pleno uso de las atribuciones investigadoras que incumben a sus agentes. Asimismo, le auxilian oficialmente dos brazos indispensables para la investigación: la policía judicial —a la que retiró esta calificación una reforma banal al artículo 21 de la ley suprema— y los servicios periciales. Además, está facultado para requerir el auxilio de cualesquiera particulares y autoridades. Finalmente, dispone del tiempo que necesite para esclarecer los hechos antes de acordar el ejercicio de la acción penal, salvo en los casos —todavía muy escasos— en que existe un plazo perentorio para el desarrollo de la averiguación previa, como ya ordenan los códigos de Morelos y Tabasco.

La situación del inculpado es muy diferente. Desde luego, no tiene el carácter de autoridad que corresponde al Ministerio Público, y por lo tanto carece de las facultades de éste. A menudo tiene conocimiento tardío de la averiguación, y por lo tanto se halla en desventaja frente a quien luego será su acusador y es, por lo pronto, su juez más o menos informal. No cuenta, ni siquiera en el mejor de los casos, con el aparato que auxilia al Ministerio Público. En tal virtud, debe allegarse a su costa pruebas en la averiguación previa y en el proceso. Difícilmente podría asegurarse que este desequilibrio se corrige mediante la condición del Ministerio Público como autoridad investigadora imparcial —expresión de su carácter de autoridad de “buena fe”, o mejor dicho, sujeta a la ley— y a través de la facultad judicial de requerir elementos de convicción solicitados por el

inculpado, e incluso autorizar que el erario soporte el costo de las pruebas ofrecidas por éste, cuando el interesado no pueda obtenerlas por sí mismo.

Obviamente no es sencilla la solución a este escollo práctico opuesto al principio de libertad probatoria, que lo vacía de contenido en el caso de inculpados verdaderamente desvalidos. Ni siquiera la reciente institución de la asesoría jurídica gratuita y oficial resuelve el problema, porque se halla muy lejos de contar con los medios de que disponen el investigador y el acusador, que son el mismo órgano. Sería necesario, pues, revisar a fondo el sistema de apoyos a las partes, desde el momento mismo de la averiguación previa, tanto en lo que respecta a la obtención de datos que sólo implican labor administrativa, como en la recaudación de elementos que aparejan conocimiento pericial.

### XIII. PRUEBA LEGÍTIMA

Parece imposible —no en los hechos, por supuesto, sino en el derecho que gobierna al proceso— que la búsqueda de la verdad se practique por cualquier medio; el orden jurídico, cercado por consideraciones morales, no podría mirar con indiferencia los métodos adoptados para llegar al conocimiento de los hechos. Esto trae consigo una suerte de inversión del antiguo y peligroso apotegma de que “el fin justifica los medios”. Hoy se podría decir, más bien, que “los medios justifican el fin”, en el sentido de que la legitimidad del método utilizado legitima el resultado obtenido, en tanto que la ilegitimidad de aquél cancela de plano ese resultado, aunque pudiera ser plausible por sí mismo.

En el derecho tradicional se solía decir —y aún se dice— que son admisibles todos los medios de prueba que no contravengan la moral o el derecho. A esto se ha agregado, sobre todo a partir de ciertos desarrollos jurisprudenciales anglosajones, una *exclusionary rule* (regla de exclusión), que rechaza las pruebas obtenidas en forma contraria a la autorizada por la ley. Desde luego, el rechazo no sólo abarca la eficacia de la prueba, sino su misma admisibilidad.

En rigor, la regla de exclusión, elaborada a partir de experiencias observadas precisamente en el procedimiento penal, se hallaba implícita en aquella otra regla clásica, en la que ya residía una amplísima reprobación de pruebas contrarias al derecho; este repudio, leído razonablemente, incluye a las pruebas obtenidas en forma contraria a las disposiciones jurídicas. Por otra parte, la inadmisibilidad, —o en todo caso la ineficacia—

de semejantes pruebas se deduce del régimen sobre forma de los actos procesales y nulidad de los que no satisfagan las formas aplicables.

En nuestro derecho reciente se han multiplicado los rechazos a la prueba obtenida ilegítimamente. Esta multiplicación, que técnicamente es errónea, ha obedecido al saludable propósito de proteger los derechos humanos del inculpado. Así, la Constitución priva de efectos probatorios a las intervenciones indebidas en la comunicación personal, a la confesión rendida ante una autoridad diferente del Ministerio Público o el juzgador, etcétera. Es comprensible, por motivos políticos, que estas exclusiones específicas se hallan llevado al texto constitucional, pero hubiera sido preferible establecer en ese mismo texto o en la legislación procesal secundaria que son inadmisibles cualesquiera pruebas practicadas en contravención de la ley. En realidad, una jurisprudencia perspicaz y rotunda hubiera podido ahorrar las reformas constitucionales —y más todavía: numerosos hechos deplorables— si hubiese dado pleno alcance a la regla tradicional que rechaza las pruebas contrarias al derecho.

#### XIV. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA PRUEBA

Se ha dicho, con una expresión incisiva que pudiera ser amarga para muchos justiciables, que en el proceso es tan importante tener la razón como probar la razón que se tiene. Para esto se necesita contar con un sistema probatorio idóneo, plegado a sendos principios; ya hablé de la prueba libre y legítima; a esto es menester agregar el régimen de valoración de la prueba.

Es innegable que el sistema de valoración tasada, que implica un prejuicio legal con respecto al juicio judicial, respondió en su hora a consideraciones estimables: se trataba de acotar el autoritarismo judicial, y en consecuencia confinar al juzgador como “boca que pronuncia las palabras de la ley”. Entre esas palabras figuraba la oración sobre el valor de las pruebas.

Sin embargo, la apreciación libre no estaba completamente derrotada. Sus supuestas virtudes se trasladaron al jurado, una institución de raíz liberal —entroncada con los movimientos insurgentes y revolucionarios, por supuesto adversos a la justicia del poder absoluto—, y quedaron traducidos en la solemne fórmula con que el juez advierte a los miembros del jurado sobre la formación del veredicto: para llegar a éste sólo hay que interrogar a la conciencia. Pero indagar en la conciencia no siempre

es inquirir a la razón. La absoluta libertad del jurado —es decir, el sistema valoratorio de libre convicción— es a la postre una manifestación de tiranía judicial, que obstruye la revisión de la sentencia.

Por ello va prevaleciendo el régimen de apreciación crítica, que obliga al juez a expresar las razones que lo persuadieron para dictar la sentencia que expidió. En un proceso gobernado por el más intenso realismo, como es el enjuiciamiento penal, difícilmente se justificaría otro criterio de valoración: el tasado es insuficiente y el libre es irracional. Tómese en cuenta, además, que el juzgador debe considerar puntualmente diversos temas: la existencia del hecho delictuoso, la relación que el inculpado guarda con éste y los datos —diversos y específicos— para individualizar la condena. Todo ello requiere prueba, y todo ello es materia de impugnación.

En suma, lo que procede es que el Ministerio Público al ejercitar la acción y formular conclusiones, y el tribunal al dictar sentencia definitiva —pero también cualquier resolución que se sustente en hechos acreditables— aprecie

las pruebas conforme a la sana crítica, tomando en cuenta para ello las reglas que fije la ley, los principios de la lógica y las máximas de la experiencia. En tal virtud, determinará la eficacia de las pruebas desahogadas, exponiendo en las resoluciones que dicte, los elementos en que se funde para asignarles o negarles valor y cuál es el que les otorga con respecto a los hechos sujetos a prueba (artículo 108 del Código de Procedimientos Penales de Morelos, y su correspondiente de Tabasco).

En nuestro sistema, dividido el procedimiento en averiguación previa a cargo del Ministerio Público y proceso de conocimiento en manos de un solo juzgador, es necesario examinar el valor que las pruebas practicadas por el Ministerio Público en la averiguación previa tienen en el proceso y para la resolución jurisdiccional. El tema ha suscitado constantes debates: se dice que no es posible negar valor concluyente a las pruebas desahogadas ante una autoridad que actúa en cumplimiento de su encargo constitucional. Por otra parte, se responde que la sentencia debe ser el producto de un juicio autónomo del juzgador: se trata de formar su convicción, que no podría quedar mediatizada por la convicción del Ministerio Público. Si así fuese, el órgano investigador daría un nuevo paso adelante en el ámbito del tribunal.

La solución se halla a media vía entre la admisión y la negativa tajantes, tomando en cuenta el régimen de valoración crítica de las pruebas, como referencia fundamental, las características de cada prueba y las condiciones en que fue recibida originalmente, sin llegar al extremo —que durante mucho tiempo campeó en la jurisprudencia a propósito de la confesión— de que la primera prueba necesariamente prevalece sobre la segunda del mismo género.

Un criterio interesante aparece en el citado artículo 108 del Código Procesal de Morelos:

El juez reconocerá el valor de las pruebas aportadas en la averiguación previa, si se practicaron con apego a este Código y no quedaron desvirtuadas por las pruebas desahogadas en el proceso. En este último caso, manifestará las razones que le asisten para negar valor a una prueba admitida en la averiguación previa y considerada por el Ministerio Público para el ejercicio de la acción.

## XV. DEFENSA ADECUADA

El acceso a la justicia, más allá de las expresiones declamatorias, se garantiza o aproxima a través de medidas concretas que permitan a los justiciables actuar con la asistencia adecuada ante los órganos administradores de justicia. Esta necesidad, que existe en todo tiempo y en todas partes, se actualiza más todavía en un régimen de derecho escrito y dentro de una sociedad moderna, cuyas complejas relaciones se hallan reguladas por un conjunto de disposiciones jurídicas cada vez más amplio y especializado. El propósito liberal de “desregular” las relaciones humanas no siempre halla correspondencia en la realidad. La práctica se contrapone al discurso. En aquélla, la regulación menudea; su abundancia trae consigo las ventajas y desventajas —éstas no son pocas— de una sobrerregulación de la vida. Añádase la excesiva movilidad del derecho penal y procesal penal, asediado por reformas, a veces necesarias y en ocasiones perturbadoras, que en todo caso han impedido el buen conocimiento de las leyes, la formación de una jurisprudencia trascendente y el arraigo de la doctrina.

El derecho mexicano ha extendido a los inculpados el derecho a la defensa; éste implica la facultad que aquéllos tienen de defenderse por sí mismos o por medio de un defensor de su confianza, y en ausencia de

éste, a través de un defensor de oficio provisto por el Estado. En los años recientes también hubo variaciones en este régimen, entre cuyas piezas fundamentales figura la defensoría de oficio. La ausencia de colegiación obligatoria, muy debatida, impide llevar a la defensa gratuita el esfuerzo y la experiencia de millares de abogados.

En 1993 se modificó el sistema de defensa previsto por la fracción IX del artículo 20 de la Constitución General de la República. En el proceso de reformas zozobró la propuesta de que el defensor del inculcado fuese siempre un licenciado en derecho; se opuso el vano y desconcertante argumento de que esto implicaría la adopción de un criterio “elitista” en materia de defensa, cuando en realidad se trataba de poner al alcance del inculcado una defensa experta y calificada. Otro error se filtró en esa misma fracción cuando se dijo que el inculcado tiene derecho a que su defensor “comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se requiera”. Es equivocado este texto, porque hay actos en los que resulta prácticamente imposible la comparecencia del defensor, como el libramiento y la ejecución de una orden de captura, que ciertamente son actos del proceso, y porque lo que debiera estatuirse es la obligación de la autoridad de notificar al defensor acerca de las diligencias que se practicarán en el proceso, y no la del propio inculcado —que puede estar sujeto a detención o a prisión preventiva— de hacerlo comparecer cuando se requiera.

Al lado de estos desaciertos, la reforma recogió un progreso muy estimable. En efecto, ya no aludió solamente a la defensa del inculcado, sino calificó a ésta como “defensa adecuada”, que es el concepto de la garantía constitucional prevista actualmente en aquella fracción del artículo 20. Esto implica un paso adelante en la asistencia jurídica. No es razonable suponer que defensa adecuada es la que obtiene la absolución del inculcado, sino sólo aquella que se desarrolla conforme a las reglas de la profesión respectiva y según las necesidades del proceso en el caso concreto, para que se respeten los derechos sustantivos y adjetivos que tutelan al inculcado.

En consecuencia, actúa adecuadamente el defensor particular o de oficio que despliega con diligencia razonable una capacidad suficiente en el sentido adecuado a los intereses del procesado. Obviamente, esta actividad debe sostenerse desde el primer momento en que aparecen los actos de defensa —que puede ser en el principio de la averiguación previa— hasta el final del proceso. No podría exigirse más ni admitirse menos bajo



el rótulo de la defensa adecuada, que utilizan el artículo 3o. del Código de Procedimientos Penales de Morelos y su equivalente de Tabasco al ordenar al Ministerio Público y al juzgador, “como autoridades que conducen el procedimiento en sus respectivas etapas”, cuidar “de que el inculpado esté al tanto de los cargos que se le hacen, cuente con defensa adecuada y ejerza de la manera más amplia los derechos que la ley le otorga”.

Evidentemente, la existencia de una defensa adecuada no exime al Ministerio Público ni al juzgador, en sus casos respectivos, de actuar conforme a sus obligaciones funcionales. Esto implica que el investigador sigue sujeto al deber de indagar con estricta objetividad los hechos aparentemente delictuosos y la probable responsabilidad del indiciado, y que el juzgador no queda a salvo de los deberes impuestos por los principios de verdad histórica y defensa material. En cuanto al Ministerio Público, persiste, pues, la necesidad de que reúna con la misma acuciosidad los elementos destinados a sostener los cargos y los conducentes a desvirtuarlos, para que el acto de ejercicio de la acción penal y las conclusiones que elabore se hallen siempre debidamente sustentados.

Un tema a considerar en este punto, apenas mencionado líneas arriba, es la competencia profesional del defensor. Pese al buen impulso que inicialmente tuvo —en lo que respecta a esta cuestión— la reforma constitucional de 1993, persistió la regla de libre defensa, cuyos efectos son perniciosos, no obstante la bondad de las intenciones que la inspiran. Para sortear el escollo que la libre defensa opone a la defensa debida, se ha establecido —y debiera extenderse— la posibilidad de que el Estado designe a un defensor de oficio, a título de asesor, nunca de sustituto, cuando el inculpado imperito ejerza su defensa o la encomiende a un lego. Esta medida fue introducida primero en la legislación procesal penal federal. Hoy existe en otras, como la de Morelos (artículos 163, penúltimo párrafo, y 180), que ordena al defensor de oficio coadyuvar en la formulación de conclusiones cuando el defensor no sea perito en derecho.

Por supuesto, la defensa adecuada, cuando se encomienda a un profesional del derecho, implica que el acto de conclusiones se ajuste también a los intereses del imputado. Debe suprimirse, como comienza a ocurrir en algunos ordenamientos la norma que permite al defensor abstenerse de formular conclusiones o presentarlas sin sujeción a regla alguna; el profesional del derecho debiera sujetarse a las reglas que en este caso vinculan al Ministerio Público (como disponen el artículo 180 del Código Procesal

de Morelos, y el del mismo número en Tabasco); no es menor la responsabilidad de aquél que la de éste.

La proclamación de la defensa adecuada no tendría mayor trascendencia práctica si no se garantizara por medio de sanciones que neutralicen las consecuencias de una asistencia negligente. Estas sanciones pueden ser de dos clases. Por una parte, es frecuente fijar en tipos penales diversos supuestos de conducta ilícita de abogados, defensores y litigantes. Por la otra, caben también —y se requieren— las sanciones procesales, cuya expresión más eficaz es la nulidad del procedimiento seguido sin defensa adecuada.

En la legislación procesal federal, esta última idea se concreta en la reposición del procedimiento “por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado”, declaración seguida de una lista limitativa de omisiones graves (artículo 388, fracción VII bis). Los códigos procesales de Morelos y Tabasco regulan la reposición “por no haber sido adecuada la defensa del inculpado”, y menciona las hipótesis en que esto sucede; asimismo, contiene una limitación pertinente, que evita la reposición innecesaria: “cuando baste con la suplencia de las deficiencias” en la expresión de agravios (artículo 208, fracción V, de Morelos; *idem*, de Tabasco).

Si recordamos lo que se ha dicho a propósito del acceso a la justicia y tomamos en cuenta que en el proceso penal se agitan los intereses contrapuestos del inculpado y del ofendido, concluiremos naturalmente que también éste requiere una defensa adecuada, o bien, si se prefiere otra expresión, una asesoría jurídica que por lo menos iguale los apoyos brindados al inculpado y al ofendido. En este sentido se pronuncia el último párrafo del artículo 20 constitucional, que elevó a la ley suprema algunos derechos consagrados por el derecho secundario, creó otros y redefinió alguno más, como ha sucedido con el derecho a recibir atención médica de urgencia, que es una faceta en el poliedro del derecho a la protección de la salud, recogido en el párrafo cuarto del artículo 4o.

Esa parte final del artículo 20 reúne derechos que tienen diversas correspondencias. Difícilmente se podría decir que el derecho a la reparación del daño —expresión insuficiente, porque no abarca el perjuicio— tiene su contrapartida en un deber patrimonial del Estado; más bien lo tiene en la creación de condiciones —legales, al menos— para que sea reparado ese daño. Pero no parece dudosa la contrapartida del derecho a recibir asesoría jurídica; al igual que la defensa, esa asesoría podría ser particu-

lar, y así se habría respetado el mandamiento, pero en defecto de aquélla debería ser oficial. Esto implica un servicio a cargo del Estado, sin anticipar decisión alguna acerca del conducto para brindarlo.

Considero que dicha asesoría no se concreta en el apoyo que el Ministerio Público brinda al ofendido. De ser así, hubiera sobrado la mención constitucional. Por otra parte, el órgano acusador no asesora al ofendido, sino promueve la reparación de daños y perjuicios a través de la acción persecutoria. Lo que se ha querido es dar al ofendido un apoyo profesional específico que lo oriente —aunque no lo represente— en sus actividades dentro del procedimiento penal. En mi concepto, la asistencia al ofendido debe atenerse a varias reglas: oportunidad, competencia profesional, suficiencia y gratuidad.

Los códigos Penal y de Procedimientos Penales de Morelos y Tabasco avanzan largamente en la tutela del ofendido. Para ello, suprimen la objetable e inoperante concepción de éste como simple coadyuvante, que ha constituido su confinamiento procesal en el curso de sesenta y cinco años, y restituyen a la reparación de daños y perjuicios su naturaleza de consecuencia civil de un hecho ilícito; por ende, el ofendido pasa a ser actor principal en este campo, y el Ministerio Público queda como actor subsidiario. Así se conjugan las posibles ventajas de ambos sistemas.

La ley procesal penal morelense obliga al Estado a suministrar al ofendido asistencia jurídica profesional; reconoce que ésta debe ser “oportuna, competente y gratuita a partir del inicio de la averiguación y hasta que cause ejecutoria la sentencia que afecte sus intereses”; y dispone que “el asesor jurídico del ofendido tendrá, en lo conducente, los mismos derechos y obligaciones que un defensor de oficio” (artículo 17; *idem*, Tabasco).

Aún queda pendiente la cuestión de la asistencia jurídica universal, como garantía de acceso a la justicia, asimismo en favor de todos los individuos. Es deseable que los numerosos y dispersos sistemas de gestión, asistencia, orientación o representación, depositados en numerosas procuradurías que no guardan conexión alguna entre sí ni obedecen a criterios unificados en la prestación de sus servicios, sean reunidos en un amplio sistema de asistencia jurídica, semejante al régimen de asistencia médica que se desea fincar por medio de la seguridad social. Si esta idea tropezara con el mito del Estado mínimo y la privatización a ultranza, subsistiría la necesidad de llegar al mismo destino por otra vía.

## XVI. DEFENSA MATERIAL

En esencia, la defensa material es una manifestación de la defensa adecuada. Sin embargo, es posible y conveniente distinguir entre ambas. Aquélla tiene que ver sobre todo con el régimen tutelar del inculpado —pero también del ofendido, en su caso— que la ley adopta y con la actividad que el Ministerio Público desempeña en la averiguación y el juzgador en el proceso. En otras palabras, la defensa queda también a cargo de la ley misma, que introduce medidas tutelares, y de la autoridad que conduce el procedimiento, sin que por ello resulten relevados, en lo más mínimo, el defensor del imputado y eventualmente el del ofendido. Esta defensa material, que no llega a reunir dos funciones procesales en un solo órgano —lo cual tendría cierto sello inquisitivo—, enlaza claramente con los principios de equilibrio y verdad histórica.

La defensa material retira las vendas de los ojos del juzgador, y de esta suerte acentúa la equidad en el proceso. Es así que llegan hasta el enjuiciamiento penal los vientos favorables de la corriente social del derecho, y en consecuencia decae el principio llamado de “estricto derecho”, cuya versión más rotunda se hallaría en el apotegma *summum jus, summa injuria*. Esto ha sucedido en todos los órdenes en que se quiere establecer la igualdad material —procesal— en lugar de la igualdad formal, cuyas consecuencias son bien conocidas y suficientemente deploradas cuando existe desigualdad real entre los contendientes. Ni siquiera el individualismo más exigente podría negar las ventajas de la restauración del equilibrio por medio de una razonable defensa material.

La defensa material más intensa se muestra en la disposición que ordena al Ministerio Público y al juzgador hacer valer de oficio las causas que excluyen la incriminación y las que extinguen la pretensión punitiva (artículos 24 y 82 del Código de Procedimientos Penales de Morelos; *idem*, Tabasco).

La suplencia de los agravios es una vena importante para que corra la defensa material. Existe en el juicio penal, cuando se trata del inculpado, y en el amparo penal. Ha permeado otros campos, cada vez más. Ojalá llegue a todos, como debiera alcanzarlos el principio de verdad histórica. La dispositividad de los intereses en juego no autoriza moralmente al tribunal —y no debiera autorizarlo jurídicamente— para desatender derechos o ignorar obligaciones, al ver con indiferencia o impotencia los errores de las partes, que suelen ser de sus asesores. La sociedad no entiende

muchas cosas de la justicia, que no pocos juristas tampoco aprueban; entre ellas se hallan los casos en que la “técnica” milita contra la justicia.

Tal vez la regla *jura novit curia* sea otra manifestación de la defensa material; de no ser así, lo cierto es que marcha en esa dirección, en cuanto la invocación del derecho aplicable no descansa sobre la ciencia y la diligencia del asesor. Todavía está pendiente la decisión unánime acerca del alcance de la máxima: ¿queda abarcada en ella la costumbre normativa?

No tengo dudas sobre el deber judicial de saber el derecho y atenerse a su propio conocimiento, por encima del dicho de las partes. En cambio, puede haber dudas sobre la veracidad de una presunción que atribuye al juez el más completo conocimiento de la ley federal y la local, los tratados internacionales y la jurisprudencia, más los reglamentos y otras normas de alcance general. Un asistente jurídico acucioso no confiaría a ciegas en la ciencia judicial, no obstante el progreso —todavía insuficiente— de los sistemas informáticos que ponen al alcance del juzgador las normas que debe tener a la vista para el buen despacho de sus atribuciones.

## XVII. INMEDIACIÓN

Uno de los principios más importantes en el proceso penal —y también, probablemente, en otras vertientes del enjuiciamiento, o acaso en todas— es el relativo a la intermediación judicial, entendida como relación inmediata y directa, estrecha cercanía, acceso sin intermediario, entre el funcionario que conoce y resuelve, por una parte, y las pruebas y los participantes en el proceso, por la otra. Cuando hablo de participantes en el proceso me refiero, ciertamente, a todos ellos —muchos de los cuales intervienen para fines probatorios—, pero principalmente al inculpado y al ofendido, y sobre todo aquél. No sobra recordar que la corriente procesal que más influyó en los estudios de los procesalistas mexicanos sostiene que la individualización del justiciable es uno de los fines específicos del proceso penal.

La idea misma de la justicia en el caso concreto, contenido de la sentencia, se halla en la norma del Código Procesal Penal de Morelos, que establece el principio de intermediación:

El juez procurará obtener el mejor conocimiento posible de todos los elementos que deba considerar legalmente para la emisión de una sentencia justa, conforme a las disposiciones aplicables. En consecuencia, recabará y analizará los

elementos conducentes a la adecuada individualización penal. Para ello se atenderá, con la mayor amplitud posible, a las reglas de la intermediación judicial en lo que respecta a la recepción de las pruebas y en lo que corresponde al conocimiento del inculpado y del ofendido (artículo 7o. de este ordenamiento; asimismo, del Código de Procedimientos Penales de Tabasco).

Esta norma de principio, programática, está servida y reforzada por las disposiciones que en el mismo ordenamiento crean condiciones concretas de individualización, a las que adelante me referiré.

Este asunto, que muestra una de las zonas en crisis de nuestra administración de justicia, se halla en el centro mismo del sistema penal moderno, del que forma parte el proceso. Algunos juristas han considerado, con absoluta certeza, que la individualización es el dato característico del derecho penal en el siglo XX. Por supuesto, me refiero al régimen de individualización en sus más diversas expresiones y peldaños: abarca la legislativa, la judicial y la ejecutiva, e igualmente comprende la aplicación de la ley en función del dolo y la culpa, por un lado, y de las características del delito y del inculpado y el ofendido, por el otro.

Cuando se examina el Código Penal federal, que en este punto ha informado y sigue informando, en amplia medida, a los demás ordenamientos del país, el acento se carga inmediatamente sobre los artículos 51 y 52, que son la sede de la individualización y el eje para el ejercicio del arbitrio judicial, una de las piezas clave de nuestro sistema. Y estos preceptos, reformados algunas veces —con fortuna o sin ella—, han contenido reglas procesales al lado de las estrictamente sustantivas. Entre aquellas —removidas por una innecesaria reforma de 1993— figuraron las disposiciones de los párrafos penúltimo y último del artículo 52: una ordenaba al juez tomar conocimiento directo del inculpado, de la víctima y de las circunstancias del hecho, y otra le obligaba a requerir estudios de personalidad y otros elementos necesarios para la aplicación de las penas en cada caso. Esta norma, mejorada, figura en el párrafo inicial del artículo 58 del Código Penal de Morelos y 56 del Código Penal de Tabasco.

La misma preocupación rige en el caso del Ministerio Público, que también se halla obligado a hacer su parte en el trabajo de individualización, habida cuenta de que no es un querellante particular, en pos de castigo y resarcimiento, sino un órgano del Estado —es decir, un órgano de la ley— que también se interesa, funcionalmente, en la más razonable individualización posible.

Acaso se podría decir, aunque no se acostumbre hacerlo, que la fracción VI del artículo 20 constitucional involucra este régimen de inmediación, cuando dice que el inculpado “será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos”. Es obvio que si se trata de juzgar en audiencia a la que tienen acceso los ciudadanos, el Constituyente ha querido que en ella se hallen presentes tanto el juzgador como el jurado, en su caso, para que ante ellos —y no lejos de ellos— se desenvuelva el juicio. Sin embargo, la audiencia de juicio prácticamente ha desaparecido —quizá por el hecho de que aquí se cuenta con juez bifuncional, es decir, quien instruye también resuelve— y la inmediación se ha enrarecido.

La intermediación destaca en prevenciones que de plano exigen la presencia del funcionario investigador del Ministerio Público y del titular del órgano jurisdiccional para la eficacia de actos procesales. Este ocurre en lo que se refiere a la confesión, por partida doble. Así, se requiere que la confesión determinante de la apertura del proceso sumario sea “rendida precisamente ante la autoridad judicial”, o exista “ratificación ante ésta de la rendida ante el Ministerio Público”, norma del artículo 152, inciso b), fracción II, del Código Federal de Procedimientos Penales, que se ha recogido en la legislación de entidades de la república.

Además, para que la confesión misma sea admisible, es preciso que se formule ante el Ministerio Público o el juzgador. La propia Constitución dispone, enfáticamente, que la rendida por el inculpado ante cualquier otra autoridad, o bien, ante el Ministerio Público o el juez sin la asistencia del defensor, “carecerá de todo valor probatorio” (artículo 20, fracción II). Esta regla es otra expresión de un constante esfuerzo normativo: acotar la actividad de la policía judicial, que la Constitución siempre ha considerado auxiliar del Ministerio Público, lo que implica que carece de autonomía en la persecución de los delitos.

Por otra parte, si se piensa en otros principios indiscutidos —aunque no siempre celosamente observados— del proceso penal, se cae en la cuenta de que son en cierto modo dependientes de la intermediación. Tal es el caso de la oralidad. ¿Qué sentido tendría ésta si las diligencias principales del juicio no se desarrollan íntegramente ante el juzgador? Y algo semejante se podría decir de la publicidad. Sería extravagante asegurar la presencia del público, sin exigir la del juzgador. La concentración también tiene ligas importantes con la intermediación.

No obstante esta suma de razones técnicas y jurídicas que militan en favor de la intermediación, a tal punto que la falta de ésta altera sustancial-

mente la administración de justicia penal, lo cierto es que muchas diligencias se desarrollan en ausencia del juez. No sólo sucede, es verdad, en el enjuiciamiento penal, sino en muchos otros campos del proceso. El titular de la potestad jurisdiccional, que debe valorar las pruebas y resolver previo conocimiento del inculpado, el ofendido y las circunstancias del hecho, recibe su información de una doble fuente, que no es su propia experiencia: los comentarios del secretario judicial, por una parte, y los datos —escritos, por supuesto— que figuran en el expediente. Si se ha dicho, a propósito del valor de la prueba practicada ante el Ministerio Público, que éste no es “ojos y oídos del juzgador”, lo mismo, exactamente, se podría decir de los auxiliares de la función jurisdiccional: tampoco ellos son ojos y oídos del tribunal.

Para eludir la inmediatez, se aduce la excesiva carga de trabajo en los tribunales, observación que desde luego corresponde a la realidad. La carga suele ser excesiva, en virtud de una serie de factores que no corresponde examinar ahora. Sin embargo, lo que resultaría necesario en tal caso es revisar y corregir dichos factores —entre ellos la estructura misma del proceso penal—, pero no prescindir de la inmediatez, que es tanto como abdicar de la responsabilidad del tribunal y constituir las secretarías judiciales en otros tantos juzgados. En todo caso, lo debido es dividir el trabajo probatorio entre el titular del tribunal y el secretario judicial que lo asiste; éste sólo podría preparar, diligentemente, el desahogo de las pruebas, pero no recibir, por delegación del juez, la indelegable potestad de presidir la audiencia en la que aquéllas se presenten.

La puntual observancia del principio de inmediatez, como de otros que rigen en el proceso —o que debieran regir en él— implica el reconocimiento de que se traduce en actos procesales concretos, cuya perfección se mide a la luz de su integridad formal. En ausencia del juez, no hay verdadera audiencia y no puede reconocerse eficacia a las diligencias aparentemente judiciales que la conforman. Por ello, en los códigos de procedimientos penales para Morelos y para Tabasco es causa de reposición del procedimiento, esto es, existe un motivo de nulidad del proceso, “haberse celebrado el juicio sin asistencia del juzgador que debe sentenciar, de su secretario o testigos de asistencia y del Ministerio Público” (artículo 208, fracción IV).

Me parece útil transcribir aquí el texto íntegro del artículo 79 del Código del ordenamiento morelense, con su correspondiente en el de Tabasco, que ilustra sobre las consideraciones que hago en esta parte de mi ex-



posición y que se halla relacionado, obviamente, con el artículo 108 que arriba mencioné. Dice aquel artículo:

En el procedimiento judicial se observará estrictamente el principio de inmediación. En consecuencia, todas las pruebas que se aporten al proceso serán desahogadas ante el juzgador o el secretario que en caso de falta o ausencia del titular se encuentre por ministerio de ley a cargo del tribunal. El juez podrá disponer que el secretario prepare la presentación de las pruebas, tanto en actuaciones previas a la celebración de la audiencia en la que deban desahogarse, como en el curso de la propia audiencia, pero en ningún caso delegará el juez la recepción misma de las pruebas. Carecerán de valor las pruebas que no sean recibidas por el titular del órgano jurisdiccional, que presidirá la correspondiente audiencia de desahogo. Además, incurrirán en responsabilidad el juzgador que permita, autorice o no corrija la indebida recepción de pruebas, y el funcionario o empleado que por cualquier motivo participe en ella.

## XVIII. DILIGENCIA

En la experiencia de los justiciables resuena una expresión muy socorrida: “justicia retardada es justicia denegada”. Finalmente, la innecesaria demora en la solución de la controversia cancela el principio de acceso a la justicia; a lo más se ha tenido un acceso a la oficina judicial, pero no a la respuesta jurisdiccional, que es el contenido del derecho público establecido en el artículo 17, y que debiera ser pronta, completa e imparcial; además de justa, por supuesto. No extraña que el Poder Revisor de la Constitución haya puesto en primer término la prontitud, como mascarón de proa, aun a costa de dejar para el final la imparcialidad.

La diligencia procesal, que se traduce como justicia oportuna, comprende una serie de expresiones y experiencias, diversas entre sí pero coincidentes en el objetivo final que se busca: celeridad, economía y concentración son algunas de ellas. Todo el orden del procedimiento debiera repensarse a la luz de estos extremos, que tienen un límite estricto: la garantía de defensa, cuestión de fondo, aunque también de fondo sea —y no sólo de forma, como se suele decir— la diligencia judicial que culmina en una justicia oportuna.

Es obvio que la celeridad requiere, por lo menos, suficiencia en órganos de procuración y administración de justicia, defensa adecuada, buena distribución de la competencia, tipos procesales eficaces y pleno aprove-

chamiento del tiempo. La idea de obtener celeridad a base de reducir plazos procesales puede conducir a soluciones absurdas, contra las que luego se rebelará la realidad. Mejor sería explorar los tipos de proceso abreviado: sus fundamentos, generalmente asociados a la facilidad de la prueba sobre el objeto del proceso; su estructura y su necesidad.

No sobra poner énfasis en esto último: si los enjuiciamientos sumarios y sumarísimos ofrecen plenas garantías a la justicia y a los justiciables, es preciso marchar por esa vía, necesariamente, cada vez que se actualicen sus supuestos; si no ofrecen tales garantías, lo debido es suprimirlos o sustituirlos. En cambio, parece absurdo —aunque pudiera ser rentable— que la defensa elija entre el procedimiento ordinario y el sumario, aunque estén satisfechas las condiciones para el desarrollo de éste.

## XIX. ORALIDAD

La oralidad es uno de los principios más frecuentemente invocados y más raramente entendidos o aplicados en algunos sistemas de enjuiciamiento penal. Se sabe bien que oralidad no implica el abandono de toda constancia escrita sobre los actos del procedimiento. De hecho, la supresión de estas constancias entorpecería, hasta impedirlo de plano, el control de la justicia de primera instancia por la superior en grado, además de que haría prácticamente imposible la casación o control de legalidad de las sentencias. Oralidad sólo significa relevancia de las actuaciones practicadas de viva voz por los participantes procesales, en forma tal que aquéllas sean el sustrato para la resolución definitiva.

Nuestros códigos proclaman la oralidad en el proceso penal, pero la práctica milita contra ella. Los tropiezos de la intermediación, la discontinuidad del proceso —tramitado a largos intervalos y en un tiempo prolongado—, la supresión de verdaderas audiencias públicas y otros tropiezos del enjuiciamiento cotidiano, privan de sentido y posibilidades a la oralidad. En efecto, ¿de qué serviría ésta si el juzgador no se halla presente en la audiencia, para escuchar —él mismo— las declaraciones de los participantes? ¿Qué sentido tiene la oralidad si las conclusiones de las partes, que son el análisis del material instructorio, se cumplen exclusivamente por escrito? ¿Qué oralidad podría haber donde no existe audiencia de fondo?

## XX. PUBLICIDAD

Entre los medios de control de las funciones del Estado se halla la opinión pública. Esta es, junto con el sufragio, uno de los instrumentos característicos de la democracia. El antiguo secreto de las actuaciones, típico del sistema inquisitivo, cedió su lugar a la publicidad, más o menos amplia, de los actos del procedimiento; publicidad que nunca ha sido absoluta, ni podría serlo. Los vientos de Inglaterra y la Revolución francesa llevaron a la justicia ingredientes populares que llegarían a ser democráticos. Uno de ellos fue el jurado, que introdujo al pueblo como sujeto del proceso, a título de juzgador sobre los hechos; otro fue la publicidad de ciertas diligencias, que dio al pueblo la condición de espectador del enjuiciamiento, y por ende contralor de éste y analista de las decisiones jurisdiccionales.

Es obvio que esta última misión de la publicidad contiene, en potencia, elementos muy benéficos para la administración de justicia. Así lo entendió la Constitución mexicana al disponer la publicidad de la declaración preparatoria y la audiencia de juicio (artículo 20, fracciones III y VI). Empero, hay hechos que militan contra la publicidad y sus ventajas. Así, la carencia de condiciones materiales para la presencia del público, la informalidad de las actuaciones, la pérdida de la intermediación judicial, alejan al pueblo de los recintos de la justicia. Otro tanto ocurre, como es obvio, con la generalizada supresión de la audiencia de fondo —que debiera ser el acto central del proceso—, por obra de una práctica inaceptable y como consecuencia, probablemente, de la bifuncionalidad del juez penal en México: si quien sentencia ya instruyó, parece excesivo pedirle que nuevamente reciba pruebas que ya ha recibido.

Hay otros aspectos de la publicidad del procedimiento penal. El pueblo ya no asiste solamente como espectador en la sala de audiencias; los medios de comunicación social y el desarrollo de la electrónica han ampliado extraordinariamente las posibilidades de difundir los actos de la investigación y el juicio. Se conocen por medio de la radio, la televisión, la prensa escrita, *la internet* y otros sistemas a los que tienen acceso millones de interesados o curiosos. Aquí hay un arma de doble filo. Por una parte, atiende a la necesidad de que el enjuiciamiento no sea un suceso doméstico, en los recintos y por los personajes del Estado, actuando a solas; por otra, expone al investigador y al juzgador a presiones intensas de

la opinión pública, en favor o en contra de la justicia, que para algunos pudieran ser irresistibles.

El funcionario que conduce el proceso, y quienes con él colaboran, deberán dar muestras —que pudieran acarrear consecuencias desfavorables para ellos— de verdadera independencia. Hoy día, vencidas las tentaciones autoritarias del Estado en la mayoría de las naciones calificadas como democráticas, quedan por resolver las tentaciones del mismo signo —es decir, autoritarias— de la opinión pública, cuando ha prejuzgado y exige que el juicio se ajuste puntualmente al prejuicio. La demagogia siempre hace guardia en los estrados de la justicia.

No sobra reiterar una vez más que el buen desempeño del principio de publicidad se relaciona con la debida aplicación de los principios de intermediación y oralidad, entre otros.

## XXI. LEALTAD Y PROBIDAD

El carácter ético del proceso —y en definitiva del orden jurídico—, se muestra en la invocación de estos conceptos con evidente contenido moral: lealtad y probidad. El principio que se caracteriza bajo este rubro implica que el proceso sea un medio digno, justo, eficiente, transparente, para la solución adecuada de los conflictos; no un método para la aventura de apetitos inadmisibles —aunque los haya en la entraña de muchas controversias— o la satisfacción de pasiones vindicativas o revanchistas.

Si la justicia pública pretende constituir una solución civilizada de las contiendas, es preciso que ella misma —esto es, la propia administración de justicia, que se concreta en el proceso, o más ampliamente en el procedimiento— implique actuaciones civilizadas, consecuentes con aquel objetivo eminente. Esto desalentaría la litigiosidad frívola y puramente agresiva y restituiría a las vías procesales su condición moral genuina.

En otro trabajo, a propósito de la justicia agraria, hice ver que hay litigantes deshonestos —perdido el escrúpulo moral y desechado el control jurídico—, en sociedad con abogados corrompidos y funcionarios interesados o venales, que hacen del proceso un medio para satisfacer codicias o saciar venganzas. El juzgador perspicaz y honorable —y antes que él, en el periodo de instrucción administrativa, el Ministerio Público investigador— debiera impedir estas desviaciones de la justicia. Sin embargo, es un hecho que el proceso sigue sirviendo, en no pocos casos, a propósitos indignos.

Claro está que con todo esto no se pretende ignorar las diferencias y distancias entre el sistema ético y el sistema jurídico, y en tal virtud, entre las normas de uno y otro órdenes del comportamiento. Pero aquí, como en pocos ámbitos, queda de manifiesto la raíz común de la moral y el derecho: si no son idénticos, tampoco son antagónicos, o no debieran serlo. Si el proceso pierde su carácter ético —en el sentido de ser un medio digno para la obtención de un objetivo igualmente digno—, pronto perdería el respeto de los justiciables y cancelaría la esperanza en la paz honorable a través de la justicia.

Por supuesto, la lealtad y probidad no abarcan solamente a los contendientes y a sus respectivos asesores o asistentes; comprenden al juzgador y a todos los funcionarios que intervienen en el procedimiento penal: más todavía a éstos que a los propios interesados, porque los funcionarios sólo conocen una guía de conducta, que gobierna jurídicamente sus funciones: la legalidad estricta.

Evidentemente, el régimen de apercibimientos y sanciones procesales sirve al control de lealtad y probidad de los participantes en el enjuiciamiento. Pero hay otro género de instrumentos de los que debe echarse mano: así, las reglas sobre forma y contenido de denuncias y querellas, publicación de éstas y de las resoluciones definitivas, prueba pertinente, conclusiones ceñidas a los puntos del debate, impugnación razonable, consecuencias penales de la imputación calumniosa, el fraude procesal, el falso testimonio, etcétera.

Como sucede en otros casos, este principio se halla vinculado estrechamente con otras reglas del proceso; así ocurre, por ejemplo, con los principios de mínima intervención, intermediación, individualización, diligencia procesal y varios más.

## XXII. EJECUCIÓN OFICIOSA DE LA SENTENCIA

A diferencia del proceso civil, en que suele persistir la vía de apremio a instancia de parte, en el penal prevalece la ejecución oficiosa de la sentencia. En ésta tiene interés la sociedad; su cumplimiento puntual no puede quedar a la buena voluntad o a la recta intención de los participantes en el proceso. Una vez expedida la sentencia, el tribunal debe hacerla saber a la autoridad ejecutora, que a su vez tiene la atribución y el deber de ejecutar de oficio y sin demora. También el Ministerio Público, más como órgano del Estado al servicio de la ley, que como acusador oficial y

parte en el proceso, tiene la obligación de cuidar que se ejecuten puntual y legalmente las resoluciones definitivas de los tribunales.

Valdría la pena volver sobre la operación de este principio en otros órdenes del proceso, todavía librados a la vía de apremio. Si bien es cierto que la tutela del propio interés, tratándose de bienes disponibles, incumbe sobre todo —y a veces exclusivamente— al titular de aquél, también lo es que la atención a las decisiones jurisdiccionales del Estado implica un nuevo interés que se suma al particular e incluso lo trasciende: una vez que se ha requerido al Estado la impartición de justicia, el acto en el que ésta se concreta —la sentencia firme— ya no importa apenas al requirente o a su contraparte; importa al Estado mismo, como factor y consecuencia del orden jurídico mismo; la desatención indolente o maliciosa no pone en predicamento únicamente los derechos de quien obtuvo sentencia favorable, sino además la eficacia del sistema jurídico y la capacidad decisoria del Estado.

En fin, los juzgadores debieran proveer siempre al cumplimiento de sus determinaciones, así las que se produzcan en el curso del procedimiento como la que pone final a éste y contiene un nuevo acto de creación del derecho: la norma individualizada constituida por la sentencia. Y si el juzgador no lo hace, actuando de oficio para la observancia de sus propios mandatos, debiera hacerlo el Ministerio Público, actuando como promotor y custodio del régimen de derecho.

## EL MINISTERIO PÚBLICO\*

El Ministerio Público mexicano tiene antecedentes o raíces diferentes, de diversas procedencias. Me referiré en seguida a algunos de estos elementos que se congregan en la moderna institución nacional, severamente asediada por tensiones y pretensiones que lo desconocen, o confunden los males de las personas con supuestas deficiencias de la institución. Seguiré en esta parte de la exposición los lineamientos que ha postulado una difundida doctrina. Debo advertir que estos componentes observados por los autores mexicanos en la formación histórica del Ministerio Público de nuestra nación, también se advierten por algunos tratadistas sudamericanos en sus propias versiones o expresiones del Ministerio Público. Finalmente somos todos —sudamericanos y mexicanos— oriundos de una misma cultura jurídica y compartimos muchos avatares y esperanzas sociales, morales y políticas.

El primer dato a considerar es el promotor fiscal de la colonia. Este llegó al México independiente; representa la huella de las viejas instituciones coloniales que la insurgencia quiso desarraigar, pero que persistieron hondamente en el derecho común y en la organización judicial.

Cuando nuestro país, como otros muchos, advino a la independencia, se afaná en la construcción de nuevas instituciones políticas, pero dejó pendiente por lo pronto —porque quizá no tenía la necesidad o la energía para hacer otra cosa— la recreación del orden jurídico ordinario. Los derechos penal y civil de la colonia subsistieron largamente en el México independiente. Lo mismo ocurrió en muchas instituciones jurisdiccionales, como la del promotor fiscal, que se sostuvo hasta bien entrado el siglo XIX.

El segundo dato importante en esta relación es el Ministerio Público francés. A diferencia del promotor fiscal, que es huella de las viejas instituciones españolas, el Ministerio Público francés implica la presencia en

\* En *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1997, pp. 1-13.

nuestro escenario histórico de la nuevas instituciones vinculadas a la Europa liberal, que la independencia quiso arraigar.

Se diría que los hombres que poblaban México en aquella etapa del siglo XIX heredaron al promotor fiscal, pero desearon al Ministerio Público francés. Así, paulatinamente lo incorporaron en la corriente de las instituciones republicanas. Seguramente pensaban que en el país de su origen moderno, Francia, el Ministerio Público había contribuido a demontar el antiguo régimen inquisitivo y a separar al acusador del tribunal.

El sistema inquisitivo tradicional integraba todas las funciones procesales en un sólo órgano, el tribunal, que asimilaba la defensa y la acusación. El Ministerio Público implica la desagregación de estas funciones, y por lo tanto de estos órganos; se independiza la función de acusar con respecto a la de juzgar. En suma, se extrajo del tribunal al acusador.

De aquellos años franceses, en el final del siglo XVIII y el inicio del XIX, nos llega una bella expresión de Portalis, uno de los juristas más celebrados de su tiempo, que concurrió en la construcción del derecho moderno de Francia. Al examinar la institución del Ministerio Público, escribió: “El Ministerio Público da un órgano a la ley, un regulador a la jurisprudencia, un consolador apoyo a la debilidad oprimida, un formidable acusador a los malhechores, una salvaguarda al interés general, en fin, una suerte de representante al cuerpo entero de la sociedad”. ¡Qué magnífica visión sobre el Ministerio Público, y qué espléndida misión asignada a un organismo que estaba naciendo! Este es el Ministerio Público que miró Portalis en los albores del siglo XIX; yo diría: este es el Ministerio Público que quisiéramos tener en México al cabo de este siglo XX que ya se nos va de las manos y en los inicios del siglo que llega.

Un tercer elemento en la formación del Ministerio Público mexicano es, al decir de algunos, la *procuratura* soviética. Esta fue una institución del derecho soviético, que se ha desmantelado, relacionada con el principio de legalidad y la defensa de los derechos de los ciudadanos. No me atrevería a decir si en la realidad estricta, bajo lo que hemos llamado el socialismo real, la *procuratura* funcionó como defensora, escudo o garantía de los derechos de los ciudadanos, pero esa fue la *procuratura*, y hay quienes dicen que pudo haber llegado hasta nuestra República e influido de algún modo en el desarrollo del Ministerio Público mexicano, durante el siglo XX.

Otro elemento relevante es el *attorney general* de Estados Unidos, es decir, el abogado general, el ministro de Justicia o jefe del Departamento



de Justicia, procurador, gran fiscal. Éste influyó ciertamente en la organización y en las funciones del Ministerio Público, particularmente en la Procuraduría General de la República. En la historia constitucional de Estados Unidos, el *attorney general* apareció prácticamente cuando nacía la federación americana. El primer procurador fue también el primer consejero jurídico del presidente de Estados Unidos de América, Jorge Washington. Esa tradición dos veces centenaria, que se ha conservado allá, lamentablemente —a mi modo de ver— se ha perdido aquí.

Por último, dato germinal en la constitución del Ministerio Público de nuestro tiempo reside en las diversas experiencias, realidades y requerimientos nacionales, que son el dato mexicano de nuestra institución. Recordemos que la justicia, los órganos de ésta, todo lo que se halla en el claroscuro alrededor de ese tema, figuró entre las cuestiones básicas de la Revolución mexicana. Con una gran frecuencia destacamos que esta Revolución tuvo que ver con las reivindicaciones agrarias y con las reclamaciones obreras del proletariado naciente; desde luego, tuvo que ver con estas reivindicaciones. Pero también tuvo que ver con la justicia.

La justicia del porfiriato fue quizá, como lo había sido la justicia de los borbones en Francia, al cabo del siglo XVIII, uno de los factores que más intensamente agitó las conciencias y provocó la ira, el deseo de subversión de los revolucionarios, allá y aquí. El régimen porfiriano, que algunos celebran, tuvo una justicia brutal y corrupta, contra la que también se insurgió el pueblo mexicano. Todo lo que significara tribunales, policía, cárceles, jefes políticos, leyes penales y Secretaría de Justicia, fue impugnado a fondo por los revolucionarios de 1910 y lo sería por los revolucionarios constituyentes de 1917.

Ahora bien, si se miran las cosas como aparecieron en las deliberaciones del Congreso de 1916-1917, el descrédito generalizado de la justicia, sus órganos y sus procedimientos no había alcanzado al Ministerio Público, que sería visto como institución revolucionaria en un doble sentido: primero, como un instrumento para demoler la justicia penal del porfiriato; luego, en su forma definitiva, como una construcción característica —casi emblemática— de la Revolución mexicana.

Eso se mira en el planteamiento dual de Carranza a propósito del artículo 21 de la Constitución, ampliamente conocido y que sólo evocaré brevemente. Recordemos que cuando Carranza envió su mensaje al Constituyente de Querétaro, destinó sustanciosos párrafos a la exploración de la justicia prevaleciente y a la propuesta de un precepto que, con distintas

modificaciones, sería el artículo 21 en vigor. Se deslindaba tajantemente el quehacer investigador, persecutorio, del Ministerio Público, del quehacer juzgador del tribunal.

En su mensaje sobre el artículo 21, luego secundado por los oradores que participaron en el Congreso de Querétaro, Carranza daba cuenta y razón de los enormes abusos cometidos por la judicatura del porfiriato, particularmente por los jueces instructores en materia penal que se encontraban a la cabeza de la función y de los organismos de la llamada policía judicial, entendida como función y como conjunto de órganos a los que se asignaba esta función.

Al exhibir las lacras y deficiencias de los órganos jurisdiccionales en materia penal, Carranza exaltaba las virtudes del Ministerio Público y pretendía —gran pretensión revolucionaria— que este Ministerio Público asumiera en lo sucesivo la tarea de investigar, integrar averiguaciones y perseguir el delito, ejercitando la acción penal ante los tribunales. En sus manos estaría garantizada esta actividad. Por ello se dijo: el Ministerio Público será garantía de la libertad. He aquí una frase muy semejante a la de Portalis, pero acaso muy distante de la que podríamos escuchar de los mexicanos si les pidiésemos un juicio sobre el Ministerio Público del presente. Aquéllo fue lo que quiso crear Carranza. Destaquemos que el Ministerio Público no se hallaba desprestigiado, sino altamente prestigiado, y por eso el Constituyente del 1917 lo colocó en el centro de las nuevas instituciones de la justicia penal que asumía la República mexicana.

¿Cómo ha evolucionado el Ministerio Público a partir de estos antecedentes y estas raíces que he descrito brevemente? Ha evolucionado en distintos planos. Podemos separarlos para fines expositivos. En cuanto a la materia orgánica, ha cambiado su estructura. Lo ha hecho también en lo que se refiere a sus atribuciones. Asimismo, se ha modificado su función social y ha variado el juicio que sobre él suscribe la opinión pública. Éstas podrían ser, quizá, las tres perspectivas para observar el paso del Ministerio Público mexicano entre 1917 y 1996.

Por lo que toca al aspecto orgánico, ha ocurrido y persiste la integración del Ministerio Público en el Ejecutivo Federal, con rasgos propios. Este es, por cierto, uno de los grandes temas polémicos en torno al Ministerio Público mexicano. ¿Dónde debe instalarse?, ¿en el Poder Ejecutivo, la administración?, ¿en el Poder Judicial?, ¿debe integrar un ente distinto y distante de estos dos, hasta constituir una especie de cuarto poder?, ¿qué es lo razonable?, ¿qué es lo pertinente y debido?

Para contestar, no olvidemos que en México ya recorrimos parte de esa historia, que algunos analistas —no los impugno— quisieran repetir. Vale la pena recordar que ya la vivimos, porque antes de 1917 el Ministerio Público estuvo integrado entre las instituciones judiciales, es decir, formó parte del Poder Judicial. Así que esa historia la vivimos ya, y parece que no tuvo el éxito que sus partidarios de entonces y de ahora han querido atribuirle; tales son, al menos, los datos que arroja la historia.

Si buscamos en nuestra Constitución Política el precepto que se refiere al procurador general de la República y al Ministerio Público Federal, lo hallaremos entre las normas correspondientes al Poder Judicial. No deja de extrañar que estas figuras, claramente integradas en el Poder Ejecutivo, ese procurador, que forma parte del gabinete presidencial, y esa institución del Ministerio Público, que tiene un carácter tan acusadamente administrativo, estén sin embargo alojados en una norma que a su vez se localiza entre los preceptos sobre el Poder Judicial. Sin embargo, el motivo es evidente: se trata de un arrastre histórico, porque alguna vez el Ministerio Público formó parte del Poder Judicial. Alguna vez el procurador general de la República y el fiscal general de la nación fueron magistrados —diferentes entre sí— de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el rango de ministros; fue en 1900 que se les extrajo de la Suprema Corte de Justicia y se les convirtió en un solo funcionario, con un conjunto de funciones, incorporado en el Poder Ejecutivo. En suma, la historia de la pertenencia del Ministerio Público al Poder Judicial la hemos vivido ya; vale la pena tomarlo en cuenta.

También hay que considerar que el Ministerio Público presenta, sin embargo, una serie muy importante de datos característicos que lo separan de las demás dependencias y figuras del Ejecutivo, federal o local, según sea el caso. Esto se pone de manifiesto si advertimos que prácticamente desde siempre el Ministerio Público, figura distinta de las demás que concurren en el Poder Ejecutivo, ha tenido sus propias leyes orgánicas, llamadas con el nombre del Ministerio Público o con la denominación de las Procuradurías General de la República, General de Justicia del Distrito Federal o Generales de las entidades federativas.

La función de procurar justicia fue solamente mencionada en la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, y lo es en la Ley de la Administración Pública Federal, pero posee sus propias leyes, como un implícito reconocimiento de que apareja algo diferente de otras instituciones,

entidades, dependencias, órganos u organismos que también se encuentran encuadrados en el Poder Ejecutivo.

¿En qué estriba esa diferencia? En muchas cosas, obviamente. Desde luego, la función que desarrolla el Ministerio Público es distinta de la que realizan otras dependencias. Ahora bien, lo más singular y característico, lo que distingue de una manera acusada al Ministerio Público de otros actores de la escena política administrativa, es su autonomía. Ostenta esa autonomía frente al propio Ejecutivo en el cual está integrado. No se trata, pues, de una mera autonomía orgánica, sino de una absoluta autonomía funcional.

El Ministerio Público debe ser un magistrado de la ley, y en este sentido no depende más que de la norma, sólo a ella se pliega, al igual que en sus orígenes. Puede estar vinculado presupuestalmente o en algunas de sus políticas y programas al presidente de la República o a los gobernadores de los Estados, según el fuero que venga al caso, pero en el desempeño de sus funciones esenciales sólo se somete a una autoridad —digámoslo así—, y esa autoridad es la ley.

Cuando el Ministerio Público asume y desempeña el decantado monopolio que durante muchos años tuvo —y que acaba de perder— en el ejercicio de la acción penal, únicamente se disciplina a las disposiciones de la ley. El presidente de la República o el gobernador de una entidad federativa no son jefes de agentes del Ministerio Público; no encarnan la institución del Ministerio Público; son personajes externos y ajenos a ella; no pueden sustituir con su voluntad política las decisiones que sólo incumben al Ministerio Público, que actúa responsablemente en el desempeño de sus atribuciones constitucionales.

Aparentemente, ahora vamos hacia un nuevo mundo en este orden de consideraciones orgánicas, por la injerencia de otro u otros poderes en la provisión de los más altos cargos del Ministerio Público, es decir, en la designación de los procuradores. Sobre este punto cada quien tiene su opinión; conforme a ello responderá las preguntas que naturalmente se plantean: ¿es esto positivo?, ¿es conveniente? A mi modo de ver, se trata de un paso arriesgado, que vale la pena examinar con detalle y resolver con reflexión.

A partir de las reformas de 1994-1995, la designación de procurador general de la República, por ejemplo, corresponde al presidente de la República, pero se debe contar con la confirmación del Senado; es decir, surge aquí un acto complejo en el que intervienen dos poderes de la Unión, a diferencia de lo que anteriormente ocurría. Esto se ha estableci-

do para la designación del funcionario, pero no para su remoción. Y todo hace suponer que lo mismo sucederá, en su momento, a propósito del procurador general de Justicia del Distrito Federal, en la medida en que además de intervenir el Poder Ejecutivo o el gobernador del Distrito Federal, deberá hacerlo también, de alguna manera, la Asamblea Legislativa, que ciertamente es otro poder.

Entre los problemas que la nueva regulación suscita, figura el hecho de que así se lanza la designación del procurador al flujo de las consideraciones partidarias; se obliga a conciliaciones, concertaciones, negociaciones. En una democracia, éstas son indispensables en prácticamente todas las tareas de la nación, el Estado o el gobierno, pero deben ser vistas con preocupación cuando se trata de procurar justicia.

En todo caso, yo diría que si nos satisface que dos poderes intervengan en la designación del procurador, sería lógico que esto mismo se extendiera a los restantes funcionarios del más alto rango dentro de la administración pública. Seguramente existen las mismas razones para que así sea. He aquí un tema abierto a la opinión, acerca del cual existen puntos de vistas discrepantes.

Veamos ahora la evolución en el ámbito de atribuciones del Ministerio Público. Aquí se han presentado dos tendencias. Bajo la óptica de cada una ha habido avances y retrocesos, progresos y regresos. Por una parte, existe una tendencia de carácter restrictivo; yo diría que de confinamiento histórico a una sola función. Y hay otra de carácter extensivo, de ampliación histórica; en ella se propone la salida del Ministerio Público de esa única función tradicional a otras tareas que le confieren mejor horizonte y mayor grandeza. Al decir esto no desconozco —debo subrayarlo— el horizonte y la grandeza que apareja la función persecutoria del Ministerio Público, con la que sirve a una de las necesidades primordiales de la sociedad.

Ninguna de estas dos tendencias ha triunfado rotundamente, pero quizá ha sido más intensa, al menos en la práctica —y no necesariamente en las normas—, la de carácter restrictivo, que busca ceñir al Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. Esto se ha logrado por obra y gracia de la ley, aunque no en forma absoluta, y también por la fuerza de una inercia que domina las costumbres institucionales.

Cuando examino estos hechos, recuerdo una severa expresión: la administración de la justicia es el sector más antiguo —o más anticuado— del Estado moderno. Esa es su posición, y esa es su paradoja. Ahora bien,

esta situación se observa donde quiera, no sólo en México. Ello ha traído consigo, como es natural, una erosión constante y tal vez irreversible del aparato judicial y de procuración de la justicia, además de diversas formas de justicia no jurisdiccional. La incapacidad del sistema tradicional para enfrentar necesidades emergentes y la reticencia social frente a las instituciones de este carácter, han dado lugar a que alumbren nuevas instituciones, alternativas frente a la justicia tradicional.

Si miramos hacia atrás, encontraremos tribunales de competencia múltiple, encargados de conocer prácticamente en todas las causas. Por supuesto, hablo en términos muy generales, porque obviamente existen muchos matices, con diversas facetas que sería necesario considerar en un desarrollo muy puntual. Hablo, pues, *grosso modo*, y así me refiero a tribunales de competencia múltiple, capaces de conocer todo tipo de contiendas a propósito de cualesquiera relaciones sociales. Digo lo mismo en cuanto a instituciones de procuración de justicia, abocadas a realizar su encomienda en todos los espacios de la vida jurídica y social. Esto fue lo que ocurrió; de ahí venimos; en ese punto iniciamos una larga marcha que ha dispersado, casi pulverizado, a los órganos de la procuración y la administración de justicia.

En efecto, al lado de la justicia ordinaria —y no precisamente cerca del Poder Judicial, sino dentro del Poder Ejecutivo, o al menos en la huida frontera entre ambos—han aparecido sendos tribunales especializados. Por ejemplo, en el proceso público, junto a los órganos que solemos encuadrar como Poder Judicial, según lo diseña nuestra Constitución, tenemos los tribunales de lo contencioso administrativo. Esta materia, las contiendas entre el administrador y el administrado, o bien, la autoridad y el ciudadano, ha salido por diversas vías del conocimiento de la justicia común, salvo en algunos órdenes jurisdiccionales diferentes del nuestro; salieron de ahí y se instalaron en sus propios órganos.

En el proceso social, cuya materia correspondió a la justicia común, han aparecido los tribunales laborales y los agrarios. Nuestras juntas de conciliación y arbitraje y los actuales tribunales de la justicia agraria se hallan más cerca del espacio del Poder Ejecutivo que del Poder Judicial —en cuyo capítulo constitucional no figuran—, sin perjuicio de la autonomía cabal que se les atribuye. En el proceso privado también hay órganos de arbitraje, que se han multiplicado para relevar, sanamente por cierto, a los órganos de la justicia común. Así, lo que comenzó siendo el solo mundo homogéneo de la administración de justicia, es ahora un mundo

heterogéneo, proteico, diverso, poblado por tribunales de distintas especialidades, independientes los unos de los otros y formalmente extraídos del Poder Judicial.

Parecería que ahora quisiéramos que las cosas marcharan en otra dirección, regresar las manecillas del reloj, o bien, según otras opiniones, adelantarlas para que sigan su curso con más celeridad. No sé como calificar esta nueva situación, ni es éste el tema de mi exposición. La interrogante se eleva cuando pensamos en que los órganos de la justicia electoral, que tampoco figuraron entre los órganos de la justicia ordinaria, ya se acercan a ésta, al menos de forma estructural, orgánicamente. Cuando para crear aquellos órganos se diseñó un formato que implica la presencia de juzgadores federales designados por la Suprema Corte, la justicia ordinaria hizo su aparición en este campo. La más reciente reforma constitucional en materia electoral —a la que erróneamente se denomina “definitiva”, como si se tratase de instituciones de un derecho concluido, agotado, como el derecho romano— este sector de la justicia se incorpora de plano al Poder Judicial.

¿Qué señal histórica se está lanzando así? Se está diciendo, deliberadamente o no —en muchos casos, deliberadamente, no hay duda, aunque en otros pudiera ocurrir algo diferente— un mensaje que propone el retorno de todas estas figuras jurisdiccionales al seno del que provienen, aunque sea a través de sus propios órganos especializados, es decir, el retorno de toda la jurisdicción al Poder Judicial.

En mi opinión, el Poder Judicial, como lo diseña la Constitución, implica un concepto insuficiente. Lo que tenemos realmente es un poder jurisdiccional, por la razón que he dicho: el Poder Judicial, es decir, la Suprema Corte de Justicia, los tribunales colegiados, los tribunales unitarios, los juzgados de distrito, son apenas una parte en el universo de los órganos que administran justicia. Hay otras instituciones —a las que me acabo de referir— que hacen exactamente eso; pueden ser formalmente administrativas o no, como se quiera, pero son materialmente jurisdiccionales, fuera de toda duda.

Entonces, quizá convendría dar el paso siguiente en la doctrina de la separación de funciones y admitir que al lado de los poderes Ejecutivo y Legislativo, hay un poder al que ya no llamaríamos Judicial, sino jurisdiccional, que engloba a todos estos órganos, cuya función material es jurisdiccional y que tiene como propósito, por lo tanto, decir el derecho en el caso concreto, resolver las controversias, dirimir los litigios.

Esto es lo que ha sucedido y sucede ahora en el mundo de la judicatura. Y en la procuración de justicia ha ocurrido algo semejante. Al lado de nuestras procuradurías ordinarias —digámoslo así—, llamadas procuradurías generales de Justicia, que han demostrado no ser tan generales en el más amplio sentido de la palabra, han surgido históricamente otras procuradurías. Algunas son órganos representativos de ciertos intereses. La Procuraduría de la Defensa del Trabajo, por ejemplo, está encargada de la tutela de los trabajadores, no de los empresarios que contienden en el proceso social; y la Procuraduría Agraria lo está de la defensa o la tutela de los ejidatarios, los ejidos, los comuneros, las comunidades, no de los pequeños propietarios. Estas son procuradurías tutelares. Tienen determinada función de apoyo ante los órganos de la justicia y ante otros órganos, o en otros espacios o aspectos del quehacer administrativo. Hay también procuradurías que colindan con el *ombudsman*, como la Procuraduría del Consumidor.

En fin, hay un buen número de procuradurías, con distintos nombres, que han aparecido a lo largo de nuestro siglo XX. Dejaron atrás a las procuradurías tradicionales, las procuradurías generales de Justicia. Eso es lo que ha ocurrido en lo que respecta a las atribuciones del Ministerio Público.

Hasta los años setenta, seguía habiendo en México leyes del Ministerio Público, federal y del fuero común; luego pasamos a las leyes de las procuradurías generales de Justicia, lo cual parece mucho más correcto, porque en éstas no se halla solamente el Ministerio Público, sino también otras instituciones que no forman parte de aquél, aunque le auxilien en la práctica de ciertas funciones, como pueden ser la policía judicial y los servicios periciales.

En la evolución normativa, hemos pasado de las leyes-reglamento a las leyes con reglamento. De esto es un ejemplo consumado, y me parece que excelente, la ley en vigor para el Distrito Federal, expedida y publicada en 1996. Hasta los años setenta, la técnica seguida en la regulación de las procuradurías incluía en las leyes del Ministerio Público o de las propias procuradurías prácticamente todas las dependencias internas: ahí se establecían las direcciones generales y todas las unidades técnicas y administrativas, con la suma de sus atribuciones rigurosamente acotadas. Esto hacía que aquellas leyes fuesen disfuncionales, o dicho de otra forma, que resultara necesario practicar reformas legislativas cada vez que era preciso o conveniente crear una unidad administrativa; necesidad,



ésta, cada vez más frecuente en instituciones —como la del Ministerio Público— que cambian de prisa.

La evolución de nuestro derecho administrativo, consecuente con el desarrollo de las instituciones de la administración pública, determinó una sana mudanza: las leyes orgánicas de las procuradurías en las que se recogerían las atribuciones de éstas y se fijarían las bases generales de organización; los reglamentos correspondientes, a veces uno sólo para toda la institución, a veces varios, uno para la institución y alguno o algunos para ciertos órganos suyos, como la policía judicial, para regular, precisamente en el peldaño reglamentario, la organización y la estructura de estas otras unidades; y finalmente, numerosos acuerdos, circulares y manuales de organización y procedimientos. Así las cosas, como dije, de las leyes-reglamentos, que incorporarlos materia típicamente reglamentaria, hemos pasado a las leyes con reglamento. Este es el caso en el Distrito Federal.

Otra cosa hay que señalar, muy importante, en esta evolución normativa. De las leyes con atribuciones escasas, muy concentradas en las cuestiones penales, se ha transitado a las leyes de amplio contenido o de extensa pretensión, una pretensión que será preciso trasladar a la realidad cotidiana de un Ministerio Público generalmente agobiado por el enorme peso de la urgencia penal, particularmente la averiguación previa, y un poco menos los otros temas de la justicia penal.

A partir de las leyes federal y del Distrito Federal de 1983, se reunió tanto en la correspondiente a la Procuraduría General de la República como en la relativa a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el conjunto de las atribuciones que debe realizar el Ministerio Público, tomándolas de los distintos ordenamientos en los que se hallaban depositadas. Es esto lo que ahora nos lleva, contrariamente a lo que alguna vez ocurrió, a hablar de que además de su función persecutoria en materia penal, el Ministerio Público tiene otras funciones también estampadas en la ley orgánica: defensa de la legalidad y de la constitucionalidad; participación en la prevención del delito, que no es persecución, obviamente, sino un momento previo y quizá tan importante o acaso más que el otro; participación en la tutela de los menores e incapacitados, es decir, de los desvalidos; defensa de intereses sociales, que no puedan ser actados ante los tribunales por no corresponder a un sujeto titular, y algunas otras misiones que el día de mañana pudieran germinar, como una buena semilla plantada en buena tierra.

En ese conjunto se halla uno de los horizontes más promisorios del Ministerio Público, si no naufraga bajo el embate de sus adversarios. Pienso ahora en lo que los procesalistas de los últimos lustros han llamado los intereses difusos; intereses que todos compartimos como miembros de una sociedad, pero que nadie puede reclamar como suyos, en concepto de titular exclusivo. Por ejemplo, la pureza del medio ambiente, la tranquilidad en la vida vecinal, el acceso a los satisfactores fundamentales. Todos tenemos interés social, que comienza a ser también interés jurídico e individual, en que esto ocurra, y durante mucho tiempo no ha existido quien asuma semejantes intereses y los represente ante las autoridades, aun cuando algunas procuradurías especializadas han comenzado a hacerlo en ámbitos específicos. Éste podría ser un tema de rescate para el Ministerio Público, que ya perdió otro de enorme trascendencia: la defensa de los derechos humanos, a la que en seguida me referiré.

El Ministerio Público pudo ser el *ombudsman* mexicano. Pero las vicisitudes de nuestra vida reciente, que no tiene caso mencionar ahora, determinaron un gran viraje: hicieron que el Ministerio Público Federal y del fuero común, pero particularmente el Federal, perdieran esa posibilidad excelsa: la de ser él mismo, como agente de la legalidad, el embrión, la simiente del *ombudsman* nacional. Esta grave omisión permitió que surgiera otra institución bienhechora y respetable, que vino a cubrir la función desatendida, o peor todavía, contrariada por el Ministerio Público.

La enseñanza que se desprende de esta revisión histórica, un examen funcional, y de otros estudios que se podrían emprender o consumir por quienes —mejores que yo— estuvieran capacitados para hacerlos, es que el Ministerio Público cuenta con una larga historia, una compleja raíz, y origen inequívoco en el México revolucionario. En su momento, significó una esperanza para la justicia. Así se le propuso en 1917 y así se le debiera rescatar en 1996, para que perdure conforme a su naturaleza.

En México, el Ministerio Público debe disciplinarse o acomodarse a las necesidades y las expectativas propias de este país. Habrá que mirar, por encima del hombro, más allá de la frontera, para ver qué novedades tienen nuestros semejantes y sólo tomar de ellas lo que nos convenga y convenza.

Además de mirar por encima de las fronteras, la institución del Ministerio Público debe observar por encima de su tiempo presente, con sentido de trascendencia, e interrogarse y responderse: ¿qué es lo que los hombres y los tiempos por venir reclaman de la procuración de justicia?

¿Qué es, verdaderamente y a fondo, procurar justicia en este México y en la nueva nación que comienza a surgir?, ¿cómo debiera ser el Ministerio Público del futuro, antes de que se rezague nuevamente, como le ocurrió en esta última porción del siglo XX, y sea desplazado por otras instituciones?

Cuando hablamos del Ministerio Público como representante social, probablemente queremos decir —así lo entiendo—, todo esto que acabo de mencionar. Debiera ser un representante de los más relevantes y apremiantes intereses de la sociedad. Es verdad que debe acusar a los infractores de la ley penal, pero también lo es que debiera incursionar en otros órdenes de la vida colectiva. Si no lo hace, la institución declinará.

## REFLEXIONES SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO: PRESENTE Y FUTURO\*

SUMARIO: *Advertencia*. I. *Evocación de Noriega Cantú*. II. *El abogado y el Ministerio Público*. III. *El Ministerio Público ayer y hoy*. IV. *Un desacierto y un horizonte*. V. *Derecho y realidad en transformación*. VI. *Ministerio Público y juridicidad*. VII. *Ombudsman*. VIII. *Promoción de la justicia*. IX. *El abogado de la Federación*. X. *Otras expresiones de abogacía social*. XI. *Persecución de los delitos*. XII. *Sistema de procuración de justicia*. XIII. *El agente del Ministerio Público*.

### ADVERTENCIA

Como se indica en una nota a pie de página, este artículo fue publicado en 1991, en una obra colectiva de homenaje al ilustre catedrático Alfonso Noriega Cantú. En ese trabajo reuní mis puntos de vista sobre la naturaleza, las funciones y el destino de una de las más relevantes instituciones de la justicia en México: el Ministerio Público, que entre nosotros ha tenido —y reviste todavía— características originales. Se trata, obviamente, de una institución nacional y dinámica —aquí y en numerosos países—, penetrada por las circunstancias y necesidades del medio y el tiempo en el que aparece y se desarrolla. Esta exposición derivó de diversas conferencias dictadas en universidades de nuestro país, para informar a los jóvenes estudiantes acerca del quehacer del Ministerio Público y las características —personales y profesionales— de sus agentes.

Para el artículo publicado en 1991 tomé en cuenta las experiencias asociadas a la redacción y vigencia de las leyes orgánicas de la Procuraduría General de la República y de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de 1983, que imprimieron un giro novedoso a la le-

\* En *Estudios jurídicos en memoria de Alfonso Noriega Cantú*, México, Porrúa, 1991, pp. 189-223.

gislación de la materia y resumieron el quehacer del Ministerio Público, enriqueciendo notablemente su encomienda institucional. De ahí proviene una versión moderna y amplia sobre este organismo de la justicia mexicana.

A este tema he dedicado otros trabajos, anteriores o posteriores al artículo de 1991.<sup>1</sup> En los anteriores se hallan planteamientos y referencias que recuperaría y analizaría en aquél, y en los posteriores he actualizado mis reflexiones sobre la materia, a la luz de normas dictadas después de 1991, para la Federación y el Distrito Federal.<sup>2</sup>

En esta reproducción de mi artículo “Reflexiones sobre el Ministerio Público” conservo los lineamientos centrales del original, que acogen mi concepto acerca del Ministerio Público. En cambio, excluyo la mayoría de las alusiones a la legislación de 1983 —y a cualquier otra derogada y sustituida—, que sólo ocasionalmente invoco. Por lo tanto, este trabajo tiene, aquí, un contenido eminentemente conceptual. Quien desee confrontar estos puntos de vista con la legislación anterior o con la vigente podrá recurrir a esos otros trabajos que se mencionan, *supra*, en notas a pie de página.

1 Entre los anteriores, creo conveniente mencionar: “Presentación” y “La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984, pp. 13-15 y 471-496; “Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (comentada)”, en Varios autores, México, INACIPE, serie Legislación Mexicana, Procuraduría General de la República, 1985; y “Capítulo XV (Período del Presidente Miguel de la Madrid (hasta junio de 1978))”, en Varios autores, *Apuntes y documentos para la historia de la Procuraduría General de la República*, México, Procuraduría General de la República, 1987, pp. 107-134.

2 Los principales textos posteriores son: “La reforma constitucional del Ministerio Público”, en Varios autores, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad-República de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1996, colección Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, pp. 59-78; “Organización y atribuciones del Ministerio Público. Examen de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de 1996”, en Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, *Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*, México, t. VI, 1996, pp. 27-56; “Los derechos humanos en la persecución penal”, en Varios autores, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Senadores, 1997, pp. 499-535; “El Ministerio Público”, en Varios autores, *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 1-13; “La averiguación previa”, *Memorias del Congreso de Derecho Procesal*, México, Universidad Panamericana, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, 1998, pp. 253-264. Especialmente, mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997.

## I. EVOCACIÓN DE NORIEGA CANTÚ

Recuerdo a don Alfonso Noriega Cantú como jurista sabio y hombre bueno. Estupenda, infrecuente coincidencia. Cordial y generoso con alumnos y colegas, supo hacer amigos. Sólo amigos. No es común que alguien merezca y retenga unánime afecto.

De Noriega recibí consejo y apoyo, que reconozco y agradezco. Puedo —debo— mencionar su intervención eficaz y desinteresada en algunos trabajos de la Procuraduría General de la República, hace pocos años. Contribuyó a la *Obra jurídica mexicana*,<sup>3</sup> un buen panorama del derecho patrio, único en su género, que al concluir 1988 alcanzaba cinco volúmenes. Correspondió al profesor Noriega hacer uso de la palabra, en nombre de los participantes en esa *Obra*, durante la ceremonia de presentación de los primeros tomos en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Habló con benevolencia de los editores, tuvo palabras de estímulo y aprecio para los presentes y supo hacer un elogio justo, oportuno, de colaboradores fallecidos: Jorge Sánchez Cordero y Antonio Carrillo Flores.

Meses adelante, Noriega elaboró un excelente estudio sobre el Plan de Ayutla, a solicitud del doctor Eduardo Andrade y del autor de estas líneas. Se destinó a un impreso preparado para celebrar la inauguración del nuevo edificio de la Procuraduría de la República.<sup>4</sup> En los archivos de ésta se guarda un original del Plan, cedido por el licenciado Salvador Trueba. Ambos —Noriega y Trueba—, se hallaban presentes en la recepción al presidente De la Madrid aquel día. La salud de don Alfonso estaba muy quebrantada. Hizo un gran esfuerzo para concurrir a la ceremonia. Ahí estuvo, como siempre, “al pie del cañón”. Lo evoco en las páginas de una crónica sobre el edificio y las tareas de la procuración de justicia.<sup>5</sup>

Por todo eso, y por mucho más, aprecio la invitación que me hizo el licenciado Fernando Serrano Migallón para estar presente en este libro de homenaje a Noriega. Se hace honor a quien honor merece.

Con ese propósito reúno y organizo aquí, en un texto breve, las reflexiones que he formulado acerca del abogado en el Ministerio Público.

3 Cfr. Noriega Cantú, Alfonso, “El juicio de amparo”, *Obra jurídica mexicana*, México, Procuraduría General de la República, 1985, t. II, pp. 1555-1787.

4 El artículo de Noriega se intituló “El Plan de Ayutla y su trascendencia en la evolución constitucional y política de México”, *Plan de Ayutla. 1854*, México, Procuraduría General de la República, 1987, pp. 39-92.

5 Cfr. Mi libro *Una casa para la justicia*, México, Procuraduría General de la República Mexicana, 1988, p. 127.

Desarrollé el tema ante auditorios de estudiantes, fundamentalmente, en diversas conferencias a lo largo de 1989: en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, primero, y luego en la Universidad La Salle y en la Universidad Autónoma de Querétaro.<sup>6</sup> Me complace incorporar este modesto ejercicio de cátedra en la obra que hace memoria de quien fuera profesor emérito en nuestra Universidad Nacional.<sup>7</sup>

## II. EL ABOGADO Y EL MINISTERIO PÚBLICO

Se pretende examinar el papel del abogado como funcionario del Ministerio Público, esto es, como agente de una institución que procura justicia. Con ello se invita a una reflexión sobre varios temas: el abogado, el Ministerio Público y, finalmente, la vocación personal de quienes optan —o pronto deberán optar— por un camino para la aplicación de sus conocimientos jurídicos. Mejor todavía: para el desarrollo de su condición de hombres —un compromiso moral— mediante el desempeño de cierta función —un compromiso profesional— en la vida. Ese debiera ser, para cada quien, el alcance de nuestra meditación compartida.

Abordo el tema del abogado con una perspectiva biográfica e histórica, y en este sentido, trascendente. La meditación se desenvuelve en doble plano. Por una parte: el abogado —un hombre, un profesional— ante la comunidad —congregación de hombres a los que se destina, en misión de servicio, el ejercicio de esa profesión—. No me refiero a una comunidad cualquiera, que puede ser distante y ajena, y mucho menos a la sociedad como abstracción. Aludo a la comunidad concreta, *la mía*, en *mi mundo* y en *mi tiempo*. Por otra parte: *yo como abogado*, *yo como ser humano* —comprometido con mi destino; hacedor o destructor—, *yo como profesional*. En consecuencia, se trata de un desempeño particular, ante mí y ante mi comunidad.

6 En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, el 23 de agosto de 1989; en la Universidad La Salle, el 13 de noviembre; y en la Universidad Autónoma de Querétaro, el 8 de diciembre.

7 En otros trabajos he examinado el Ministerio Público y la acción penal: “La acción en el proceso penal”, *Estudios Penales*, Saltillo, Biblioteca de la Universidad Nacional Autónoma de Coahuila, 1982, pp. 107 y ss.; “Ministerio Público y acción penal”, *Justicia penal (Estudios)*, México, Porrúa, 1982, pp. 95 y ss., y “La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, *Justicia y reformas legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, pp. 201 y ss.

De esta suerte, vamos más allá de la simple referencia descriptiva o narrativa, exterior, testimonial. No basta el examen de los requisitos para el ingreso a un cuerpo forense, o el estudio del “mercado de trabajo”. Esto interesa, desde luego, pero no es suficiente. Debemos intentar —empezar y consumir—, cada uno, otro tipo de referencia: explicativa y comprensiva, interior, con decisión protagónica. Mirémoslos a fondo, en esta coyuntura reflexiva, como protagonistas de nuestra vida.

Es posible e indispensable el mismo análisis sobre el Ministerio Público, con idéntico estilo de meditación: qué ha sido, qué es, qué se espera y pretende que sea. Este modo de ver a la institución, en un ensayo histórico-político, contribuirá a esclarecer el concepto y la tarea del agente del Ministerio Público. En éste —perfil y persona— encarna o se concreta la institución. Dicho de otra manera: la biografía del individuo concurrirá a establecer la historia de la institución.<sup>8</sup>

Subrayemos el hecho, con su inevitable consecuencia: en cada abogado que ejerce su profesión, encarna o se concreta la abogacía. Esto nos otorga un destacado papel, determinante inclusive. También, por supuesto aparece una grave responsabilidad: cada uno responde por su profesión. No menos.

Igual cosa ocurre con el agente del Ministerio Público. Los hombres que forman la sociedad no tratan con la institución, sino con los hombres que a su vez la integran. En ellos, los agentes —los que “actúan”, según la raíz de esta palabra elocuente— se deposita la institución. Ellos son, en un lugar y en un momento, esa institución. Responden, con su comportamiento, por la “conducta” de aquélla, en rigor, dejando de lado la ficción jurídica. Así se ve y así se vive.

Si planteamos el problema de otra manera, se reduciría a una simple práctica o a una mera técnica. Éstas, por valiosas que sean —y lo son, sin duda—, apenas constituyen instrumento y artesanía. Carecen de intención, de espíritu que las anime. No podemos conformarnos con esa reducción. Sería inadmisibles cuando se trata de fijar el destino propio, contraer el compromiso de la vida.

8 Así lo destacué en mi “Presentación” del libro *Apuntes y documentos para la historia de la Procuraduría General de la República*: “Siempre quedarán en la penumbra, como ocurre en cualquier historia, esas incontables historias particulares que en aquélla desembocan. Son éstas, discretas o luminosas, las formadoras de la vida que luego se deposita en los capítulos de una obra”. *Apuntes y documentos...*, México, Procuraduría General de la República, 1987, p. 5.



### III. EL MINISTERIO PÚBLICO AYER Y HOY

No es éste el lugar para una historia del Ministerio Público. Sabemos que tiene numerosos antecedentes, más o menos precisos o difusos.<sup>9</sup> Su evolución no ha sido tan evidente o lineal —no digo sencilla— como la de la judicatura, por ejemplo. Asoma el Ministerio Público, o algo que se le asemeja y luego se preserva o desaparece, en diversas figuras y funciones del antiguo Estado emergente.<sup>10</sup> Poco a poco se labra en Europa, hasta que aparece con el nombre que conservaría —*Ministère Public*— en la Francia revolucionaria.<sup>11</sup> También se revolucionaba la justicia. El cambio del sistema judicial se reclamó en los *cahiers de doléances* que llevaron los diputados a los estados generales.<sup>12</sup> En tal virtud, el nuevo *Ministere* se asocia, más bien, con la revolución individualista, no con el absolutis-

9 Carlos A. Ayarragaray expone ampliamente el tema y explica los factores de la constante discusión acerca del Ministerio Público: “participa la institución moderna del sello local que la evolución o la historia le ha impreso en cada país y en cada época. Con tal criterio debe estudiarse, verificando en cada caso y circunstancia, sus caracteres esenciales y comunes”. Añade, con razón: “Cuando en la historia surgen, merced a circunstancias diversas, necesidades y funciones nuevas, se crean los órganos necesarios para desempeñarlas. La aparición, desarrollo y consolidación del Ministerio Público, se ajustaron a esta ley de biología histórica”, *El Ministerio Público*, Buenos Aires, J. Lajouane & Cía. (eds.), 1928, pp. 9 y 10.

10 Es conocida y elocuente la observación de Montesquieu. Recuerda que bajo la república y el imperio, en Roma, “se vio aparecer un género de hombres funestos, una turba de infames delatores. Todos los ambiciosos de alma baja delataban a cualquiera, culpable o no, cuya condena pudiera ser grata al príncipe... Nosotros tenemos ahora una ley admirable, y es la que manda que el príncipe tenga en cada tribunal un funcionario que en su nombre persiga todos los crímenes; de suerte que la función de delatar es desconocida entre nosotros”. *Del espíritu de las leyes*, 4a. ed., trad. de Nicolás Estavanez, México, Porrúa, 1980, p. 56.

11 Trátase, pues, de una institución francesa. De ella dijo Portalis que preserva a los gobiernos modernos de la “muchedumbre de delatores que se convirtieron en el flagelo de las familias y del Estado bajo los emperadores de la antigua Roma”. El Ministerio Público —señala Portalis— “da un órgano a la ley, un regulador a la jurisprudencia, un consolador apoyo a la debilidad oprimida, un formidable acusador a los malhechores, una salvaguarda al interés general, en fin, una suerte de representante al cuerpo entero de la sociedad”. Goyet, F., *Le Ministère Public*, 3a. ed., París, Rec. Sirey, 1953, p. 1. La institución del Ministerio Público, resume Mario A. Oderigo, obedece a la necesidad de evitar acusaciones irresponsables originadas en el sistema de acción popular y asegurar la persecución del delito por una persona diferente del juez, ante la falta o desinterés del damnificado particular. *Cfr. Derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 216. Aquéllo, sin tomar en cuenta las imputaciones derivadas de la ignorancia y el fanatismo sobre esta situación, decía Voltaire: “había más acusadores que criminales. ¿Quedaba embarazada una joven sin que se conociese su amante? Era el diablo quien le había hecho el hijo. ¿Se procuraban unos labradores con su trabajo una cosecha más abundante que la de sus vecinos? Es que eran brujos...”. *Tratado de la intolerancia*, trad. de Alfonso Maura, Buenos Aires, 1944, Siglo Veinte, p. 161.

12 Sin embargo, los *cahiers* no contenían reproches para las *gens du Roi*, antecesores del Ministerio Público. Habían conservado cierta independencia y la opinión pública les era favorable. *Cfr. Rassat, Michele-Laure, Le Ministère Public. Entre son passé et son avenir*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, p. 31.

mo. Tiene una localización difícil: justicia penal, en un mundo que repudiaba la pena —la más aguda expresión del autoritarismo—, pero que la aplicaba con crueldad y profusión.<sup>13</sup>

En México, después de la Constitución del 1917, que dio al Ministerio Público una gran prestancia —rehusada por el Constituyente liberal de 57—<sup>14</sup> la institución se funda en elementos españoles, franceses y patrios. Hay otros: así, los tomados del sistema estadounidense.<sup>15</sup>

En términos generales, los únicos que aquí utilizamos, se puede afirmar que el Ministerio Público proviene de dos necesidades, desarrolladas, afinadas, con el paso de los siglos, la transformación de la sociedad y los cambios del Estado. Uno de sus orígenes se halla en la preservación de un interés del soberano: el fiscal sirve a la custodia del patrimonio, al cuidado del fisco. Otra fuente del Ministerio Público se encuentra en la protección de intereses de la sociedad, cada vez más demandantes, cuya tutela se enriqueció cuando la punición escapó de las manos de los particulares.<sup>16</sup>

13 Ortolan resume: “La venganza privada fue el principio bárbaro: la venganza pública es el del siglo XVIII. Este es todo el camino que ha hecho. Y estos dos principios gemelos, que consisten en satisfacer la venganza e infundir el terror, no se hallan expresados solamente en palabras, sino convertidos en obras, viéndoles presidir a todos los suplicios en Europa”. *Curso de legislación penal comparada*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1945, p. 134.

14 El proyecto de artículo 27 fue presentado en la sesión del 21 de agosto de 1856. Decía: “A todo procedimiento del orden criminal, debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida, o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad.” La discusión giró sobre el régimen procesal vigente entonces, particularmente acerca de las atribuciones del juez penal. En lo que toca al Ministerio Público, es interesante la intervención del diputado Villalobos, quien “reclama para el ciudadano el derecho de acusar. Examina brevemente lo que en este punto disponían las leyes romanas y las de la Edad Media, y sostiene que el Ministerio Público, o priva a los ciudadanos del derecho de acusar, o bien establece que un derecho sea, a la vez, delegado y ejercido, lo cual le parece absurdo”. Zarco, Francisco, *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente. 1856-1857*, México, Secretaría de Gobernación, 1979, p. 517.

15 Sobre las raíces del Ministerio Público en México, *cfr.* Piña y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal. Apuntes para un texto y notas sobre amparo penal*, México, 1948, p. 59; Ceniceros, José Ángel, *Trayectoria del derecho penal contemporáneo*, México, Ed. Botas, 1943, p. 180; Castro, Juventino V., *El Ministerio Público en México*, México, Porrúa, 1976, p. 29. Fix-Zamudio indica que el Ministerio Público mexicano, “en su configuración actual, abarca varias instituciones que le otorgan un carácter ambiguo, si se piensa que se han confundido las funciones del viejo promotor o procurador fiscal español, con el Ministerio Público en estricto sentido que es de origen francés, e inclusive con el *attorney general* de los países angloamericanos, en el cual predomina la función de asesoría y representación jurídica de los intereses del organismo ejecutivo”. “La administración de justicia”, en Ovalle Favela, José (selección, prólogo y bibliografía), *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, México, UNAM, 1982, pp. 152 y 153.

16 Ayarragaray recuerda que el desenvolvimiento del Ministerio Público se ha de investigar en el ámbito de la acción penal, pero también “en las mutuas relaciones de los poderes, en la idea de protección de los débiles —que siempre cuidaron de las sociedades— y en la defensa de los intereses fiscales”. *El Ministerio Público, op. y loc. cit.*

La preservación de la seguridad y la paz pública —en una de sus vertientes, entre muchas— abre la puerta al investigador y al acusador oficial. No acusa el agraviado; acusa la sociedad. Esta comparece —mediante un representante social— a pedir justicia penal.

Ahí se halla el germen de la doble personalidad y de la doble representación —sigo hablando *grosso modo*— que en mi concepto posee, tan característicamente, el Ministerio Público. De un lado, representante del Estado —sucesor del soberano unipersonal— como fiscal evolucionado. Del otro, representante de la sociedad, como acusador. Podría ser, y sería, mucho más que acusador. De este modo se llega a la diversa abogacía de la institución, que ejerce su agente: abogado del Estado y abogado de la sociedad. No es poco lo que exige al Ministerio Público su desarrollo histórico.<sup>17</sup>

#### IV. UN DESACIERTO Y UN HORIZONTE

En ese desarrollo se presentó un desacierto de la misma dimensión: histórico, que redujo el papel pretérito, gravita en la función actual y pesará en la tarea del porvenir. La institución —no aquí; casi donde sea— detuvo y contrajo su misión. Agobiada por una realidad abrumadora, se confinó —más *de facto que de jure*— en la acusación. No tuvo el tiempo y la voluntad de explorar y agotar las posibilidades que implica su condición de representante social. Este título imaginaba y proponía un horizonte que apenas tendría fronteras. Empero, dominó la inercia, empujada por la necesidad, y el horizonte se redujo entre linderos que los consumieron: las barandillas de la indagación y el tribunal. Dicho con otra figura: el *parquet* en el que originalmente se hallaba el lugar del Ministerio Público, antes de que éste pasara a ocupar un sitio al lado del juzgador.

Entre tanto, se multiplicaban los requerimientos de la sociedad. Cambiaba el mundo. Se salía del estancamiento estamental, baluarte de los *privilegios*; se recorría el espacio del individualismo, bastión de la *libertad*; se ensayaban reivindicaciones protectoras y equilibradoras del hom-

17 Sobre la naturaleza y la atribuciones del Ministerio Público hay encontradas opiniones en la doctrina y, por supuesto, diversas soluciones nacionales. Bien dice Goyet que es imposible una definición de conjunto acerca de esta institución, considerando sus múltiples atribuciones en las materias civil, penal, mercantil, disciplinaria y de administración judicial. Cfr. *Le Ministère Public, op. y loc. cit.* Alcalá-Zamora Castillo observa que “de todos los sujetos procesales, el Ministerio Público es, sin duda, el que despliega actividad más variada”. “Ministerio Público y abogacía de Estado”, *Derecho procesal mexicano*, México, Porrúa, 1976, t. I, p. 505.

bre “*real*” frente a la *fuerza* “*real*” de los poderes informales o del infortunio, para construir el reducto de la *justicia*. El Estado acomodaba su marcha a este paso, o lo impulsaba, para devenir en Estado Social de Derecho: como *idea* y como *tarea*.

Sin dejarse tocar demasiado por la avalancha del cambio, el Ministerio Público se obstinó en esas barandillas de la indagación y el tribunal. Careció de perspicacia. No correspondió con suficiencia y oportunidad a las novedades de la vida. Por su retraimiento o en su ausencia, pues, nacieron numerosas “procuradurías” —esencialmente, representaciones sociales específicas— que tomaron a su cargo otras tantas emergencias del interés social, rehuidas por el Ministerio Público.<sup>18</sup> Esto se asemeja al repliegue en el desempeño de la justicia tradicional. La vida rebasó a la jurisdicción ordinaria, como había desbordado al derecho civil. El nuevo trato —por ser nueva la versión de los protagonistas— entre la administración y los administrados, y las novedades de la relación entre los hombres, en la existencia cotidiana (campo, fábrica, familia, consumo, vivienda), produjo jurisdicciones especializadas fuera del Poder Judicial clásico —con o sin el control jurisdiccional de éste—. Tomaron a su cargo la justicia en el vasto ámbito que proveía el desarrollo de la sociedad y del Estado.

## V. DERECHO Y REALIDAD EN TRANSFORMACIÓN

En México, el Ministerio Público tiene diversas funciones que pueden satisfacer la vocación y requerir la profesión de los jóvenes juristas, que hoy se preguntan por su destino inmediato. Aquéllos son el resultado de los avances del orden jurídico vigente,<sup>19</sup> que recibió el pasado, sin rechazo, y formuló un programa para el futuro. Tenemos lo que pudiera llamarse un

18 Hay puntos de vista diferentes, sustentados por juristas del más alto nivel. Así, *cfr.* Fix-Zamudio, quien señala que el Ministerio Público debe limitarse a la materia penal. Otras funciones deben pasar al procurador General de la República (que se debiera separar del Ministerio Público) o a las diversas procuradurías que se han venido creando, “a las que podría agregarse un organismo similar, dirigido a la defensa de derechos civiles y familiares”. “La función constitucional del Ministerio Público”, *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, *cit.*, p. 127.

19 En este punto destaca el papel que cumplió, en su hora, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, del 17 de noviembre de 1983. Fernando García Cordero comenta que esta ley “ha rescatado —por así decirlo— la misión y las prioridades que la Constituyente de Querétaro asignó a esta representación social y, además, le adscribió las nuevas funciones que le competen dentro del sistema constitucional de planeación democrática”. *La reforma procesal penal 1983-1987*, México, Manuel Porrúa, 1987, p. 52. Acerca de las atribuciones del Ministerio Público en esa ley, *cfr.*, entre otros, Franco Villa, José, *El Ministerio Público Federal*, México, Porrúa, 1985, pp. 411 y ss.

“Derecho de parteaguas”. Propone el cambio de la realidad —la *realidad institucional*—, sin abandono de los temas hace mucho convenidos, ni omisión de los que vale convenir para el tiempo que viene. Este es un proceso histórico natural, en el cauce y para la grandeza del Ministerio Público.<sup>20</sup>

En cualquier derecho, y así en el derecho nacional, hay prevenciones de aplicación directa y cotidiana, que no se disputan y que ya no extrañan. También las hay de aplicación incipiente, preliminar, que miran al futuro mejor que al presente. Este es el derecho verdaderamente nuevo, el orden jurídico de alborada. Aquellas normas alojan la *tradición*; las segundas inician la *innovación*.

En cierta forma, este deslinde —relativo, por lo demás— tiene cercanía con la distinción que se hace entre los preceptos que contienen mandamientos y los que expresan aspiraciones, anhelos, proyectos. Empero, aquel deslinde no supone disposiciones terminantes, por una parte, y principios o programas, por la otra. Todas las normas a las que me refiero son, sin duda, de la primera clase: órdenes para ser cumplidas, ahora mismo; y todas concurren, simultáneamente, en el amplio programa histórico del Ministerio Público, sólo que unas avanzan sobre terreno explorado, y otras abren nuevos caminos.

El aspirante a ingresar en el Ministerio Público habrá de tomar en cuenta la convergencia entre la tradición y la innovación. Ocurrirá en su práctica, en su propia experiencia, en su “mesa”, si se permite decirlo de este modo acostumbrado cuando se alude al agente investigador. Estará obligado con las dos dimensiones del Ministerio Público, que lo serán de su profesión concreta y personal. Le corresponderá *convertir la innovación en tradición*, y acaso *promover innovaciones* que inicien otros capítulos de una sola historia. En el *juego de tradiciones e innovaciones se halla el perfil del Ministerio Público moderno* y el primero del Ministerio Público del porvenir.

## VI. MINISTERIO PÚBLICO Y JURIDICIDAD

El Ministerio Público, institución, no tiene intereses propios. Se halla al servicio de otros, como lo está el poder público, en general y en cada uno de sus órganos. Este servicio al ser humano y a la sociedad es la ra-

20 En este sentido, *cfr.* lo que expongo en “Presente y porvenir de la procuración de justicia”, *Discursos de política y justicia*, México, Instituto Mexicano de Cultura, 1988, pp. 24 y 25.

zón de ser del Estado, que no tiene —o no debiera tener— pretensiones autónomas, transpersonalistas.

En consecuencia, el Ministerio Público representa intereses, aboga por ellos, pretende que sean satisfechos. A la cabeza de esos intereses se halla la *juridicidad*, el *primado del derecho*. Para que sea posible la convivencia libre, justa, pacífica, es preciso que el derecho impere: en él se halla el límite del poder social y el poder político; en él tenemos nuestra suprema garantía, escudo contra la fuerza. Llamo *juridicidad* a un *principio* y a un *orden*: el principio que admite y postula *el gobierno de la conducta* —*todas las conductas: del Estado, de los agrupamientos, de los individuos*— *por el derecho*; y el orden que concreta y asegura la licitud del comportamiento. Así las cosas, la *juridicidad* interesa a todos y a cada uno. Es condición y salvaguarda de nuestra vida.

En el conjunto de sus atribuciones, tan variadas, el Ministerio Público representa y actúa ese interés social de *juridicidad*.<sup>21</sup> Pero en algunos casos lo hace de manera más directa, más explícita e intensa. Tal ocurre cuando la institución vigila, por encima de las personas y para protegerlas, que rijan verdaderamente la Constitución y las leyes que de ésta derivan o se deducen.<sup>22</sup> La constitucionalidad y la legalidad de cualquier conducta, pero sobre todo de los actos de autoridad, son proyecciones del principio y del orden de *juridicidad*. Este concepto domina en alguno de los sistemas “tipo” o “modelo” del Ministerio Público.<sup>23</sup>

21 José Aguilar y Maya hace un examen histórico y compartivo sobre el Ministerio Público y concluye que “sus funciones fundamentales son siempre las mismas”. En su concepto, las atribuciones características del Ministerio Público Federal —que orientan la nueva ley de la materia, luego conocida como “Ley Aguilar y Maya”—, son: I. Cuidar en general, de la legalidad, y, en especial, del respeto a la Constitución; II. Aconsejar al gobierno en materia jurídica; III. Defender la colectividad de los ataques de los individuos, especialmente en materia delictiva; IV. Defender los intereses de la Federación, y V. Representar a la Federación en los conflictos de la misma con las entidades federativas, e intervenir en los que surjan entre ellas. “Dignidad y funciones del Ministerio Público Federal”, *Revista de Derecho Penal* (San Luis Potosí), t. II, núm. 7, 1942, pp. 43 y 44.

22 La difícil coincidencia en el Ministerio Público de las calidades de representante de la ley, el Estado, el gobierno y la sociedad, ha suscitado amplio examen por parte de la doctrina, la ley y la jurisprudencia. Muchos autores sugieren el deslinde entre funciones e instituciones. Al respecto, Michèle-Laure Rassat expone: “Encomendar a un mismo funcionario la salvaguarda de dos intereses distintos —el de la ley y el del gobierno— conduce inevitablemente a la negación de uno u otro, o a la representación insuficiente del uno o del otro”. Por ello, el Ministerio Público debe quedar sólo como “órgano de la ley”, y los intereses del gobierno deben quedar confiados a otro funcionario ante los tribunales. Ahora bien, la autora no propone propiamente un litigante, abogado de Estado, sino un funcionario que haga ver a las jurisdicciones civiles y penales, sin comparecer en la audiencia, el punto de vista del gobierno. *Cfr. Le Ministère Public. Entre son passé et son avenir, cit.*, pp. 250 y ss.

23 Fix-Zamudio señala que hay tres grandes modelos del Ministerio Público en los ordenamientos contemporáneos: el Ministerio Público francés, el *attorney general* angloamericano y la *prokura*-

Esto trae consigo implicaciones inmediatas para el Ministerio Público de los diversos fueros en México, federal y común. Es en este punto donde se presenta y necesita, con el mayor énfasis, la *subordinación activa del órgano a la Constitución y a la ley*, sin transigencia, rigurosamente. Aquí se demanda, además, como compromiso de la voluntad —*constans et perpetua voluntas*—, la *conciencia y la actitud de subordinación* a la norma. Ya no sólo se trata del rumbo global de la institución o del estatuto que exponga sus deberes y potestades. También viene al caso una inclinación subjetiva, un propósito y una experiencia personales y cotidianas de juridicidad. Esto tiene que ver con los agentes de la institución, con el dato psicológico, con el esfuerzo subjetivo. En su base se localiza, sin duda, una *convicción*.

En los grandes planteamientos y debates acerca del Ministerio Público y su jefe institucional, el procurador, es común el reconocimiento de la prioridad que tiene la defensa de la Constitución. Así se ha estipulado en normas interiores que guían la gestión de los agentes y el sentido general de los trabajos del Ministerio Público.<sup>24</sup>

Esta función —que en mayor o menor medida permea todas las actividades del organismo— adquiere especial relevancia en el Ministerio Público Federal. La ley que en 1983 sistematizó sus atribuciones colocaba en primer lugar, con un gesto deliberado, la vigilancia de constitucionalidad y legalidad<sup>25</sup> (artículo 2o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría

tura de los países socialistas. Cfr. “La función constitucional del Ministerio Público”, *Temas y problemas de la administración de justicia en México, cit.*, pp. 87 y ss. En el texto me refiero a la orientación normativa del fiscal general de la desaparecida URSS, que tuvo atribuciones de “control supremo del cumplimiento de las leyes”. Denisov, A. y Kirchenko, M., *Derecho constitucional soviético*, Moscú, editado en Lenguas Extranjeras, 1959, p. 304. El procurador soviético tenía atribuciones más extensas que las de un fiscal o procurador en otros países. Era guardián de la ley, *ex-officio*: “Su tarea consiste en velar por el estricto respeto a la ley”, y en este sentido tenía poderes de fiscalización sobre todos los órganos del Estado, e inclusive sobre los ciudadanos. También atendía demandas planteadas por los particulares. Cfr. Loeber, Dietrich A., “La procuración soviética y los derechos del individuo ante el Estado”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, t. I, núm. 1, 1957, pp. 78 y 79; 90 y ss. Algunos analistas consideraron que la *prokuratura* soviética, una versión del *ombudsman*, cumplía sus funciones con notable eficiencia. Cfr. Boim, Leon, “Ombudsmanship in the Soviet Union”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXII, núm. 3, 1974, pp. 509 y ss.

24 En la circular 1/84, que expedí en mi desempeño como procurador General de la República, el 23 de abril de 1984 (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de abril), se manifiesta que la más elevada función del Ministerio Público es vigilar la observancia de los principios de constitucionalidad y legalidad, que se concreta principalmente en la presencia y la actuación del Ministerio Público en el juicio de amparo. En éste, el Ministerio Público representa un interés social: el de la juridicidad.

25 En la célebre controversia entre Luis Cabrera y Emilio Portes Gil a propósito de la Procura-



General de la República, del 17 de diciembre de 1983, *Diario Oficial de la Federación* del 12 de diciembre). Bajo este concepto se analiza la intervención del Ministerio Público en el juicio de amparo. No me refiero, por supuesto, a los casos en que el Ministerio Público es autoridad responsable y resulta ser, por ende, uno entre muchos. Tampoco aludo a la posición de quejoso cuando viene al caso la protección de intereses patrimoniales de la Federación (artículo 107, fracción V, inciso c de la Constitución General de la República). Aludo al carácter de parte que le reconocen la Ley Suprema y su ordenamiento reglamentario en materia de amparo. Es como se suele decir, una parte *sui generis*.<sup>26</sup>

En el amparo, el quejoso —un particular; excepcionalmente un órgano público— reclama la violación de una garantía, el desconocimiento o menoscabo de un derecho público subjetivo. Pide, pues, la protección de la justicia federal para que se reconozca y sostenga “su derecho”. La autoridad responsable asegura la licitud del acto que se le atribuye: defiende el ejercicio de “su potestad”. El tercero perjudicado concurre para evitar que la concesión del amparo afecte el bien que le pertenece; también aboga por “su derecho”.

No sucede lo mismo en la intervención del Ministerio Público, que dejó de ser representante de la autoridad responsable y que hoy actúa con

duría General de la República, el procurador y el Ministerio Público Federal, Cabrera afirmó: “La función más trascendental de todas las que se han confiado al Ministerio Público es la de intervenir como parte en los juicios de amparo en que se trata de impedir la violación de garantías individuales”. *La misión constitucional del procurador general de la República*, 2a. ed., México, Ed. Botas, 1963, p. 60. En este punto, Portes Gil coincidió con Cabrera. *Cfr. ibidem*, p. 93. En el mismo sentido, Noriega Cantú: la función “más noble, importante y trascendente” del Ministerio Público Federal y del procurador de la República es intervenir en los juicios de amparo, “toda vez que se relaciona con la defensa misma de la pureza de la Constitución y con la vigencia y mantenimiento del régimen de libertades individuales, que es, a nuestro juicio, la esencia misma de nuestro sistema y la columna vertebral del régimen constitucional”. *Lecciones de amparo*, México, Porrúa, 1975, pp. 346 y 347.

26 No hay parecer unánime de los tratadistas a este respecto. Así, por ejemplo, Fix-Zamudio ha opinado que aunque la ley atribuye al Ministerio Público calidad de parte, “no (se) justifica esta asignación ya que no participa en el contradictorio, sino que sus funciones son de vigilancia, de consulta y de equilibrio procesales”. *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 389 y 390. Ramón Palacios Vargas considera que el Ministerio Público es regulador del procedimiento en el juicio de garantías. Declara, enfáticamente: “El Ministerio Público federal no es parte en los juicios de amparo”. *Instituciones de amparo*, 2a. ed., Puebla, Ed. José M. Cajica, Jr., 1969, p. 296. Ignacio Burgoa sostiene que “como parte autónoma en el juicio de amparo, el Ministerio Público federal tiene una propia intervención procesal, por lo que le competen todos y cada uno de los actos procesales referibles a la actividad de las partes”. *El juicio de amparo*, 8a. ed., México, Porrúa, 1971, p. 350. Acerca de la intervención del Ministerio Público Federal en el amparo, *cfr.* el Acuerdo 3/84 del Procurador General de la República, del 23 de abril de 1984 (*Diario Oficial de la Federación* del 24 de abril).



autonomía. Bajo esa condición de parte *sui generis*, se le reconoce como regulador del procedimiento.<sup>27</sup> Vigila e impulsa la buena marcha del proceso.<sup>28</sup> Sin embargo, esto no es todo, y ni siquiera lo más importante. Agreguemos que representa el *interés de la juridicidad*. En ello estriba su carácter de parte procesal, distinta y autónoma frente a las demás (inclusiva cuando otra rama de la institución comparece como autoridad responsable, autora o ejecutora del acto que reclama).

El Ministerio Público, que no defiende “su derecho” o “su potestad”, aboga sólo por la Constitución y por la ley. En este sentido es parte formal del proceso de amparo, no parte material, como el quejoso, la autoridad y el tercero perjudicado. Por ello, el Ministerio Público se eleva sobre las otras partes y asume, sin ser tribunal, una actitud semejante a la del juzgador: *imparcial, sólo atento al imperio de la ley*. Se puede decir que participa en el proceso con altruismo, en la acepción estricta, gramatical, de esta palabra. Los otros sujetos procesales —salvo el juzgador— son participantes “egoístas”: piden para sí, a propósito de un derecho o de una atribución.

Esa bella misión constitucional del Ministerio Público Federal exige de sus agentes una conducta procesal calificada, comprometida y dinámica. No se cumple de cualquier manera, con indiferencia y por rutina. No es un trámite más. Se trata de la defensa de la Constitución, nada menos.<sup>29</sup>

27 Burgoa censura la jurisprudencia de la Suprema Corte que considera al Ministerio Público sólo como parte reguladora. Dice así la jurisprudencia: “Si bien es cierto que, conforme a la Ley de Amparo, el Ministerio Público Federal es parte en el juicio de garantías, también lo es que no tiene carácter de contendiente, ni de agraviado, sino el de parte reguladora del procedimiento, y como el amparo sólo puede seguirse por la parte a quien perjudique la ley o el acto que lo motivó, y es evidente que el Ministerio Público Federal ningún interés directo tiene en dicho acto, que sólo afecta intereses de las partes litigantes en el juicio constitucional de amparo, no es de tomarse en cuenta el recurso de revisión que haga valer, tanto más, si los agravios en que la funda, afectan sólo a la autoridad responsable, y ésta ha consentido la resolución del Juez de Distrito”. El error estriba, según Burgoa, en que se ignora que el Ministerio Público tiene un interés *sui generis* en el amparo y en que se le reputa como mero agente de la autoridad responsable. *Cfr. El juicio de amparo, cit.*, pp. 350 y 351.

28 Fairén Guillén no simpatiza con la atribución al Ministerio Público de funciones tales como “velar por la legalidad de la actividad jurisdiccional... reclamando su observancia...”, y “sostener la integridad de las atribuciones y competencias de los órganos de la justicia...”. Señala que “la función de velar por el cumplimiento de las leyes, por la pureza del procedimiento, es precisamente una función judicial —sala más soberana—”. “Las leyes orgánicas y el Ministerio Público”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXI, fasc. III, 1968, p. 497.

29 Con frecuencia se critica la actividad —o inactividad— del Ministerio Público en el juicio de amparo. En diversas etapas la Procuraduría General de la República ha impulsado y fortalecido, con mayor o menor éxito, el desarrollo de esta función relevante. La crítica, debidamente razonada, proviene de los tratadistas y aplicadores del amparo. En este sentido, por ejemplo, *cfr.* González Cossío,

A lo dicho sobre el Ministerio Público —y particularmente su jefe, el procurador general de la República— a propósito del juicio de amparo, es preciso añadir, a raíz de las reformas constitucionales de 1994-1995, el quehacer de dicho funcionario, siempre al servicio de la Constitución, en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad que se fundan en el artículo 105 de la ley suprema.

## VII. OMBUDSMAN

En nuestro medio se conocen, recientemente, la figura y la tarea del *ombudsman*. Surgido en Suecia, al principio del siglo XIX, ahí prosperó durante largo tiempo. Más de un siglo después ingresaría en el derecho y en la experiencia de otros países escandinavos.<sup>30</sup> Ya es un elemento distintivo del constitucionalismo en esa región europea, de la que ha pasado a otras naciones.<sup>31</sup> Entre las hispanoparlantes, lo incorporaron las Leyes Supremas de España y de Guatemala<sup>32</sup>, por ejemplo, entre otras muchas. Ya es el caso de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 102, reformado en 1999).

El *ombudsman* —o los *ombudsmen*, pues se trata de diversas expresiones en el país de origen y en los receptores— ha variado en su curso de tiempo y espacio. Lo que se pudiera llamar el “modelo sueco” esto es, el *ombudsman* clásico, es un personaje designado por el Parlamento, reconocido por su alta autoridad moral y jurídica, con criterio independiente, que examina las quejas de los particulares y emite recomendaciones sin

Arturo, *El juicio de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 83; Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 351-354, y Noriega, *Lecciones de amparo*, cit., pp. 353-355.

30 Cfr. Rudholm, Sten, “Los guardianes de la ley en Suecia. El canciller de justicia”, en Rowat, Donald C., *El ombudsman. El defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 1973, p. 50; Kastari, Paavo, “Los guardianes de la ley en Finlandia. El canciller de justicia y el ombudsman. Defensor del pueblo, ¿o qué?”, *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986, pp. 9 y ss., y Venegas Álvarez, Sonia, *Origen y devenir del ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988, pp. 28 y ss.

31 Entre los elementos comunes típicos de las monarquías escandinavas figura la adopción del *ombudsman*; así, en las Constituciones de Suecia, de 1809 (artículos 96-97), Finlandia, de 1919 (artículo 49) y Dinamarca, de 1953 (artículo 55), y en la Ley Noruega de 1962. Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, FCE, 1975, p. 141.

32 En España, por el artículo 54 de la Constitución de 1978; y en Guatemala, por el artículo 274 de la Constitución de 1985.

poder vinculante inmediato para la autoridad responsable del acto impugnado.<sup>33</sup> Esa es la tradición.

Hay *ombudsman* con otras características: *verbi gratia*, encuadrados en la administración pública, bajo designación del Ejecutivo. El dato esencial sigue siendo la autoridad moral y jurídica y la independencia de criterio —pese a localizarse cerca de cualquiera de los poderes formales del Estado—, además del carácter no vinculante de la opinión que emite por sí misma.

Mucho antes de que se creara el *ombudsman* mexicano, concretado primero en un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, y luego —merced al artículo 102 (apartado B) de la Constitución— en un órgano autónomo, se pensó que el Ministerio Público podría cumplir atribuciones de *ombudsman*, sin que esto significase la exclusión del protector de los derechos en otras estructuras del Estado. Hubo ensayos en esta dirección, todavía imprecisos, bajo la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, de 1971, a través de los servicios de orientación social y legal.<sup>34</sup> La idea se afirmó en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 1983 (artículo 3o., último párrafo) y en su correspondiente del Distrito Federal, del mismo año (artículo 4o., fracción V).

De entonces data el propósito, explícito, de abrir nuevos caminos al Ministerio Público, federal y común. Se trata de una auténtica abogacía social, en el más generoso sentido de la expresión. Aquí hay *porvenir* para el Ministerio Público: es una de sus atribuciones *novedosas e innovadoras*.

Conviene observar que varios órganos del Estado tienen funciones semejantes a las del *ombudsman*, sin convertirse en esto, propiamente. En el ámbito del Poder Legislativo, tal ocurre con algunas comisiones de ambas Cámaras federales: derechos humanos y gestoría y quejas, principalmente. En el Judicial, es preciso recordar la posible integración de comisiones de juzgadores —previstas por la Constitución misma— (artículo 97, segundo párrafo) para la investigación de “graves” violaciones a las

33 Dice Rowat que, conforme a sus rasgos originales, “1) El ombudsman es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución, que vigila a la administración; 2) Se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y los errores administrativos, y 3) Tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no el de revocarlas”, *El ombudsman, cit.*, p. 39.

34 Cfr. Mi artículo “Tarea de la Procuraduría del Distrito Federal (1970-1972)”, *Estudios penales, cit.*, pp. 496 y 497.

garantías individuales, es decir, a los derechos públicos subjetivos de los gobernados. En el Ejecutivo, cuentan algunas atribuciones de órganos centrales y las importantes experiencias iniciadas en el Distrito Federal y en varios estados de la República, además de la Procuraduría Federal del Consumidor y el Ministerio Público. Agréguese la Procuraduría Agraria y la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Finalmente, hay *ombudsmen* institucionales: es el destacado caso de la Defensoría de los Derechos Universitarios, desde 1985, que sin duda ha influido en el desarrollo del *ombudsman* en México.

En diversas ocasiones subrayé la posibilidad y conveniencia de que el Ministerio Público asumiese esa responsabilidad, que beneficia a la comunidad.<sup>35</sup>

Desde luego, aquello no es incompatible con otras atribuciones tradicionales de la institución. En rigor, tiene el mismo fondo, igual propósito, que la tarea confiada al Ministerio Público Federal como defensor de la Constitución y de la ley en el juicio de amparo. Se trata de *proteger al hombre contra el poder* que lo avasalla. Por supuesto, no he planteado aquí una derivación del *ombudsman* sueco, sino una creación del derecho nacional, que respondiese —en la medida posible, que sería muy útil— a las necesidades propuestas por la circunstancia mexicana.

## VIII. PROMOCIÓN DE LA JUSTICIA

La “promoción de la justicia” —ciertamente un concepto muy amplio, de frontera imprecisa— es punto de convergencia de antiguas tareas y de actividades novedosas de la institución. Estas son la natural conse-

35 Así, en “La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, *Justicia y reformas legales*, cit., p. 216 (en aquella “aflora el germen de lo que pudiera ser, con las modalidades y correcciones que las circunstancias y la experiencia exijan, un *ombudsman* mexicano. De esta figura, que tan distintas expresiones posee en el Derecho comparado, la Ley Orgánica de la Procuraduría toma la facultación para atender a los particulares, fue a de las sedes administrativa y jurisdiccional regulares; adopta, también, el carácter no imperativo de la gestión del Ministerio Público”); y “Presente y porvenir de la procuración de justicia”, en *Discursos de política y justicia*, cit., p. 25 (“El derrotero moderno del Ministerio Público, que le abre la puerta del futuro, puede ser la mayor intervención para la tutela de derechos de la sociedad y del individuo... será preciso ver qué quieren del Ministerio Público este tiempo y los tiempos que vengan. Esto, aunque se alteren los precedentes del Derecho continental europeo, que son nada más eso: precedentes. Liberado, el Ministerio Público mexicano puede tener cierto perfil de *ombudsman*, de protector de derechos”). Fix-Zamudio se refiere a esta tendencia, en “Posibilidad del *ombudsman* en el Derecho latinoamericano”, *La Defensoría de los Derechos Universitario...*, cit., pp. 44-47.

cuencia, a su turno, de los progresos que trajo el orden jurídico en los años recientes.

El actual derecho mexicano recoge y organiza la planeación del desarrollo. Sus normas cubren diversos planos preceptivos: desde la Constitución de la República (artículo 26) hasta los convenios y acuerdos de concertación de acciones, directamente sustentados en la ley reglamentaria del precepto constitucional, en el plan de desarrollo y en los respectivos programas. También la procuración de justicia tiene un sitio en la “idea del desarrollo” —como dimensión “cualitativa” — y en las aplicaciones normativas y prácticas de esa idea.<sup>36</sup>

No se trata, solamente, de política criminal o de política de defensa social, que se vinculan con la prevención del delito y la reacción frente a la conducta ilícita y sus protagonistas. Me refiero a un ámbito mayor, que incluye capítulos de esas políticas y de otras más, cuyo conjunto forma *la política de procuración de justicia*.

Claro está que la competencia en esta materia no se confiere al agente del Ministerio Público, particularmente. Pero es claro, también, que la intervención institucional en el diseño y la aplicación de las medidas de desarrollo en dicho ámbito, se sustenta en la *experiencia* y el *desempeño* —dinámicos, perspicaces— de los agentes de la institución. Esto “exclaustra” al Ministerio Público y a sus agentes y conduce a un renovado diseño de la misión del funcionario, menos retraído en el quehacer de la barandilla y del tribunal —cuya importancia no se ignora— y más alerta y servicial frente a la sociedad. En tal desempeño, el Ministerio Público trasciende el “caso” que regularmente reclama su atención. Levanta la vista y observa las necesidades y las posibilidades de la nación.

Al mismo orden de problemas y actividades corresponde la renovación del “marco jurídico”, en lo que atañe a la procuración de justicia. Ya que hablamos de novedades, digamos que en la elaboración del “nuevo Derecho” en los temas de la justicia —como servicio público, al menos— el “nuevo Ministerio Público” es un natural enlace entre la sociedad y el Estado. Para aquélla es un *calificado interlocutor*; para éste, un *factor de renovación*. En ello se sustentan los trabajos de “consulta popular” sobre justicia.<sup>37</sup>

36 Cfr. mi comentario en “La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”, *Justicia y reformas legales*, cit., pp. 217 y 218.

37 Así, la realizada en toda la República, entidad por entidad, en 1992-1993. Acerca de esta consulta nacional, cfr. Alba Leyva, Samuel, “Consulta Nacional sobre Administración de Justicia DR © 2000.

También la definición de la jurisprudencia puede figurar en este rubro. En efecto, concurre a crear y esclarecer el orden jurídico, y en tal virtud contribuye a la justicia: del caso concreto y de muchos más, tantos como sean los que resolverán los tribunales en los términos de la jurisprudencia definida.

A ese fin sirve el Ministerio Público por doble vía: en un caso, con su intervención en el amparo, mediante planteamientos —de fondo, no de trámite que aporten elementos útiles para el juzgador—; en el otro, por la oportuna advertencia de contradicción entre pronunciamientos de los Tribunales Federales, y por la formación de un “criterio” para resolver la antinomia. Ambas cosas sustentarán la intervención del procurador de la República ante la Suprema Corte.

## IX. EL ABOGADO DE LA FEDERACIÓN

En una forma u otra, el Ministerio Público ejerce funciones de abogacía cuando defiende la recta aplicación de la ley, solicita la atención de la autoridad hacia el particular que la requiere o acusa en el juicio penal. En este apartado mencionaré otras dos vertientes de abogacía, que convierten o convertían —esto, en el caso de instituciones o figuras suprimidas— al Ministerio Público Federal en el “abogado de la Federación”: consultor, en un caso —habrá quien piense que esto no es abogacía—, litigante en el otro.

La reforma constitucional de 1994-1995 retiró al procurador general de la República la “consejería jurídica del Gobierno Federal”. Este fue un exabrupto y un desacierto de esa reforma. La tarea de consejo quedó atribuida a un órgano específico. Aquélla actividad no competía a los agentes del Ministerio Público, se reservaba al procurador, jefe de la institución.<sup>38</sup> Se consideró, inclusive, que la consejería era una institución

(1983)”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, cit., pp. 3 y ss., y *Memoria de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1988. Sobre la consulta de 1989, cfr. “Memoria del Foro de Consulta Popular sobre Seguridad Pública y Administración de Justicia”, *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 1 extraordinario, vol. VII, noviembre de 1989.

38 Cabrera hizo notar que la Constitución de 1917 aportó la novedad de que el procurador fuese consejero jurídico del gobierno. Esto se debió a estudios de José N. Macías, en la preparación del proyecto constitucional. El carácter de consejero que tiene el procurador, hace que se le supediten los departamentos jurídicos de la secretarías de Estado y los departamentos administrativos, “cuando menos en el momento de formular reglas generales de interpretación”. *La misión constitucional del procurador general de la República*, cit., pp. 61 y 62. En concepto de Cabrera, compartido por otros

por sí misma, separada y paralela de la institución del Ministerio Público.<sup>39</sup> Esta opinión destacaba la importancia de las atribuciones confiadas al procurador. Empero, quizá se le asignaban precisamente como jefe del Ministerio Público, no bajo otro título. A este respecto, era importante tomar en cuenta las peculiaridades del Ministerio Público mexicano. En él se reúnen funciones que otros sistemas distribuyen entre órganos diferentes. Éstas se concentran, igualmente, en el jefe del Ministerio Público. Es claro que nuestro Ministerio Público no se ajusta a un “tipo” foráneo, que puede —o no— ser excelente en su circunstancia, y tampoco pretende aplicación fuera de las condiciones, tan singulares, en que se ha desarrollado.<sup>40</sup>

La función de consejo no se ejercía en forma continua e indiscriminada, sino “casuística”, por solicitud expresa. El consejo se traducía en un dictamen: opinión técnica sobre cuestiones de derecho. También es un dictamen lo que el procurador emite cuando interviene, personalmente, en los

autores, el Ministerio Público debe formar parte del Poder Judicial, como jefe designado por el legislativo; el procurador —abogado general— ha de encuadrarse en el Ejecutivo, representar a la Federación y ser consejero jurídico del gobierno. *Cfr. ibidem*, pp. 70 y 71. En la circular número 1, del 13 de septiembre de 1932, el entonces procurador general, Portes Gil, se refiere a “la acción jurídica y social del Ministerio Público, por una parte como encargado exclusivo del ejercicio de la acción penal represiva y, por otra, como consejero jurídico del Procurador de la República del Ejecutivo”. *Ibidem*, p. 31.

39 En este orden de cosas, es pertinente recordar que las atribuciones hoy encomendadas al procurador general de la República —con diversas adiciones— se hallaron distribuidas originalmente entre el procurador general y el fiscal general, ambos depositarios de magistraturas incorporadas en la Suprema Corte de Justicia. Por reforma constitucional de 1900 se fundieron esas magistraturas en una institución dependiente del Ejecutivo Federal y presidida por el procurador general de la República. *Cfr. Apuntes y documentos para la historia de la Procuraduría General de la República, cit.*, pp. 27-33 F.

40 En Estados Unidos, país de origen de la atribución que aquí examino, una ley del 24 de septiembre de 1789 previno la designación de un jurista como *attorney general*, que emitiría consejo y opinión a solicitud del presidente o de los jefes de departamentos del Ejecutivo. El *attorney general* ha jugado “un significativo papel en nuestra historia nacional”, señala Rita W. Nelson. “The opinion function of the Federal Attorney General”, *New York University Law Review*, vol. 25, núm. 4, 1950, p. 825. El primer *attorney general*, Edmund Randolph, asesoró al presidente Washington y a los secretarios de Estado, Tesorero y Guerra. *Ibidem*, p. 826. A tal punto es importante esta atribución de consejo, que el *attorney general* es visto como un “formador de la Constitución” (*maker of the Constitution*). *Ibidem*, p. 843. Las opiniones del *attorney general* revisten gran importancia: “abarcan el amplio y creciente ámbito de los problemas y procedimientos de las dependencias del Gobierno Federal, problemas vitales para la profesión jurídica. Suministran lineamientos sustanciales para las normas y los requerimientos ejecutivos y administrativos. Los tribunales toman en cuenta dichas opiniones cuyo valor como precedentes se asemeja, así, al que tienen las resoluciones judiciales”, Rhodes, Irwin S., “Opinions of the Attorney General revived”, *American Bar Association Journal*, 1978, vol. 64, p. 1,375.

“casos” —dice el artículo 102 de la Constitución— de diplomáticos y cónsules generales, o en las controversias entre un estado y la Federación, dos o más estados o los poderes de una misma entidad federativa.

Más clara es la abogacía del Ministerio Público que participa en asuntos contenciosos, litigios o tutela de ciertos individuos e intereses; en juicios federales, como representante de la Federación; en el proceso de amparo, contra actos que afectan intereses patrimoniales de la Federación (adelante veré que no puede hacer otro tanto —y debiera poder— en defensa de los intereses sociales que representa en el proceso penal), o bien, a título de coadyuvante, en negocios en que sean parte o tengan interés jurídicos las entidades —de diversa naturaleza— que integran el conjunto denominado administración pública paraestatal.

## X. OTRAS EXPRESIONES DE ABOGACÍA SOCIAL

La abogacía social se manifiesta particularmente en la actuación del Ministerio Público común o local, en favor de los desvalidos.<sup>41</sup> Uso la expresión en una de sus acepciones estrictas: desamparados, por diversas razones. Es el caso de los menores, de los incapaces, de los ausentes. No pueden proveer a su propia defensa, a su propio amparo, porque carecen de las condiciones materiales (salud mental, cabal discernimiento) y jurídicas (capacidad de ejercicio, *legitimatio ad processum*) para hacerlo en forma directa, o porque no se hallan presentes ni representados donde surge el litigio o se requiere una decisión que afecta sus intereses (ausentes).<sup>42</sup>

Se ha dicho que en este campo el Ministerio Público constituye la “quinta rueda del carro”: su intervención es perturbadora o estéril, y por ello indeseable.<sup>43</sup> Pero lo mismo se ha manifestado acerca de la participa-

41 Afirma Fenech que en lo civil el Ministerio Público interviene siempre que haya que “representar intereses de personas desvalidas carentes de organismos tutelares, en los que se refieran al estado o condición de las personas, etcétera”. *Derecho procesal penal*, cit., p. 314.

42 Sobre el papel del Ministerio Público en esta materia, Enrique Vescovi hace notar las diversas posiciones que adopta. Cuando actúa en nombre de un incapaz, es un sustituto procesal, pero si aquél tiene representante, el Ministerio Público defiende “los supremos intereses de la sociedad (más que los del propio incapaz, aunque ambos puedan coincidir). Es entonces un tercero en el proceso defendiendo realmente un interés público (social) superior, independiente del de la parte (incapaz, ausente, etcétera)”. *Derecho procesal civil*, Montevideo, Ed. Idea, 1974, t. II, pp. 110 y 111.

43 Alcalá-Zamora y Levene señalan que el proceso penal es el terreno propio del Ministerio Público: “En lo civil, en cambio, su actuación se considera, en general, como contraindicada, hasta el



ción del Ministerio Público en el juicio de amparo. Es obvio que la calificación tiene que ver, sobre todo, con desaciertos en la práctica, no con la pertinencia y conveniencia mismas de que el Ministerio Público intervenga en estos casos, según su naturaleza como órgano tutelar, abogado social, y conforme a los fines plausibles que esa actuación pretende.

En otra ocasión he observado, refiriéndome precisamente a la gestión del Ministerio Público en favor de los desvalidos, que el apoyo al hombre común —el “honrado ciudadano”— no es menos importante para la sociedad que la persecución del delincuente.<sup>44</sup>

Hay otro ámbito en el que se puede ejercer la abogacía social del Ministerio Público, representante o gestor de intereses colectivos. En éstos muchos coinciden, pero nadie es titular exclusivo. Se trata del creciente campo de los intereses difusos: *verbi gratia*, económicos, ecológicos, urbanos, vecinales, etcétera.

Aquí no hay un solo interesado —persona moral o física, u otro centro de imputación jurídica—, sino varios; en rigor, una muchedumbre. Las nuevas formas de convivencia traen consigo la necesidad de actuar solidariamente en asuntos que importan a los que conviven. Con esto se superan los conceptos tradicionales sobre titularidad del interés jurídico y, por ende, legitimación para reclamar la tutela. Esas nociones, bien ex-

extremo de que Jofré, con frase gráfica, la ha considerado como la quinta rueda del carro.” *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft Ltda., 1945, t. I, p. 384. Los mismos tratadistas consideran que el Ministerio Público debe intervenir en los procesos civiles llamados inquisitivos (estado civil y capacidad), así como en puntos relativos a composición y competencia de órganos jurisdiccionales. *Cfr. Ibidem*, p. 385. Pallares rechaza la afirmación de que el Ministerio Público es la “quinta rueda del carro” en el proceso civil. *Cfr. Derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Porrúa, 1968, p. 162. Según Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, “la figura del Ministerio Público aparece cada día con mayor relieve en el campo del proceso civil”. *Instituciones de derecho procesal civil*, 11a. ed., México, Porrúa, 1976, p. 133. Javier Fernández del Castillo examina cerca de treinta materias en que el Ministerio Público está llamado a intervenir en cuestiones civiles, mercantiles y familiares. *Cfr.* “El Ministerio Público. Su intervención en materia civil, familiar y mercantil”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, t. I, año 8, núm. 8, 1984, pp. 464 y ss. Sobre su actuación en asuntos necesarios, *cfr.* Gómez Lara, Cipriano, *Derecho procesal civil*, 3a. ed., México, Trillas, 1987, p. 230. Calamandrei indica que en este orden de materias el Ministerio Público no interviene para defender alguno de los intereses en conflicto, “sino para vigilar, situándose por encima de esos intereses partidistas, el interés superior y genérico en la observancia de la ley. Su posición, pues, es intermedia entre la del juez y la de las partes privadas: actúa como una parte, pero en interés superior al de las partes, es decir, en el interés imparcial de la justicia”. *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, t. II, p. 437.

<sup>44</sup> *Cfr.* “Presente y porvenir de la procuración de justicia”, *Discursos de política y justicia*, cit., p. 24.

ploradas en el doble plano sustantivo y adjetivo, bloquean la atención de temas relevantes hoy día, y así restan protección a los individuos.<sup>45</sup>

En tal virtud, el Ministerio Público —que ya es, se dice, representante social— debe concurrir, en nombre o para satisfacción del conjunto, a la tutela de los intereses difusos. Existen para ello las mismas razones, por lo menos, que justifican la presencia del Ministerio Público en favor de la familia, de los menores o de los ausentes. Si el Ministerio Público no asume estas funciones, con resolución y eficiencia, pronto surgirán —y ya han surgido, de alguna manera— órganos que la desempeñen. Así, el Ministerio Público habrá dejado pasar una oportunidad histórica.<sup>46</sup>

## XI. PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS

Denomino esta parte de mis comentarios con el concepto de nuestra Ley Suprema, “persecución de los delitos” (artículo 21, que recientemente incorporó, sin verdadera necesidad, otro término: investigación, evidentemente abarcado por la persecución), que la norma secundaria, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria desarrollan en dos extremos: averiguación (instrucción administrativa) y ejercicio exclusivo de la acción penal.<sup>47</sup> Aquéllo hace del Ministerio Público una autoridad indagadora,

45 A propósito de los intereses difusos, Mauro Cappeletti indica que en nuestra época aparecen “nuevos derechos y deberes que, sin ser públicos en el sentido tradicional de la palabra, son, sin embargo, colectivos”. Nadie es titular de ellos. Se pregunta, en efecto: “¿A quién pertenece el aire que respiro?”. El mismo autor considera que el Ministerio Público, dominado por las características de su multiseccional historia, carece de “la posibilidad de adaptación a una función nueva y extremadamente importante”: la tutela de esos intereses. Es “demasiado semejante al juez... para ser idóneo, cultural y psicológicamente, para devenir el dinámico paladín de intereses (económicos, religiosos, raciales, etcétera), de grupos, de comunidades, de clases”. A juicio del citado autor, esa tutela debe colocarse en una conjunción de organismos públicos e iniciativa de particulares o grupos privados directa o indirectamente interesados. *Cfr.* “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”, *Revista di Diritto Processale*, año XXX, núm. 3, 1975, pp. 372, 375, 383 y ss. En Italia, la jurisprudencia administrativa procura la “subjetivización” de esos intereses, a fin de estimar la lesión que ocurre en la esfera “personal” de sujetos individuales o colectivos. *Cfr.* Angiuli, Annamaria, “La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa”, *Diritto e società*, núm. 2, 1983, pp. 346 y ss.

46 El Ministerio Público “deja pasar las novedades de la existencia, sin asumir la gestión de intereses sociales emergentes —él, que debiera representarlos— y se reduce al monopolio de requerir la pena. No es que esto no importe. Es que no es lo único que interesa. Hay una inmensa corriente de valores y bienes que aguardan —diremos: que reclaman— representación social que los represente”, señalé en “Presente y porvenir de la procuración de justicia”, *Discursos de política y justicia*, *cit.*, p. 24.

47 En opinión de Alcalá-Zamora, el Ministerio Público es pieza clave de la justicia penal en México, donde a todas luces padece de hipertrofia. *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, México, UNAM, 1966, pp. 9-12.

ante la que comparece el individuo en una relación (no procesal todavía) que se desarrolla en una sola línea. Comunica al indagador con el inculcado.<sup>48</sup> Lo segundo apareja la discutida condición de parte<sup>49</sup> en el proceso penal; parte, que normalmente —pero no inexorablemente— acusa.

Es en este punto donde más destaca la actividad del Ministerio Público en general, y del mexicano en particular.<sup>50</sup> No digo, por supuesto, que sea la atribución más importante, sino la más visible o notoria, y para muchos la más característica. Sucede a tal grado, que la comunidad confunde

48 Carnelutti considera un error encomendar al Ministerio Público la instrucción sumaria. “La instrucción es oficio de juez, no de parte”. “Poner en su puesto al Ministerio Público”, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1961, pp. 216 y 217. Guarneri considera que debe sujetarse al Ministerio Público a sus funciones como parte y retirarles poderes análogos o iguales a los del juez. *Cfr. Las partes en el proceso penal*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ed. José M. Cajica, Jr., 1952, pp. 258 y ss. Mario Chivario señala que la reforma procesal penal italiana priva al Ministerio Público de poderes que lo han hecho “parajurisdiccional” (dirección de la actividad instructora y facultades sobre la libertad personal del inculcado) y destaca su papel como órgano de investigación y titular de la acción penal. Para esto le incumbe la “indagación preliminar”, cuya finalidad es el “ejercicio de la acción”. *Cfr. La reforma del proceso penal*, Turín, UTET, 1988, pp. 97 y ss.

49 Es copiosa la bibliografía sobre este punto, que no desarrollaré ahora. Me remito a mi *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, cap. VIII, apartados 4 y 5. Escribe Clariá-Olmedo: “El Ministerio Fiscal, es, pues, un órgano de justicia al igual que el tribunal, pero no ejercita el poder jurisdiccional, lo que es privativo de éste; es el órgano judicial público instituido para excitar la decisión del órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción. Salvo esta fundamental diferencia, ambos son representantes de la soberanía en la rama judicial, y deben actuar conforme a las prescripciones legales”. *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, EDIAR, 1962, t. II, p. 290.

50 En un estudio de estas características no es posible proporcionar una noticia amplia sobre la muy abundante bibliografía y hemerografía mexicanas acerca del Ministerio Público en el procedimiento penal. Por ello, a continuación sólo menciono algunas obras frecuentemente consultadas, que contienen información al respecto: Franco Sodí, Carlos, *El procedimiento penal mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 1987, pp. 43 y ss.; González Bustamante, Juan José, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 36 y ss.; González Blanco, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1975, pp. 44 y ss.; Rivera Silva, Manuel, *El procedimiento penal*, 16a. ed., México, Porrúa, 1986, pp. 39 y ss.; Piña y Palacios, Javier, *Derecho procesal penal. Apuntes para un texto y notas sobre anparo penal*, cit., pp. 59 y ss.; Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 11a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 77 y ss.; Acero, Julio, *Procedimiento penal*, 5a. ed., Puebla, Ed. Cajica, 1961, pp. 29 y ss.; Osorio y Nieto, César Augusto, *La averiguación previa*, 3a. ed., México, Porrúa, 1985, pp. 1 y ss.; Briseño Sierra, Humberto, *El enjuiciamiento penal mexicano*, México, Trillas, 1976, pp. 93 y ss.; Borja Osorio, Guillermo, *Derecho procesal penal*, Puebla, Ed. José M. Cajica, Jr., 1969, pp. 91 y ss.; Hidalgo Riestra, Carlos, *Derecho procesal penal mexicano*, Guadalajara, 1986, pp. 119 y ss.; y García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, caps. VII y VIII. Asimismo, es útil la consulta de los códigos comentados o anotados; entre ellos figuran los de Díaz de León, Marco Antonio, *Código Federal de Procedimientos Penales comentado*, 2a. ed., México, Porrúa, 1989; Pérez Palma, *Guía de derecho procesal penal*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1975; y Durán Gómez, Ignacio, *Código Federal de Procedimientos Penales anotado*, México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1989.

al Ministerio Público con un acusador público, exclusivamente, y así lo identifica, ignorando las otras funciones que le atañen.

No sólo la sociedad incurre en esta confusión, que altera la identidad del Ministerio Público: el propio Ministerio Público yerra a menudo y se cree investigador y acusador, a secas. En este binomio, la misión investigadora acaba por prevalecer sobre la acusadora: la averiguación previa destaca sobre el proceso. Entonces el Ministerio Público se replantea, ante los ojos de todos y ante los suyos, como investigador de los delitos.

Para localizar históricamente la tarea persecutoria del Ministerio Público (cuyos antecedentes se hallan en todos los personajes que fueron asumiendo, a lo largo del tiempo, facultades oficiales de indagación y acción punitiva), recordemos la suerte del *ius puniendi*. El derecho de sancionar —o el “hecho” del castigo, cuando no había claro deslinde entre la venganza privada y la reacción jurídica—<sup>51</sup> quedó finalmente en manos del Estado. Es, en realidad, uno de los atributos nucleares del poder social organizado como poder político. En el contrato hipotético, los hombres entregaron al soberano la potestad de castigar a los delincuentes<sup>52</sup>, que luego se traduciría —hasta cierto punto— como potestad de “readaptar”: así, Estado “redentor”, ya no Estado “punitivo”.<sup>53</sup>

Ese *ius puniendi* se analiza de diversa manera. En una de las versiones, que ha prevalecido en México, excluye de plano la injerencia persecutoria de la comunidad (que aparece en la acción popular) y del ofendido (que aflora en las acciones particular y privada). Esto ocurre del mismo modo en que “el pueblo” se alejó de las tareas jurisdiccionales

51 La venganza no es el origen de la pena. Cada una tiene fundamentalmente, naturaleza y genealogía propias, asegura Jiménez de Asúa. *Cfr. Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, t. I, pp. 242 y 243.

52 La necesidad “obligó a los hombres a ceder parte de su libertad, y, por tanto, es cosa cierta que ninguno de nosotros desea colocar en el depósito público más que la mínima porción posible, tan sólo aquella que baste a inducir a los otros a defender el depósito mismo. El conjunto de estas mínimas porciones posibles, forma el derecho de penar; todo lo demás es abuso, y no justicia; es un hecho y no ya un derecho”. Beccaria, César, *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ed. José M. Cajica, 1957, p. 66. Un siglo antes, John Locke había establecido que en estado de naturaleza el hombre tiene el poder de castigar los delitos cometidos contra la ley. Al entrar en sociedad, “renuncia de una manera total al poder que tenía de castigar, y compromete su fuerza natural, esa fuerza de la que antes podía servirse por su propia autoridad para ejecutar la ley natural, según creía conveniente, a ponerla al servicio del Poder Ejecutivo de la sociedad, cuando sus leyes lo exijan”. *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Armando Lázaro Ros, 4a. reimp., Madrid, Aguilar, 1980, pp. 95 y 96.

53 *Cfr.* Mi punto de vista sobre esta cuestión, en “El Estado y la pena”, *Justicia penal*, pp. 65 y 66.

para dejarlas, íntegramente, en manos de órganos permanentes y profesionales del Estado. Es el cambio del jurado popular por el juez letrado.

Si es preciso que alguien “persiga” los delitos, y ya no puede hacerlo el pueblo, por conducto de algún ciudadano (*quivis de populo*), ni el ofendido, surge naturalmente un órgano público, el Ministerio Público, como sustituto de aquellos vindicadores. Ese órgano funda su tarea persecutoria en una dimensión del *ius puniendi* (hay otras, que competen a figuras públicas diferentes: juzgadores, ejecutores). Le incumbe encauzar la pretensión punitiva a través de la acción procesal.<sup>54</sup> Empero, los particulares conservan posiciones, que en la hora presente crecen: la querrela, requisito de procedibilidad, mediatiza el desempeño del Ministerio Público. Esto, que parecía un bastión del viejo sistema punitivo, hoy reverdece. Hay buenas razones para que así sea.

El abogado agente del Ministerio Público no debe perder de vista el significado o la trascendencia de su trabajo desde dos perspectivas. Una, evidente, la del caso concreto, en sí mismo; otra, el *vínculo entre ese caso y la función global del Ministerio Público*, la política de defensa social y el prestigio de la institución. Ya hemos dicho que la conducta de cada agente, en cada caso, determina la imagen que el pueblo forma sobre aquélla. No tiene otros datos —ni servirían, por inasibles, para establecerla—.

El Ministerio Público como investigador de los hechos y de la participación delictuosa y como parte —con características especiales— en el proceso penal, tiene a su cargo acreditar que la vía legal es un medio eficaz para la seguridad pública, y que la defensa social no necesita las

54 El monopolio en el ejercicio de la acción confiere al Ministerio Público un gran poder y una grave responsabilidad en el procedimiento penal. Retiene la facultad de promover la actuación jurisdiccional y la potestad de fijar el tema del proceso. Sobre este último punto —y sus consecuencias en cuanto al auto de formal prisión— hay diversas opiniones. En mi concepto, el Ministerio Público consigna “hechos”, provisionalmente clasificados bajo un probable tipo legal. A lo largo del proceso, el inculcado se defiende de esa atribución de hechos, que no puede variar a partir del auto de formal prisión o sujeción a proceso; no se defiende de una “clasificación técnica”. Ésta puede variar en las conclusiones del Ministerio Público y en la sentencia. *Cfr.* mi *Curso de derecho procesal penal*, cit., cap. VIII. Hay otros puntos de vista. En este sentido, Jesús Zamora Pierce sostiene que el artículo 19 constitucional, relativo al auto de formal prisión, no sólo se refiere a los hechos sometidos a conocimiento del juzgador, sino a la clasificación de éstos, que debe hacer el juez. Si el Ministerio Público no impugna el auto, sus conclusiones deberán conformarse con la clasificación judicial. *Cfr. Garantías y proceso penal*, 3a. ed., México, Porrúa, 1988, pp. 57 y ss. El punto ha sido ampliamente explorado en derecho extranjero. Por ejemplo, Francisco Soto Nieto considera que el tribunal no puede ir más allá de los hechos contenidos en la acusación, pero no está vinculado por la versión jurídica que sobre éstos suministre el Ministerio Público. Rige la fórmula *jura novit curia*. *Cfr. Correlación entre acusación y sentencia*, Madrid, Ed. Montecorvo, 1979, pp. 15 y ss.

“vías de hecho”, desprovistas de asidero jurídico, sino las repudia y se basta sin ellas.<sup>55</sup>

En tal virtud, del Ministerio Público se espera —nada menos— que acredite la eficiencia del Estado de derecho y que preserve, en este marco, los derechos humanos. No aludo sólo a los derechos del inculpado, siempre en riesgo, sino también y con *idéntico énfasis*, si no mayor, a los de la *víctima* y a los de quienes forman la *sociedad*. No se olvide que éstos también tienen derechos “humanos” merecedores de tutela: entre ellos, el clásico derecho a la seguridad.<sup>56</sup> El Estado de derecho (justo, no sólo formal) tiene un alto valor moral. En éste radica su mejor argumento. Pero ceden el valor moral y todos sus argumentos cuando no los apoya la eficiencia.

Al igual que otros participantes procesales, el Ministerio Público afronta el problema del jurista ante la ley injusta.<sup>57</sup> Una expresión de ese problema existe, por ejemplo, cuando la aplicación de la ley penal apareja una injusticia, o bien, por el contrario, cuando la injusticia se presenta y no hay ley penal que la resuelva. Esto se relaciona lo mismo con el exceso o la deficiencia en la tipificación, que con la deficiencia o el exceso en la sanción.

Ahora bien, el Ministerio Público —aplicador de la ley, no legislador— está *obligado por la norma vigente*, precisamente en sus términos (los que produzca la interpretación, que jamás será generadora o derogadora del tipo y de la pena). Prevalece entre nosotros el principio de *legalidad* en el ejercicio de la acción, no el de oportunidad (aunque este principio se ha visto comprometido por el peligroso sistema que introdujo, en 1996, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada), que puede evitar algunas injusticias, a cambio de consumir otras, tal vez muchas más.<sup>58</sup>

55 Al respecto, *cf.* mi comentario en *Narcotráfico. Un punto de vista mexicano*, *cit.*, pp. 167-169.

56 Así, el artículo 2o. de la *Déclaration de 1789*: “La finalidad de toda asociación política es la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. La incorporación del tema de la seguridad pública en el artículo 21 constitucional, a raíz de las reformas de 1994-1995, sugiere que existe un derecho individual a la seguridad pública.

57 Se dice que el jurista y el juez, en tanto tales, deben aplicar la ley injusta o renunciar a su desempeño. La lucha demoledora contra el orden jurídico injusto, compete al pueblo. Se trata ya de una revolución, cuya justificación profunda no es jurídica, sino ética. *Cfr.* Manzanilla Schaffer, Víctor, *El jurista ante la ley injusta*, México, Imprenta Universitaria, 1948, pp. 123 y ss.

58 En un interesante estudio sobre este asunto. Winfried Hassemer señala que la legalidad acentúa “la idea de justicia; la oportunidad, la de conveniencia (efectividad e inteligencia política). Por ello una opción político-criminal debería tener en cuenta que la justicia es el fin, pero que la conveniencia es una condición restrictiva de la persecución del fin; expresado más sencillamente: tanta lega-

En fin, el Ministerio Público debe “aplicar la ley” en la averiguación y en el proceso —hasta donde le incumbe en su calidad de parte—, sin perjuicio de que, fuera del procedimiento penal, pueda y deba “opinar sobre la ley”. Con esto ya entraría en las tareas, a las que arriba aludí, de “promoción de la justicia”.<sup>59</sup>

El defensor ha de resolver el delicado problema, moral y jurídico, de la defensa del culpable. Es una decisión que se entrega a su conciencia. Hay, pues, espacio para el arbitrio. Esto no sucede con el Ministerio Público ni con el juzgador. El Ministerio Público guía su actividad bajo el concepto de autoridad de buena fe y parte de buena fe.<sup>60</sup> (En realidad, autoridad a parte vinculadas a la ley: magistratura de la ley, a semejanza

lidad como sea posible y tanta oportunidad como sea (actual, económica y políticamente) necesaria”. “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, trad. de Silvina Bacigalupo, en *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, 1988, núm. 50, p. 19.

59 Tanto el Ministerio Público como el órgano jurisdiccional se hallan gobernados por la ley, que deben aplicar rigurosamente. Una interesante solución —de política criminal, no de inobservancia de la ley en el caso concreto, es decir, de *lege ferenda*, no de *lege lata*— contiene el Código Penal español de 1995, en la misma ruta de su precedente, cuando dispone que en caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá el gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. Del mismo modo, acudirá el gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo. La aplicación del principio de oportunidad por parte del Ministerio Público se proyectaba en el “desistimiento de la acción penal”, que desapareció en la reforma de 1983, aunque luego se haya invocado, desacertadamente, en la reforma de 1994-1995 al artículo 21 constitucional. Esa práctica tenía sustento ético o social, pero no legal. En lugar del desistimiento surgió la “promoción del sobreseimiento”, sujeta a factores limitativamente estipulados en la ley. *Cfr. Justicia y reformas legales, cit.*, pp. 377-379. Hoy día, la oportunidad persecutoria se ha filtrado, desgraciadamente, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996. *Cfr. mi crítica en Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 110 y ss.

60 Carnelutti observa que “si hay una figura ambigua en el proceso, civil y penal, es el Ministerio Público”. Recuerda la cuadratura del círculo: “¿no es como reducir un círculo cuadrado, construir una parte imparcial?”. “Poner en su puesto al Ministerio Público”, *Cuestiones sobre el proceso penal, cit.*, p. 211. Calamandrei señala: “Entre todos los oficios judiciales, el más árduo me parece el del acusador público; el cual, como mantenedor de la ley, deberá ser imparcial como un juez”. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, EJE, 1969, p. 60. Agudamente, Calamandrei se refiere a la necesidad del Ministerio Público en el proceso penal: “el Estado ha creado una especie de antagonista oficial del abogado defensor, cuya presencia evita que el juez entre en discusión con él e inconscientemente se forme un estado de espíritu contrario al acusador. Así, en el proceso penal, donde el interés de parte hubiera quedado satisfecho con un solo abogado, el Estado ha sentido la necesidad de colocar dos, a fin de contraponer, a la natural parcialidad del defensor, una especie de parcialidad artificial, destinada a alimentar desinteresadamente la polémica, de la cual tiene necesidad el juez para sentirse por encima de ellos”. *Ibidem*, p. 129.



del juzgador). Aquello es, obviamente, tanto o más importante que esto, porque en el proceso existe control por el tribunal, a quien corresponde, finalmente, decidir. En cambio, en la averiguación previa el Ministerio Público es órgano de decisión.

El Ministerio Público no ha de consignar o acusar a inocentes, ni podrá abstenerse de hacerlo si se trata —a su juicio— de culpables (con la salvedad, ya mencionada, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que introduce el criterio de oportunidad). La expresión “presunto” o “probable” responsable tiene más sentido para el juez que para el Ministerio Público. En el “juicio” que se desarrolla durante la averiguación previa, el Ministerio Público *resuelve que el indiciado es responsable*. Así ocurre psicológicamente, pese a la forma que ha querido —con razón— observar la ley.

En suma, el agente *sólo compromete* la búsqueda de la *verdad material*, finalidad del procedimiento penal que ante él se realiza.<sup>61</sup> La institución a la que pertenece procura la aplicación de la ley para que exista justicia penal:<sup>62</sup> la hay lo mismo en la acusación del culpable que en la exoneración del inocente. En caso de duda, el juez actúa conforme al principio *in dubio pro reo*. No así el Ministerio Público, que en este caso se halla dominado por la tradicional preocupación persecutoria de su “representada”, la sociedad. Rige, pues, el principio *in dubio pro societate*. Esta conducta ofrece la ventaja, además, de que salva el caso para el conocimiento del órgano jurisdiccional. Así, en semejante hipótesis el Ministerio Público no despliega sus funciones “parajurisdiccionales”, que condicionan a fondo la resolución del juzgador o la evitan de plano, sus trayendo el tema a los tribunales.

61 Prevalece la “investigación de la verdad efectiva, material, histórica”. Se trata de conocer “la realidad de los acontecimientos que son el contenido de hecho del objeto del proceso”; esa verdad “debe aparecer íntegra, genuina, sin manipulaciones ni restricciones”. Florian, Eugenio, *Elementos de derecho procesal penal*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Bosch, s/f, p. 59.

62 Clariá-Olmedo habla de acción penal como poder, que es de naturaleza sustancial, “pero procesalmente proyectada en cuanto a su ejercicio”. Explica que “mientras el poder punitivo del Estado tiende al castigo del culpable y se ejercita administrativamente aun cuando con el control jurisdiccional, el poder de acción persigue que la jurisdicción, con un criterio imparcial, establezca si el Estado debe o no hacer valer aquel poder punitivo en un caso concreto...; cuando el órgano del Estado ejercita el poder de acción penal, pone frente a la jurisdicción el interés social, el cual, en su forma más general, se traduce en la persecución del castigo para el verdadero culpable; pero el inocente es protegido también por el público y autónomo poder sustancial de acción penal”. *Tratado de derecho procesal penal*, cit., t. I, pp. 299 y 300.



## XII. SISTEMA DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA

En todo caso es necesario armonizar las acciones dirigidas a procurar y administrar justicia. Debieran ser “partes de un sistema”; por ende, apoyadas en la misma base y destinadas al mismo objetivo. Si esto es siempre necesario —para conferir *coherencia* y *eficiencia* a las tareas públicas y privadas—, es preciso acentuar el requerimiento cuando se trabaja, como en México, en un régimen federal.<sup>63</sup>

Cada Estado de la Unión tiene atribuciones propias y autónomas —“soberanas”— en procuración y administración de justicia: sus leyes y sus instituciones,<sup>64</sup> sólo condicionadas por los mandatos generales de la norma constitucional. Ésta, que estipula para todos (garantías individuales, estructura de los poderes formales, ciertas reglas de procedimiento), también dispone o permite la colaboración entre las partes, indispensable para mantener la unidad de la República. Así sucede a propósito de la validez de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales, que

63 Se ha sugerido la unidad o, al menos, la uniformidad del derecho penal sustantivo. En cuanto al adjetivo, *cfr.* Alcalá-Zamora, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, *cit.*, pp. 9-12, y Malo Camacho, Gustavo, *Conveniencia de la uniformación del derecho de procedimientos penales mexicanos*, México, 1962, pp. 96-98. La llamada “unificación de las leyes orgánicas del Ministerio Público”, específicamente, fue examinada en el Segundo Congreso Nacional de Procuradores (México, 1963). En favor se pronunciaron Fernández Doblado, Luis, “Necesidad de unificar las leyes orgánicas del Ministerio Público en México”, *Criminalia*, año XIX, núm. 8, 1963, p. 457, y Toca Cangas, Amador, “Bases para uniformar las leyes orgánicas del Ministerio Público del Distrito y Territorios Federales y demás entidades federales”, en *ibidem*, p. 449. Este autor propone que para la uniformidad se tome como referencia el sistema seguido por la legislación federal. Sobre la conveniencia de “uniformar los criterios rectores de las diversas leyes del Ministerio Público”, *cfr.* Franco Guzmán, Ricardo, “Uniformidad de las reglas relativas al Ministerio Público en toda la República”, *El Foro*, 1963, núm. 42, pp. 166-169. Esta cuestión se planteó, asimismo, en la Reunión Nacional de Procuradores, de 1986. *Cfr. Memoria de la Reunión Nacional de Procuradores Generales de Justicia*, 1986, México, Procuraduría General de la República, 1986, t. I: *Conclusiones y recomendaciones*, pp. 181 y 187 y t. II (ponencia “La uniformidad de las leyes del Ministerio Público”, por Fernando García Barna), pp. 681 y ss.

64 El Ministerio Público no puede impugnar la sentencia de segunda instancia. En cambio, el inculpado puede hacerlo mediante amparo directo. Así resultan mejor atendidos los intereses del fisco —por el acceso de la autoridad *hacendaria*— a la “revisión fiscal”, ante la justicia federal que los intereses de la sociedad a propósito de la seguridad y la justicia, característicos de la materia penal. Señalando el mejor camino del porvenir, la fracción III del artículo 7 de la Ley de la Procuraduría General de la República, de 1983, estipuló que la persecución de los delitos del orden federal comprende: “Impugnación en los términos que la ley prevenga, de las sentencias definitivas que causen agravio a los intereses jurídicos de la sociedad, cuya representación corresponde al Ministerio Público”. Se abrió, pues, la facultad de la institución, pero no se estableció la vía procesal para ejercerla. *Cfr. Justicia y reformas legales*, *cit.*, p. 232.

se ordena (artículo 121 de la Constitución).<sup>65</sup> Igualmente ocurre en la concertación para ejecutar penas privativas de libertad, que se permite (artículo 18, tercer párrafo, *idem*).<sup>66</sup>

Así como existen jurisdicciones concurrente y auxiliar (de la justicia común a la federal) en materia de amparo, hay una jurisdicción auxiliar para la primera etapa de la instrucción judicial penal: los tribunales del fuero común pueden recibir consignaciones por delitos de orden federal cometidos en otras entidades federadas, practicar diligencias urgentes e indispensables y resolver sobre la libertad provisional y la situación jurídica del inculpado, mediante auto de formal prisión o de libertad por falta de elementos para proceder.

En ese punto se manifiestan el *carácter unitario* de la República —sin perjuicio de las competencias material y territorial— y la *prioridad* de las garantías conectadas inmediatamente con la seguridad jurídica (libertad personal y definición procesal), sobre aquellas vinculadas con la capacidad objetiva en concreto del juzgador, la competencia, inclusive en lo referente al “juez natural”.

Las atribuciones federales se trasladan a organismos locales en el caso, insuficientemente estudiado, de los menores de edad que infringen leyes penales federales. En la actualidad existe un panorama dual en la justicia para menores. En el Distrito Federal, la Federación y varias entidades se ha recibido, bajo el título de “garantista”, una corriente “penalizadora”; en otras entidades persiste la corriente tutelar. El error estriba —lo he manifestado en diversos artículos— en oponer lo tutelar a lo garantista; la verdadera oposición ocurre entre lo garantista y lo no garantista, por una parte, y lo tutelar y lo penal, por la otra.

La colaboración entre instituciones del Ministerio Público puede plantearse en diversos campos. Descuella el penal, en dos direcciones: intervención en averiguaciones previas, para auxiliar al Ministerio Público competente, y cooperación en tareas de carácter jurídico, técnico u orgánico: preparación de normas, ayuda pericial, formación de personal. De este modo, la legislación de 1983 puso las bases —jurídicas y prácticas—

65 Este precepto se halla dentro de las “normaciones complementarias de nuestro sistema federal”, que dice Tena Ramírez. Las hay de tres categorías: “obligaciones positivas para los Estados miembros, prohibiciones para los mismos, y facultad de intervención de los poderes centrales en los Estados miembros”. *Derecho constitucional mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1955, p. 171.

66 Cfr. mi estudio del tema en *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1967, pp. 53 y ss., y *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1978, pp. 9-11, 59-64 y 253-267.

para el desarrollo del “Sistema nacional de procuración de justicia”.<sup>67</sup> Hoy día, este régimen se ha reconducido dentro del “Sistema Nacional de Seguridad Pública”, derivado de los párrafos quinto y sexto del artículo 21 constitucional aportados por la reforma de 1993-1994.

En este mismo orden es preciso tomar en cuenta el régimen de convenios para auxilio procesal instituido por la misma reforma de 1993-1994 al artículo 119. Esta desafortunada modificación constitucional sustituyó el principio de legalidad procesal penal —antes recogido en una ley de extradición interna, ciertamente envejecida— por un sistema de convenios entre autoridades ejecutivas.

No basta con el sistema nacional: ni el delito, ni otros procesos sociales —de variada naturaleza—, se detienen en las fronteras. En un mundo de comunicación intensa, de hombres y naciones interdependientes, es regla la relación entre Estados, no menos que entre individuos y grupos sociales. Esto trae consigo muchas previsiones y consecuencias jurídicas: ante todo, la reelaboración del derecho internacional (tan mellado, sin embargo, por actos de fuerza arrasadora, que lo atrasan varios siglos). En el orden jurídico de gentes, cuyos sujetos fueron solamente los Estados —y los seres humanos apenas como “súbditos”, no como “hombres”, con valores propios—, han aparecido otros protagonistas. Es el caso de los particulares, precisamente, en una versión evolutiva y ambiciosa de los derechos humanos.<sup>68</sup> También en el supuesto de corporaciones con enorme influencia o alcance, social y económico. Por esta vía, la influencia y el alcance llegan a ser políticos.<sup>69</sup>

El Ministerio Público Federal no es ajeno a esta realidad de nuestro mundo y de nuestro tiempo. No cumple funciones diplomáticas, ciertamente, pero tampoco puede ausentarse de una escena que interesa al derecho nacional y al derecho de las naciones, en su conjunto. Aquí se sostiene

67 Los primeros acuerdos de coordinación entre la Federación y los estados, acerca de procuración de justicia, se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de agosto de 1984. Correspondieron a los estados de Baja California Sur, Coahuila, Chihuahua, Hidalgo, Michoacán, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán. En este orden de cosas, tuvo destacada importancia el Acuerdo del 26 de julio de 1986, suscrito por los procuradores generales de Justicia de la República “para el establecimiento del sistema nacional de información y colaboración interinstitucional”. Figura en la *Memoria de la Reunión Nacional de Procuradores Generales de Justicia*. 1986, cit., t. I, pp. 209-218.

68 Me refiero a este punto en *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, Librero-Editor, 1988, pp. 53 y ss.

69 Cfr. Friedmann, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional*, trad. de Agustín Barcena, México, Trillas, 1967, pp. 259 y ss.

ne, nuevamente, una abogacía del Estado. Por ello debiera concurrir a las contiendas en que se compromete al Estado mismo, a la Federación, de la que es representante judicial. No desplaza a otras autoridades, pero no debe ser desplazado en una representación que la Ley Suprema le confiere.

Incumbe a la institución del Ministerio Público Federal, en este caso sólo por medio de su jefe, el procurador general, promover ante el Ejecutivo los instrumentos de carácter internacional que estime necesarios —convenios, tratados, acuerdos, declaraciones, etcétera—, en la materia de su competencia. No queda incluida, pues, la suma de los temas que México maneja en su trato con otras potencias. Sin embargo, es muy amplio el campo para el desempeño de la institución, *verbi gratia*, todas las cuestiones de colaboración procesal y ejecutiva, en los diversos fueros; asimismo, las referentes a la investigación de delitos. Aquéllo abarca la extradición y el asilo. En el primer caso, se brinda la colaboración procesal de un país a otro; en el segundo, se niega, por razones humanitarias o de interés político generalmente aceptadas: perseguidos políticos o religiosos, principalmente.

La investigación y persecución de delitos con trascendencia o efectos internacionales, se vincula al derecho penal internacional cuyo ámbito es todavía discutido<sup>70</sup> y a cuya construcción colabora notablemente el reciente convenio para erigir un Tribunal Penal Internacional (Roma, 1998), ciertamente preferible a los tribunales específicos constituidos por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como son los correspondientes a crímenes de lesa humanidad en la antigua Yugoslavia y en Ruanda. En alguna de sus acepciones, ese derecho penal internacional incorpora a la extradición y al asilo.

En este punto hay que tomar en cuenta los términos actuales de la fenomenología delictiva. Las comunicaciones favorecen el traslado de delincuentes, que así se sustraen a la acción de la justicia: lo mismo responsables de delitos “tradicionales” que de crímenes “modernos”. También observemos que la evolución del delito implica trascendencia territorial de la conducta ilícita y de sus consecuencias. A esto se alude cuando se habla de delitos “transnacionales”. Hoy día, ciertos comportamientos

<sup>70</sup> Cfr. Scharzenberger, Georg, “The problem of an international criminal law”, en Mueller, Gerhard O. W. y Wise, Edward M. (eds.), *International Criminal Law*, Londres, Fred B. Rothman & Co., N. J., Sweet & Maxwell Ltd., 1965, pp. 3 y ss., donde el autor se refiere a seis acepciones o proyecciones del derecho penal internacional; y Glaser, Stefan, “Le Droit international pénal et sa codification”, *Estudios jurídicos. Homenaje al P. Julián Pereda*, Bilbao, S. I., Universidad de Deusto, 1965, pp. 397 y ss.

irregulares pretenden abarcar una parte del mundo, o todo éste, si se pudiera. El crimen ya no es el drama entre dos sujetos bien identificados, vecinos. Pasó de la calle a la colonia, de ésta a la ciudad, luego a la nación y finalmente a la comunidad internacional. Hay ejemplos elocuentes, característicos: la delincuencia contra la salud; también la delincuencia económica; otras: tráfico de personas y de armas, menoscabo de la propiedad intelectual, etcétera.<sup>71</sup>

El Ministerio Público Federal y su auxiliar la Policía Judicial del mismo fuero —además de los órganos que brindan auxilio en otros planos del Estado: Ministerio Público y Policía Judicial del fuero común; esta última puede tener otras denominaciones, prohijadas por la nueva redacción del artículo 21 constitucional— están llamados a ser el “eslabón mexicano” de esta cadena binacional, regional y mundial de lucha contra el delito.<sup>72</sup> Ha de ser esmerado, eficiente y vigoroso su trabajo: *se vincula con la seguridad del país*, no sólo frente a grupos delictivos, sino ante las demandas y presiones de otros países. La persecución internacional de ciertos delitos, señaladamente el narcotráfico, ya es un tema destacado en el trato entre los Estados.<sup>73</sup>

Es importante, a mi juicio, subrayar el esfuerzo por retener este asunto dentro de límites razonables y admisibles, en forma que no se vulnere —de golpe o paulatinamente— la soberanía mexicana so pretexto —o con la razón, que pudiera parecer atendible— de la tarea compartida contra el delito. Por ello nuestro ordenamiento incorporó, bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1983, aunque en año posterior a la expedición de ésta (1987), lo que he llamado una “cláusula de reserva soberana”.<sup>74</sup>

71 Sobre la evolución del delito, *cfr. Los derechos humanos y el derecho penal, cit.*, pp. 194 y ss.

72 En este rubro cobran importancia los instrumentos internacionales de colaboración o asistencia procesal. Para asuntos penales, México ha suscrito un tratado con España, que abarca extradición y asistencia procesal. Sobre esta última materia, el 9 de diciembre de 1987 se suscribió un convenio con Estados Unidos de América, aprobado por la Cámara de Senadores (*Diario Oficial de la Federación* del 8 de enero de 1988).

73 *Cfr. Narcotráfico. Un punto de vista mexicano, cit.*, pp. 79 y ss. Se ha fortalecido la acción internacional en esta materia, a través de numerosos convenios multilaterales o bilaterales en los que México es parte. Entre diciembre de 1988 y enero de 1989 fueron suscritos la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena), del 20 de diciembre de 1988, y acuerdos bilaterales sobre esta materia con Estados Unidos de América, el 23 de febrero de 1989; Venezuela, el 11 de julio; Guatemala, el 18 de agosto y Costa Rica, el 13 de octubre. En enero de 1990, fue suscrito un acuerdo similar con Gran Bretaña. Posteriormente se han agregado otros instrumentos similares.

74 *Cfr. Narcotráfico. Un punto de vista mexicano, cit.*, pp. 133, 139 y 140. La citada “cláusula”,  
DR © 2000.

Queda claro que cualquier programa internacional en el que México participe no puede aparejar desconocimiento o sustitución de las funciones de autoridad que en nuestro país se hallan atribuidas, en exclusiva, a los mexicanos. Tampoco se sujeta el país a inspecciones, supervisiones y juicios incompatibles con su calidad de Estado soberano, ni se admite otro género de consecuencias que las estrictamente relacionadas con el programa correspondiente, como sería el retiro de aportaciones monetarias para éste, pero no la obstrucción financiera o comercial, en general, dirigida contra la nación mexicana.

Se previó que esa cláusula constase en los instrumentos básicos de un programa de colaboración. En el fondo, la “cláusula de reserva soberana” obedece a razones idénticas o semejantes a las que determinaron la “cláusula Calvo”, que se incorpora en la documentación de diversos actos jurídicos en que intervienen o pueden intervenir extranjeros.<sup>75</sup> Se trata, en todo caso, de impedir —hasta donde el orden jurídico internacional puede hacerlo— excesos por parte de gobiernos foráneos.

### XIII. EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Obviamente, no he pretendido abordar en las líneas precedentes todas las funciones del Ministerio Público en el Estado y la sociedad contemporáneos. Sólo quise trazar un panorama útil para quienes pretenden servir a esa institución, en el desempeño de su profesión jurídicas. Ojalá que lo dicho contribuya a medir la correspondencia entre la *decisión personal* y

incorporada como párrafo final del artículo 9o. de la Ley de la Procuraduría General de la República de 1983, por adiciones del 2 de diciembre de 1987 (*Diario Oficial de la Federación* del 22 de diciembre), estipuló: “Cualquier apoyo o colaboración para la ejecución de programas, debidamente autorizados se entiende con reserva sobre evaluaciones o medidas que excedan la naturaleza de los programas, otorguen autoridad a personas o entidades extranjeras en territorio mexicano, o involucren consecuencias en materias ajenas al ámbito específico que cubre el programa respectivo. Esta reserva se consignará en los instrumentos que fijen las bases de dichos programas”.

<sup>75</sup> La cláusula Calvo se localiza en la fracción I del artículo 27 constitucional. Dice que el Estado podrá conceder a los extranjeros el derecho de adquirir, en México, el dominio de tierras, aguas y sus accesiones y el de obtener concesiones para explotación de minas o aguas, siempre que esos adquirentes “convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder, en beneficio de la nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo”. *Cfr.* Sepúlveda, César, *Derecho internacional público*, 3a. ed., México, Porrúa, 1968, pp. 205 y ss. Contra la intención de esa cláusula milita la reciente tendencia a “asegurar” las inversiones de los extranjeros.

el *requerimiento institucional*. Habrá que ponderar la vocación, las aptitudes y la capacidad para el ejercicio de una tarea con las características descritas. Por su parte, las instituciones de procuración de justicia deben atender, con el mayor escrúpulo y la más elevada prioridad, la selección y preparación de quienes deseen ingresar a este servicio público.<sup>76</sup>

Ciertamente hay diferencia entre el “tipo de persona” y el “tipo de abogado” que hallarán campo propicio para su desarrollo humano y profesional en el Ministerio Público, y aquellos otros que lo encontrarán en ámbitos distintos —igualmente valiosos—, como la judicatura, la representación jurídica y el asesoramiento, el servicio a órganos públicos, la investigación o la cátedra. Por supuesto, no hay fronteras tajantes ni “fatalidades vocacionales”. Se trata, solamente, de dirigir las fuerzas hacia donde pueden ser mejor aprovechadas por la sociedad y por el propio interesado.

Quien desee ser agente del Ministerio Público —no como “trabajo”, sencillamente, sino como “misión”: *su propia misión en la vida*, encauzada mediante el ejercicio profesional— debe satisfacer los requisitos o condiciones de cualquier profesión jurídica forense. En efecto, el agente es, como hemos dicho, un abogado: de la ley, de la sociedad, del Estado, pero en fin de cuentas abogado que representa y preserva un interés ajeno, del más elevado rango.<sup>77</sup>

Ese desempeño exige *amplia información jurídica*, para el buen cumplimiento de la delicada, polifacética tarea que tiene a su cargo el agente. No es sólo —no debe serlo, ni tener esa “percepción de sí mismo”— un investigador de delitos, un criminalista, un policía. Más allá de su aptitud para la indagación —aunque es, efectivamente, un “instructor” del procedimiento, en sede administrativa—, ha de contar con la preparación jurídica que ilumine y ciña su actividad investigadora: con fundamento, propósito e instrumentos jurídicos, estrictamente.

76 Este punto trascendental fue objeto de conclusiones y recomendaciones adoptadas en la Reunión Nacional de Procuradores Generales de Justicia, de 1986. *Cfr. Memoria de la Reunión Nacional...*, cit., t. I, pp. 179 y 180; 192-194. En el t. II de la Memoria citada aparecen los estudios correspondientes, elaborados por Moisés Rodríguez Santillán, Óscar Amador Soto, Luis Treviño Medrano, Roberto Tocavén García, Luis Valdez Anguiano, Víctor Manuel Piza Duarte, Raymundo García, José Durán Hernández, Sergio Iván Priego Medina y Gustavo Barreto Rangel (pp. 839 y ss.). El trabajo de este autor refiere los objetivos y la experiencia, sobre el particular, del Instituto Nacional de Ciencias Penales: “Selección, capacitación y especialización de los servidores públicos en la procuración de justicia. Ministerio Público, Policía Judicial, Servicios Periciales y otros auxiliares”, pp. 905 y ss.

77 Considera Aguilar y Maya que para realizar “la altísima misión del Ministerio Público” se “requieren hombres sanos, animados del más alto espíritu de libertad, ecuanimidad y justicia”. *Dignidad y funciones del Ministerio Público Federal*, en *rev. cit.*, p. 48.



En esta etapa, el agente debe tener formación suficiente en disciplinas sociales —han de tenerla, en general, los juristas, para mantener vigente su propia disciplina—, que le permita conocer el medio en el que actúa y erigir la nueva circunstancia. Con ello dará sentido universal y dimensión histórica a su abogacía cotidiana. Así podrá advertir las posibilidades de la institución y acomodar el paso —el de ella y el suyo— a las necesidades emergentes. De este modo atenderá con eficiencia las tareas novedosas del Ministerio Público, y tendrá participación diligente y promotora en programas de protección y desarrollo.

Si el Ministerio Público posee —y seguirá teniendo— atribuciones clave en la justicia penal, está obligado al *conocimiento del delito y del hombre*. No solamente derecho penal y procedimientos penales, que suelen ser abstracción y rutina —al menos bajo la perspectiva tradicional, dogmática, que resume al crimen y al individuo en “tipos”, “formas” y “exégesis”—, sino otras ciencias indispensables. Así sabrá el “por qué”, el “cómo”, el “para qué” de su oficio. Irá más allá de los preceptos, sin abandonar, por supuesto, la observancia bienhechora de éstos.

La criminología enseñará al agente lo que no puede ignorar, si ama su profesión y la cumple celosamente, acerca del desarrollo y las características de la delincuencia hoy día. Le informará sobre los medios de prevención y reacción jurídica y social idóneos. Le ayudará a conocer al justiciable —a través del “juicio jurídico”, que no basta— y a comprometer su talento y su tarea con esa otra dimensión de la “verdad material” y con ese otro “objetivo específico” del proceso penal: la individualización de la pena y la medida.

La individualización no obliga sólo al juez: también al agente y al defensor. El abogado social tiene responsabilidad que atender en la defensa social, ampliamente concebida. Por ello, la ley hizo explícito el deber que le incumbe en la fijación de garantías para los fines de la libertad provisional, y en el estudio del inculcado —además del examen de los hechos punibles, la participación delictuosa y las normas aplicables al caso— dentro de las conclusiones. En esta virtud, se involucra en la grave cuestión terminal del proceso e inicio de la ejecución, ambas manifestaciones de la justicia: ¿qué sanción? De tal suerte, el Ministerio Público participa en el diagnóstico, el pronóstico y el tratamiento conducentes a la readaptación social.<sup>78</sup> Si esto

78 Quiroz Cuarón sugiere medidas para que el Ministerio Público pueda conocer en la averiguación previa la personalidad del delincuente, con intervención de técnicos auxiliares debidamente capacitados para este propósito: personal del laboratorio de criminalística, médico-forense y agentes de



se quiere del defensor, acaso excesivamente, no es posible pedir menos al titular de la pretensión de justicia penal.

Todo lo que antecede —atribuciones, requisitos, preparación— halla sentido y nobleza en la conducta del agente: *subordinación al derecho*. Es un *deber* y debe ser una *convicción*, que se traduzca en actitud. Atañe al agente, en forma especial, la *constants et perpetua voluntas summique tribuere*. Como perito en derecho, es capaz de hallar en la ley la obligación sustantiva: lo suyo de cada quien, que él reclamará en procuración de justicia; suyo del individuo, lo mismo la víctima que el malhechor; y suyo de la sociedad, que sólo actúa por medio del Ministerio Público y que, por ende, cifra en él su derecho y su esperanza. Como servidor público le incumbe ese otro deber, ya no sustantivo, sino instrumental: *voluntad firme y perseverante*. Sólo así corresponderá a su encomienda quien es llamado representante social, defensor de la legalidad, parte de buena fe.

Con todo ello, el Ministerio Público hará de su desempeño, verdaderamente, el *ars bonum et aequi* que debiera ser, siempre, la profesión jurídica. Se constituirá en un personaje central de la lucha por el derecho —la más cotidiana, la más necesaria de las tareas— que propuso Rodolfo Ihering.<sup>79</sup>

la Policía Judicial. *Cfr.* “El Ministerio Público y el estudio del delincuente”, *Criminalia*, año XXIX, núm. 9, 1963, pp. 655 y ss. Luis Gerardo Gabaldón subraya la necesidad de examen sobre la personalidad del inculcado, para dictar sentencia. Señala que esto sólo corresponde al juez en el proceso penal, “quien dirige la labor de los expertos e indica los límites dentro de los que es lícito explorar la estructura mental del imputado. Los funcionarios de Policía Judicial deben estar excluidos de esta pericia en forma absoluta”. *La pericia sobre la personalidad del imputado*, Mérida, Venezuela, CEMPEC, 1976, p. 97.

<sup>79</sup> Ihering se refiere al individuo y a la nación, pero cuanto dice puede —debe— ser aplicado a la magistratura del Ministerio Público. El jurista alemán advierte que “la lucha no es... un elemento extraño al derecho, antes bien es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea... El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia... *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, México, Porrúa, 1982, pp. 2 y 3. Esta idea de fuerza ejecutiva se halla en la raíz etimológica del Ministerio Público: *manus*. Pero la fuerza ha de servir al derecho, que es lo que se quiere al hacer del Ministerio Público representante de la ley, promotor de la juridicidad.

## LA LEGISLACIÓN ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA\*

La historia del Ministerio Público mexicano, heredero de tradiciones española y francesa, varió radicalmente bajo las normas de la Constitución de 1917. A partir de aquí surge un nuevo Ministerio Público con datos característicamente nacionales. Del mensaje de Carranza ante el Congreso de Querétaro se infiere que el desprestigio de las instituciones penales del porfiriato —del que fuera ejemplo el juez instructor, combatido en ese mensaje— no alcanzó al Ministerio Público.

Carranza instaló la justicia penal del futuro —para los hombres de 1917— en un eje: el Ministerio Público. El mensaje del Primer Jefe cifra en esta institución muchas esperanzas. De ahí su gran fuerza, que comienza a declinar, demolida desde numerosos ángulos. Ese vigor se sustentó en el monopolio del ejercicio de la acción penal, articulado en un triple concepto: exclusividad en la investigación preparatoria de la acción, en la decisión acerca del ejercicio o no ejercicio de la acción y en la acusación ante los tribunales, desde el acto llamado de “consignación” hasta la sentencia firme.

En cuanto a la potestad de averiguar los delitos y la responsabilidad de sus autores, parece mantenerse firme el monopolio del Ministerio Público. Apenas constituiría una salvedad aislada la reciente disposición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que ordena al Ministerio Público practicar en coordinación con la Secretaría de Hacienda la investigación de actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionados con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 9o. de dicho ordenamiento). Este precepto, evidentemente inconstitucional —en cuanto contraviene lo dispuesto en el artículo 21 de la ley suprema, según la interpretación más difundida y aceptada—, es sólo uno entre los varios desaciertos de la legislación relativa al crimen organizado.

\* En *Anuario Jurídico 1996*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 47-59.

Por lo que hace a la segunda atribución mencionada, la potestad de resolver acerca del ejercicio o no ejercicio de la acción (y el desistimiento de ésta, en las leyes que aún lo contemplan), una reforma constitucional de 1994 abrió la posibilidad de que se impugne por la vía jurisdiccional la determinación del Ministerio Público. A más de dos años y medio de expedida esa reforma al artículo 21, no se ha reglamentado la impugnación, que exige precisiones en cuanto a la legitimación para combatir el acto, la autoridad jurisdiccional que conocerá la impugnación, el procedimiento para sustanciar ésta y el contenido y efectos de la resolución que aquélla dicte.<sup>1</sup>

Finalmente, pudiera creerse que la tercera potestad —sostener la acción ante el juzgador— se ve mellada por la reciente y plausible disposición de los códigos penales y procesales de Morelos (1996) y Tabasco (1997) en el sentido de restablecer la naturaleza de la reparación de daños y perjuicios como consecuencia civil del hecho ilícito, y facultar al ofendido para ejercitar directamente ante los tribunales penales una acción principal de resarcimiento, reservándose al Ministerio Público una acción subsidiaria. Sin embargo, este saludable viraje de la legislación mexicana no constituye verdaderamente una reducción del monopolio acusador del Ministerio Público, en tanto los particulares continúan excluidos del manejo de la pretensión punitiva por el cauce de la acción penal.

A partir de la ley suprema de 1917, han sido expedidas numerosas leyes del Ministerio Público, primero, y de las Procuradurías de Justicia, después, tanto en la Federación como en el Distrito Federal y en las entidades de la Unión. Por lo que toca a la legislación federal —que constituye el tema de este trabajo—, antes de la Constitución se expidió una ley orgánica, en 1909. Después de la carta de Querétaro se expidió otro ordenamiento sobre el Ministerio Público, de 1919, que acoge el régimen derivado de la nueva Constitución y reconoce al procurador general de la República como consejero jurídico del gobierno.

En 1934 se promulgó una Ley Reglamentaria del artículo 102 de la Constitución de la República (precepto reservado al procurador y al Ministerio Público Federal hasta el advenimiento de un apartado B para instituir, en el plano constitucional, la figura mexicana del “*ombudsman*”). A esa ley sucedió la dictada en 1942, con énfasis en la defensa de la Constitución por parte del Ministerio Público Federal. Una nueva ley del Ministerio Público de la Federación quedó vigente en 1955.

1 Esta situación persiste en 1999.

En 1974 se expidió la primera Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que adoptó esta nueva denominación tomando como modelo a la ley correspondiente a la Procuraduría del Distrito Federal, de 1972, generadora de la desconcentración territorial y funcional en esta circunscripción y germen de lo que luego sería el sistema de atención a la víctima del delito y asistencia a la comunidad.

En 1983 se promulgó una ley profundamente innovadora, que recogió y sistematizó las atribuciones del procurador —jefe del Ministerio Público—, la Procuraduría —dependencia del Ejecutivo Federal— y el Ministerio Público —institución para la procuración de justicia— bajo siete rubros fundamentales: vigilancia de la constitucionalidad y la legalidad en el ámbito de su competencia; promoción de la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia, que abarcó la intervención en actos de planeación del desarrollo; representación de la Federación en negocios en que ésta sea parte, así como la actuación en diversos conflictos que menciona el artículo 102 constitucional; consejo jurídico al gobierno federal (atribución del procurador); persecución de los delitos del orden federal; representación de la Federación en actos relacionados con la procuración y la impartición de justicia ante los gobiernos estatales, que comprendió el Sistema Nacional de Procuración de Justicia; e intervención en diversas promociones y actuaciones internacionales (concepto que incluye, por primera vez, la que he llamado “cláusula de reserva soberana”, a la que líneas adelante me referiré) (artículo 2o. de la ley de 1983).

Entre los numerosos avances que trajo consigo, la ley orgánica de 1983 puso término a la técnica legislativa que hasta ese momento prevalecía, por simple inercia, en cuyos términos la ley misma debía ocuparse en establecer detalladamente las unidades técnicas y administrativas de la Procuraduría. Esta rigidez, fuente de problemas, contrastaba con el régimen de las secretarías y departamentos de Estado, cuya relación y atribuciones se fijan en una ley (la de secretarías y departamentos, inicialmente, y la orgánica de la administración pública federal, después), quedando a los respectivos reglamentos interiores la determinación de unidades y la asignación a éstas de sus competencias, a partir de la que el ordenamiento legal concede a la secretaría o al departamento de que se trate.

El 7 de mayo de 1996 fue promulgada la actual Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de mayo. Este ordenamiento es la base para el reglamento de la Procuraduría y otras disposiciones de carácter adminis-

trativo (acuerdos, circulares, manuales). El reglamento vigente en mayo de 1997 se refería a las múltiples autoridades y unidades de la Procuraduría General de la República: además del procurador, cinco subprocuradores, una Fiscalía Especial, Oficialía Mayor, Contraloría Interna, Visitaduría General, dieciocho direcciones generales, delegaciones, Instituto Nacional para el Combate a las Drogas e Instituto de Capacitación. Este elenco contrasta vivamente con la estructura que existía al final de 1988: además del procurador, un subprocurador, supervisor general de Servicios Técnicos y Criminalísticos, visitador general, contralor interno y tres direcciones generales.

El artículo 1o., que tiene su antecedente en el precepto del mismo número de la ley de 1983, dice que el objeto del ordenamiento que ahora analizo es “organizar la Procuraduría General de la República, ubicada en el ámbito del Poder Ejecutivo Federal, para el despacho de los asuntos que al Ministerio Público de la Federación y a su titular, el Procurador General de la República”, les atribuyen la ley fundamental del país y otras disposiciones, entre ellas, por supuesto, el ordenamiento que ahora examino.

La ley de 1996 tiene su raíz, claramente, en la predecesora de 1983. Reitera, pues, las atribuciones del Ministerio Público de la Federación en los términos —aproximadamente— que reconoció la innovadora ley de 1983. No tiene caso referir lo que simplemente repite, palabras más o menos, el artículo 2o. Ahora bien, éste agrega algunas atribuciones que su antecesora no mencionó expresamente. Lo hace con desaciertos formales, como adelante señalaré, confundiendo tareas que competen a la institución del Ministerio Público, con otras que corresponden a su titular, personalmente, y con alguna o algunas más que incumben a la Procuraduría, como dependencia del Poder Ejecutivo de la Unión.

Una de esas novedades, contenida en la fracción III del artículo 2o., consiste en “velar por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia”. Desde luego, pudo ahorrarse esta referencia, en cuanto la materia se encuentra ya prevista, obviamente, en las atribuciones de vigilancia de la constitucionalidad y legalidad que competen al Ministerio Público. Sin embargo, la alusión explícita puede obedecer a la visibilidad que últimamente ha tenido la tutela de los derechos humanos, precisamente a partir de los desbordamientos en que incurrieron algunos servidores de la Procuraduría de la República después de 1988, que a su turno determinaron —no hay mal que por bien no venga— el establecimiento

de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y la adición de un apartado B) al artículo 102 constitucional, que es el recinto del *ombudsman* mexicano, vecino del procurador general y del Ministerio Público Federal, alojados en el apartado A) de aquel precepto, que anteriormente ocupaban sin compañía.

Otra novedad es la participación del Ministerio Público —o mejor dicho, de la Procuraduría— en el Sistema Nacional de Seguridad Pública (artículo 2o., fracción VI). Vale recordar que éste es oriundo de la reforma de 1994 al artículo 21 constitucional. De ahí proviene, asimismo, la Ley General que establece las Bases de Coordinación del referido sistema.

También es novedosa la alusión (artículo 2o., fracción IX) de la representación del gobierno federal que tendrá el Ministerio Público —en realidad, también aquí, la Procuraduría, o más específicamente el procurador— en la celebración de los convenios de coordinación mencionados en el artículo 119 de la ley suprema. No sobra recordar que con estos convenios —producto de la reforma constitucional de 1993— se quiso remontar los severos problemas derivados del régimen de extradición interna, regulada en una antigua ley reglamentaria del precepto constitucional. Lamentablemente, la delicada materia —que abarca puntos de libertad personal y disposición patrimonial— quedó excluida del régimen de legalidad característico del orden penal: efectivamente, desde la consumación de la reforma se ha entregado a convenios celebrados entre autoridades administrativas.

El artículo 4o. señala atribuciones del procurador general de la República. Muchas de ellas fueron tomadas de los ordenamientos anteriores; algunas son aportación de la ley que ahora examino. Tal es el caso de la comparecencia del procurador ante las Cámaras del Congreso “para informar cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a las actividades del Ministerio Público de la Federación o de las personas a que se refiere este artículo” (fracción I).

La inclusión del procurador entre los funcionarios llamados a comparecer procede asimismo de la reforma de 1994 al artículo 93 constitucional. Ciertamente es arriesgada la atribución —y obligación— de comparecer, como se ha visto en la realidad. No se alivia el problema con la advertencia, casi una exhortación de buena voluntad, al límite que tienen las explicaciones del procurador ante las Cámaras: “podrá reservarse la información que ponga en riesgo alguna investigación, conforme lo que

dispongan las leyes sobre la reserva de las actuaciones relativas a la averiguación previa” (*idem*).

También es interesante llamar la atención sobre la facultad del procurador de intervenir en las controversias constitucionales y las acciones (*rectius*, procedimientos) de inconstitucionalidad previstos en el nuevo texto del artículo 105 constitucional. Como se sabe, tanto el procurador como los grupos parlamentarios minoritarios y las dirigencias de los partidos —esto, desde la enmienda constitucional de 1996— están legitimados, con diversas modalidades que no tiene caso examinar aquí, para plantear las acciones de inconstitucionalidad, cuyo ejercicio se halla fuera del ámbito de facultades de los particulares, exclusión muy cuestionable.

La fracción V del artículo 4o. atribuye al procurador la facultad de proponer al Ejecutivo iniciativas de ley o de reformas legislativas que estime necesarias para la exacta observancia de la Constitución “y que estén vinculadas con las materias que sean competencia de la Institución”, restricción inconveniente, aunque consecuente con la pérdida, por parte del procurador, de la calidad de consejero jurídico del gobierno, pérdida que también trajo consigo la reforma constitucional de 1994.

Asimismo, se atribuye al titular de la procuraduría concurrir en la integración y participar en la instancia superior del Sistema Nacional de Seguridad Pública (fracción IX), así como “participar en la Conferencia de Procuración de Justicia a que se refiere el artículo 13 de la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública” (fracción X). En esa conferencia se diluyó la función que tuvo la Procuraduría, bajo la ley de 1983, de promover y establecer el Sistema Nacional de Procuración de Justicia.

Al igual que en la ley de 1983, en la de 1996 algunos artículos detallan el contenido de las atribuciones generales del Ministerio Público. Empero, en el primer caso cada una de esas atribuciones tuvo contenido propio e inequívoco; en cambio, la ley de 1996 no acertó a individualizar las funciones y reunió varias en un solo desglose. Así sucedió con la vigilancia de la constitucionalidad y la promoción de la pronta, expedita y debida impartición de justicia: ambas, concentradas, se reflejan indistintamente en el artículo 5o. Luego, en el artículo 6o., se exponen las facultades relacionadas con la tutela de los derechos humanos, en las que también podrían figurar algunas más recogidas bajo otros rubros; esto se explica al recordar que, como antes señalé, la protección de los derechos

humanos no es una atribución separada de las restantes, sino se halla implícita en varias de ellas.

El artículo 8o., el más extenso de la ley, menciona el conjunto de atribuciones que corresponden al Ministerio Público en la persecución de los delitos del orden federal.

Esta profusa regulación de la materia penal delata de nuevo el sesgo penalista de la Procuraduría, que tiende a concentrarse en su tarea persecutoria y a aligerar su presencia en otras actividades. Por ello ese precepto detalla, en sendos apartados, el quehacer del Ministerio Público en las diversas etapas del procedimiento penal.

Eso no es un acierto. Por una parte, aquellas actividades ya se hallan reguladas en la legislación procesal, lo que hace innecesario mencionarlas de nuevo —limitadamente— en la legislación orgánica; por otra parte, la misma razón que existe —si acaso alguna— para este detalle en el orden penal, habría para pormenorizar el quehacer del Ministerio Público en otros renglones, como los juicios civiles federales o el juicio de amparo.

Si acaso resultase conveniente singularizar —sobre todo por razones de política de defensa social— algunas tareas del Ministerio Público a propósito de su desempeño persecutorio, habría que rescatar algunas de las que menciona la ley de 1996, a saber: las relativas al procedimiento para menores infractores (orientado con rumbo penal por la errónea Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, de 1991) y al enjuiciamiento de inimputables mayores de edad (artículo 8o., 1, incisos k y l).

Hubiera sido deseable que la prolija regulación procesal penal —es decir, funcional— de esta ley orgánica contuviera disposiciones adecuadas para organizar la facultad de atracción que concede al Ministerio Público Federal el artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales, anterior a la expedición de la ley orgánica examinada, y que se ha reiterado —con variantes— en la reforma de 1996 a la fracción XXI del artículo 73 constitucional, y en el cuerpo de la preocupante Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, posteriores al ordenamiento de la Procuraduría.

Aquellas normas permiten al Ministerio Público Federal atraer a su ámbito de competencia la persecución de delitos que poseen, regularmente, naturaleza común. Lo hacen sin precisar si la atracción es facultativa o forzosa, aun cuando de las disposiciones posteriores en fecha —esto es, la



Constitución y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada— se desprende que es facultativa.

Por cierto, esto último suscita problemas graves por lo que toca a las conductas ilícitas de carácter local contempladas en aquella ley federal: el acto de atracción, que sólo debiera afectar el conocimiento procesal de los ilícitos, ¿tiene efectos más profundos?, ¿de ese acto depende que ciertas conductas lleguen a constituir delitos federales? En otros términos, la tipicidad de la conducta como delincuencia organizada (comportamiento típico previsto en la ley federal) ¿deriva de la atracción que haga el Ministerio Público?, ¿se trata de conductas “delictivas condicionadas”?

Por otro lado, es necesario que las normas legales prevengan el criterio al que disciplinará sus decisiones el Ministerio Público cuando opte por atraer la investigación y persecución de delitos del fuero común. Es obvio que ha de tratarse de ilícitos con características y repercusiones específicas, como lo es que esta materia no puede quedar a merced de una decisión que el Ministerio Público adopte en forma completamente discrecional, por carencia de normas que dispongan la orientación y los límites de su actividad como órgano de autoridad, cuando esa actividad afecta la esfera de intereses y derechos de los particulares y la de atribuciones de las entidades federativas.

Sin mayores novedades, los artículos 9o., 10, 11 y 12 se refieren a las atribuciones del Ministerio Público —que en casos específicos pueden serlo más bien, como anteriormente manifesté, del procurador o de la dependencia denominada Procuraduría General de la República— a propósito de planeación democrática, Sistema Nacional de Seguridad Pública, promociones y actuaciones de carácter internacional, y convenios con entidades federativas (en los que ya no figuran los actos, previstos en 1983, para la creación del diluido Sistema Nacional de Procuración de Justicia).

Siguiendo la técnica establecida por las leyes orgánicas de 1983 —tanto la correspondiente a la Procuraduría General de la República como la relativa a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal—, el ordenamiento analizado contiene un capítulo II dedicado a las “Bases de organización”. De esta suerte, se evita incorporar a la ley normas que pueden y deben localizarse en el peldaño reglamentario, aunque este acierto se olvide en otra parte del ordenamiento, como diré al referirme al régimen sobre servidores públicos de la Procuraduría.

Uno de los mayores avances de la ley de 1983 fue el establecimiento de un amplio sistema de desconcentración territorial y funcional de la

Procuraduría (similar al que, en su propio ámbito, inició en el Distrito Federal la ley de la correspondiente Procuraduría, de 1971), que se apoyó principalmente en las delegaciones de la dependencia. Desde luego, antes hubo una necesaria y natural desconcentración, en favor de las agencias del Ministerio Público Federal que operaron en numerosas poblaciones del país.

La ley de 1996 contiene disposiciones importantes sobre esta misma materia. El artículo 14 permite al Ministerio Público contar “con Unidades Especializadas que podrán actuar en todo el territorio nacional, para la persecución de los géneros de delitos” que se determine encomendarles, tomando en cuenta la clasificación de conductas ilícitas contenida en el Código Penal. El artículo 17 previene la desconcentración territorial y funcional, conformada a base de delegaciones de la Procuraduría.

El artículo 14 señala que la institución —se entiende que la del Ministerio Público— podrá contar, por disposición del reglamento o acuerdo del procurador, “con Fiscalías Especiales para el conocimiento, atención y persecución de delitos específicos que por su trascendencia, interés y características así lo ameriten”. Ya no se alude, pues, a los agentes especiales del Ministerio Público mencionados en la ley de 1983, sino se incorporan las cuestionables “fiscalías” que estableció la práctica y que ostentan una denominación hace tiempo abandonada, que tampoco refleja la índole de sus atribuciones: a otros funcionarios, encuadrados en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, corresponde actualmente el cuidado de los intereses del Fisco.

En las bases de organización se hallan las condiciones para la designación de los más altos funcionarios de la dependencia. La regulación del nombramiento del procurador es francamente inadecuada, en mi concepto, aunque el desacierto no es imputable a la ley orgánica, sino al texto aportado por la reforma de 1994 al artículo 102 constitucional. En efecto, para ser procurador se requiere, en los términos de aquella norma suprema y del artículo 20 de la ley de 1996, ser ciudadano mexicano por nacimiento (inciso a, de este precepto), con lo cual se ignora que hay “nacionalidad por nacimiento”, pero no “ciudadanía por nacimiento”, y se olvida aclarar que el interesado debe hallarse en pleno goce y ejercicio de sus derechos;<sup>2</sup> tener 35 años cumplidos el día de la elección (inciso b), sin

2 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de enero de 1998 se modificó el inciso a para quedar de la siguiente forma: “Ser ciudadano mexicano por nacimiento que no adquiera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos políticos y civiles”.

señalar límite máximo; contar con título de licenciado en derecho, con antigüedad mínima de diez años (inciso c), echando de lado un requisito absolutamente indispensable: la experiencia en la práctica profesional, en tanto no basta la posesión de un título si quien lo posee se ha mantenido ajeno a la profesión jurídica; y gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso (inciso d), con lo cual se abre la puerta al acceso de quien ha sido condenado por delito culposo.

Mayores requisitos se exigen de los agentes del Ministerio Público:<sup>3</sup> así, cierto tiempo de ejercicio profesional y no haber sido condenados por delito culposo “calificado como grave por la ley” (artículo 22 fracción II); por cierto, la ley no contiene un catálogo de delitos culposos “graves”, sino sólo de conductas que serán sancionadas a título de culpa, bajo régimen de número cerrado; la ponderación sobre la gravedad —tomando en cuenta elementos que la ley suministra— se hace por el juzgador.

Los requisitos exigidos para la designación del procurador se exigen de los subprocuradores, como ha sido costumbre y parece natural. Empero, la extraña redacción del tercer párrafo del artículo 21 parece distinguir entre subprocuradores “que suplan al procurador General de la República, en sus excusas, ausencias y faltas temporales”, y subprocuradores que no lo suplen; en relación con éstos —si en efecto se refiere a ellos la ley, así sea *a contrario sensu*— no se fija ningún requisito.

De la propia Constitución deriva el procedimiento para la designación del procurador, que recoge la ley: lo nombra el Ejecutivo y lo ratifica el Senado (artículo 20), lo cual implica, en la realidad, un acuerdo entre partidos políticos. No se exige nada semejante de los otros titulares de las dependencias del Ejecutivo. En cuando a los subprocuradores, la designación compete al Ejecutivo, con una extraña condición: debe escuchar previamente la opinión del Consejero Jurídico del Gobierno Federal (artículo 21), consejería que recayó en el propio procurador y se desprendió de éste para radicar en otro funcionario, merced a la multicuada reforma constitucional de 1994.

La vigente ley orgánica pone énfasis en la selección, el ingreso y la capacitación de los servidores públicos de la Procuraduría. En términos generales, los requerimientos se aproximan a los previstos en ordenamientos anteriores, salvo en lo que respecta al servicio civil de carrera.

3 La fracción I del artículo 22 también fue modificada por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 23 de enero de 1998. Ahora señala: “Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos y que no adquiriera otra nacionalidad”.

No hay duda sobre la necesidad de contar con personal idóneo; y la idoneidad no resulta solamente de la antigüedad y la posesión de ciertos títulos, sino también de la personalidad del aspirante.

La inquietud que prevalece —plenamente justificada— sobre la designación de los integrantes de los cuerpos de seguridad y policía, se muestra en algunas referencias específicas. El artículo 23<sup>4</sup> incluye este requisito entre las condiciones o calidades que deben reunir los miembros de la policía judicial —que pudieran extenderse a otros funcionarios y empleados—: “Contar con la edad y el perfil físico, médico, ético y de personalidad que las disposiciones sobre carrera policial establezcan como necesarias para realizar las actividades policiales” (fracción IV). También es interesante —aunque innecesario, en rigor jurídico— que se diga, precisamente a propósito de las funciones legalmente asignadas a la corporación investigadora, que “en todo caso, dicha policía actuará con respeto a las garantías individuales y a las normas que rijan esas actuaciones” (artículo 26, *in fine*).

Preocupaciones similares han llevado al legislador a crear cuerpos técnico-administrativos para “la planeación, coordinación y administración de los servicios de policía judicial”: Consejo Técnico de Planeación y Coordinación de Operaciones y Consejo Técnico de Administración (artículo 27). No existe el mismo detalle en otras áreas de la Procuraduría.

Es relevante el régimen de suplencia de servidores de la Procuraduría y auxilio al Ministerio Público. Antiguamente la suplencia de agentes del Ministerio Público en lugares donde no existieran servidores de este ramo, se atribuía a funcionarios de correos o de la administración hacendaria. La ley de 1983 desechó esta impertinente solución, que tampoco acoge el ordenamiento de 1996. Empero, éste contiene un cuestionable sistema de designación de encargados de una agencia del Ministerio Público Federal, cuando no exista en la localidad agencia permanente: la forma de suplir a esos funcionarios queda sujeta a convenio entre el procurador general de la República y el secretario de Gobernación (artículo 31).

La ley de 1983 sistematizó la regulación sobre auxiliares del Ministerio Público, distinguiendo entre auxiliares directos y otros auxiliares, a los que doctrinalmente se identificó como indirectos. El ordenamiento de

4 Asimismo, la fracción I del artículo 23 fue reformada por el decreto anteriormente señalado. Esta fracción indica: “Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos y que no adquiera otra nacionalidad”.

1996 se refiere también a estas categorías, pero denomina “suplementarios” a los de la segunda categoría, designación que quizá pudo ser diferente, si se toma en cuenta que suplementario significa: “Que sirve para suplir una cosa o completarla”.

Una buena porción de la ley, a partir del artículo 32 y hasta el artículo 49, se destina al servicio civil de carrera, aun cuando otras disposiciones que sustancialmente atienden a este mismo tema se hallan emplazadas en diversos preceptos. Es plausible, por supuesto, la preocupación por llevar a la Procuraduría verdaderos sistemas de integración profesional de los servicios —clave para la buena marcha de las instituciones—. Empero, la ley orgánica ha incorporado, en una prolija regulación, no pocas normas que debieron remitirse al nivel reglamentario. Esta discutible asunción de mandamientos recuerda la técnica legislativa que prevaleció hasta 1983.

El servicio civil de carrera, en este ámbito, abarca tanto al Ministerio Público como a la policía judicial y a los peritos oficiales (artículo 32). Hay algunas normas que conviene mencionar específicamente. Así, el artículo 33, siguiendo a la ley de 1983, contiene la útil disposición de que los agentes del Ministerio Público y la policía, así como los peritos, “tendrán una designación por el tiempo fijo de dos años, al término del cual serán sometidos a una nueva evaluación y, en caso de resultar satisfactoria, se les expedirá el nombramiento definitivo”. Es posible designar como agentes del Ministerio Público, visitantes, agentes de la policía judicial o peritos a “personas de amplia experiencia profesional”, con dispensa de los concursos de ingreso; éstos no serán miembros del servicio civil de carrera (artículo 34).

Es relevante el denominado Consejo de Profesionalización del Ministerio Público de la Federación (artículo 39). Lo preside el procurador y participan en él diversos funcionarios, entre ellos el director general del Instituto Nacional de Ciencias Penales, el destacado organismo académico-profesional creado por decreto del 21 de junio de 1976, suprimido por una deplorable y deplorada disposición del 17 de agosto de 1993 (artículo 2o. transitorio del Reglamento del Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la República) y restablecido por decreto del 9 de abril de 1996 (que equivocadamente se denominó “Decreto por el que se crea el Instituto Nacional de Ciencias Penales”).

La sección tercera del capítulo II determina las “Responsabilidades especiales de Agentes del Ministerio Público de la Federación, agentes de la Policía Judicial Federal y Peritos”. Data de tiempo atrás —acaso

de todo el tiempo— la preocupación por establecer el régimen de responsabilidades de los servidores públicos. Este interés se reavivó con las importantes reformas de 1982 al Título Cuarto de la Constitución General de la República. Hoy día se cuenta con varios ordenamientos que analizan la responsabilidad de los servidores públicos a partir del fundamento constitucional.

La suma legislativa en esta materia dista mucho de ser clara y coherente. Los nuevos preceptos de la Ley Orgánica de la Procuraduría no contribuyen a iluminar ese conjunto; por el contrario, añaden causas de responsabilidad que coinciden con otras figuras de infracción administrativa e incluso con tipos penales; *verbi gratia*, la fracción III del artículo 50 erige en causa de responsabilidad de los agentes arriba mencionados, el hecho de “distraer de su objeto, para uso propio o ajeno, el equipo, elementos materiales o bienes asegurados bajo su custodia o de la institución”, conducta que mucho se aproxima al peculado, o de plano se confunde con éste.

El artículo 51 contiene una relación de obligaciones de los propios agentes; entre ellas figuran deberes obvios, que difícilmente podrían ser considerados en el sector de las “responsabilidades especiales” de los agentes. Es el caso de la obligación de “conducirse siempre con apego al orden jurídico y respeto a los derechos humanos” (fracción I); “cumplir sus funciones con absoluta imparcialidad, sin discriminar a persona alguna por su raza, religión, sexo, condición económica o social, preferencia sexual, ideología política o por algún otro motivo” (fracción II); “desempeñar su función sin solicitar ni aceptar compensaciones, pagos o gratificaciones distintas a las previstas legalmente”, a lo cual se agrega esta enfática declaración: “En particular se opondrán a cualquier acto de corrupción”, etcétera.

También existe alguna obligación formulada en términos excesivos: “Prestar auxilio a las personas amenazadas por algún peligro o que hayan sido víctimas de algún delito, así como brindar protección a sus bienes y derechos. Su actuación será congruente, oportuna y proporcional al hecho” (fracción II). Esta fórmula resulta particularmente desafortunada si se recuerda la norma acerca de la comisión por omisión que hoy día figura en el segundo párrafo del artículo 7o. del Código Penal. En la referida fracción II del artículo 51 de la ley orgánica se consagra una especie de calidad universal de garante a cargo de los agentes del Ministerio Público y de la policía judicial.

Ya dije que la nueva ley no concurre a aclarar la materia de responsabilidades de servidores públicos, en la que concurren diversas disposiciones de distinto carácter. La Ley Orgánica de la Procuraduría, que detalla faltas, como hemos visto, también instituye un procedimiento específico para conocer de ellas, que figura en los artículos 54 y 55. Sin embargo, el artículo 58 sorprende de pronto al decir que se podrán imponer a los servidores públicos de la Procuraduría, por las faltas en que incurran en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, “las sanciones disciplinarias previstas en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, mediante el procedimiento que dicha ley previene”. Es necesario hacer muy frágiles deslindes para conciliar las disposiciones de la ley de 1996 con las normas de la legislación general de responsabilidades.

El procedimiento instituido a propósito de las responsabilidades de los agentes y peritos (que difiere del aplicable en general a otros servidores públicos, e inclusive de la exigible a diversas categorías de funcionarios y empleados de la misma Procuraduría) contiene algunas normas objetables. El artículo 16 constitucional, según su interpretación prácticamente uniforme, determina que los procedimientos penales se iniciarán mediante denuncia o querrela, que de tal suerte devienen requisitos de procedibilidad. Sin embargo, ya se ha dispuesto, por cuenta de la legislación secundaria, que basta con una delación para que se inicie el procedimiento; así sucede al amparo del artículo 38 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que para “aliviar” la inconstitucionalidad de sus disposiciones ordena que antes de emprender la averiguación previa se practique otra averiguación para verificar la veracidad de la delación. Aun cuando en la especie no se trate propiamente de un procedimiento penal, sino de uno de carácter administrativo o disciplinario, vale observar que el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República reconoce a la queja anónima eficacia para poner en marcha un procedimiento.

En la regulación procesal de las responsabilidades administrativas, la ley comentada fija la potestad de diversas autoridades para conocer de los casos que se presenten y aplicar sanciones, resuelve el trámite respectivo y estatuye medidas precautorias. Entre éstas figura la suspensión temporal del servidor público, cuando así convenga “para la conducción o continuación de las investigaciones” (artículo 54, fracción VI). Llama la atención que esta medida pueda cesar por acuerdo del Consejo de Profesionalización o el comité de zona, no obstante que hubiera sido acordada por el procurador, según se infiere de la fracción indicada.

En la parte de disposiciones generales, se regulan los impedimentos y prohibiciones. En este ámbito se reitera una disposición contenida regularmente en los ordenamientos del Ministerio Público o de las Procuradurías: los agentes del Ministerio Público no son recusables (artículo 60), sin reparar en que el principio de irrecusabilidad —ampliamente mencionado a propósito del Ministerio Público— es aplicable a la institución del Ministerio Público, pero no necesariamente a los individuos que la integran.



## ITINERARIO DE LA PENA\*

Hoy cumplo una obligación que tenía pendiente. Al revés de lo que sucede, en general, con el curso del tiempo, que por obra de la prescripción produce derechos y cancela deberes, la demora en pronunciar el discurso de ingreso en una corporación académica sólo engrandece las obligaciones, como si alguien les pusiera un marco para que se viesan más claras y rotundas, exigibles y exigentes. En suma, la demora acaba por atraer todas las miradas y sugerir discretas propuestas de cumplimiento, con ciertas facilidades ceremoniales en el mejor de los casos; pero nunca quitas ni perdonas.

Hace tres años ingresé al Seminario de Cultura Mexicana. Debo este privilegio a la generosidad de los seminaristas, si no todos mayores que yo en edad, sí todos mejores en saber y gobierno. Esto los hizo benevolentes, y su benevolencia me convirtió en seminarista. A partir de aquel inicio —que hoy me parece remoto: así de apresurados andan los tiempos, que solían discurrir más lentamente— he ido de población en población y de corresponsalía en corresponsalía. Tuve de este modo la preciosa experiencia que disfrutaban los miembros del Seminario: la experiencia de lo que entre nosotros llamamos las “misiones”.

Hace más de medio siglo, José Vasconcelos animó este Seminario. Es decir, puso el ánimo en su cuerpo colegiado; un alma nerviosa, itinerante. Si alguna dedicatoria pudiera tener mi discurso, si debiese exaltar la memoria de un seminarista esclarecido —que no es la costumbre en nuestras ceremonias—, yo no dudaría en comprometerlo con el recuerdo de José Vasconcelos, un hombre encendido y numeroso, como el hombre envuelto en llamas que ilumina en el paraninfo de la Universidad de Guadalajara. Tratándose de Vasconcelos, soy parte del auditorio absorto y nostálgico.

Supongo que la voluntad misionera del ilustre educador, político, filósofo y literato tiene que ver con su condición de Ulises. Imagino que

\* Discurso de ingreso como miembro titular del Seminario de Cultura Mexicana. México, D. F., 11 de abril de 1997. Este texto se encuentra publicado en: *Criminalia*, México, año LXIII, núm. 1, enero-abril de 1998, pp. 179-199; en *Cuadernos de Jalisco*, México, núm. 1, mayo de 1997, pp. 11-30; y como folleto del Seminario de Cultura Mexicana, México, 1997, 85 pp.

quiso discurrir en su propio Ponto, entre sus propias islas, hacia su propia Itaca entrevista con ansiedad y melancolía. Vasconcelos puso al magisterio mexicano en pie de guerra: le hizo emprender un circuito de playas y valles, bosques y montañas. Soñaría en su origen oaxaqueño, en su formación fronteriza, en sus tardes campechanas. Y sabría, con más puntualidad que ninguno, lo que pueden hacer los maestros diligentes.

La vida de Vasconcelos me produce una curiosa nostalgia. Digo curiosa porque se trata de una nostalgia sin su requisito característico: la reminiscencia del paraíso perdido. Mi nostalgia es otra cosa: no se refiere al pasado, sino al futuro. Me explico: Vasconcelos y el vasconcelismo no son tanto lo que perdió México, tras haberlo tenido, sino lo que México no tuvo. Se nos fue de las manos, cuando casi lo teníamos. Por eso y por la estirpe vasconcelista del Seminario, en mi discurso de ingreso quiero recordar al fundador ilustre.

En meses pasados, el Seminario publicó un libro mío en el que recogí varios textos bajo el título elusivo de *Temas y problemas de justicia penal*.<sup>1</sup> En él reproduzco, no sé si mejoradas o empeoradas, algunas conferencias que dicté —como se suele decir— en aquellas misiones. Esto me facilita el recuerdo de la hospitalidad cordial que nos brindan las corresponsalías. Es admirable, estimulante, su ejemplo de resolución vigorosa, a despecho de los vientos que soplan; éstos disuaden los trabajos de la cultura que se propone a sí misma como mexicana; las corresponsalías, empecinadas, libran la batalla en la otra trinchera; resisten vientos y tempestades, y avanzan poco a poco, suavemente. Debo reconocer que logran mucho: lo que obtienen, sobre todo, es la satisfacción de mantener vigilante la causa de la cultura mexicana; una suerte de testimonio voluntarioso; una flama, que diría Vasconcelos.

Así he podido dirigirme a colegas, compatriotas, nuevos conocidos, amigos incipientes, en todo género de locales: teatros, auditorios, palacios de gobierno, salas de tribunales, museos, aulas universitarias. Hay de todo, dispuesto y atento, en los recorridos que hacen los miembros del Seminario. Así se va hilando la vida de esta institución cincuentenaria, que todavía trabaja con el entusiasmo de los primeros años.

Entre mis compañeros hay filósofos, sociólogos, científicos, literatos, músicos, historiadores, pedagogos. Yo soy abogado. Y esto siempre me

1 *Temas y problemas de justicia penal*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1996, 269 pp.

inquieta cuando propongo el programa anual de conferencias, y más cuando llego ante un nuevo público, que me observa con cierta curiosidad inevitable. Quienes han escuchado a otros seminaristas, saben que éstos llevan noticias inquietantes sobre la ruta de las estrellas, o la novela mexicana, o la obra de Miguel Cabrera, o la arquitectura del virreinato, o la educación de los jóvenes, o la música nacionalista, o los laberintos del inconsciente freudiano; también hay espacios para la metafísica, la política, las artes plásticas. Y luego, cuando iban muy bien las cosas y ya concluíamos el homenaje a Sor Juana o a Ramón López Velarde, que dejaron en el auditorio un bienestar muy íntimo, llega lo inesperado: un hombre de leyes, con artículos y fracciones bajo el brazo. Comienza la alarma. Sin embargo, ese es mi rumbo. Vuelvo, pues, a las andadas.

En el derecho, que todo lo abarca, salvo el pensamiento libre, hay una región sigilosa, una zona en claroscuro, que siempre ha intrigado al hombre. Es la región de la culpa, que se halla a media vía entre la voluntad flagrante y la determinación oculta; y ahí mismo se encuentra, como secuela inevitable de la culpa, otro dato constante de la vida humana: el castigo, la pena, que los asépticos penalistas, tutores de semejante pupila, llaman discretamente “la consecuencia jurídica del delito”. Este nos ha acompañado siempre: es la sombra que sigue al cuerpo; el regreso que se vale del progreso; una forma del retorno a los orígenes, diría el remoto César Lombroso. Y aquella consecuencia suya va también a nuestro lado; es el lazarillo para que el culpable vuelva al buen camino, o por lo menos a un camino transitable, con el salvoconducto a la mano.

De esto quiero hablar ahora: de la pena, un tema de moda; triste moda que nos tiene tan atentos. No me referiré a las sanciones, una por una, que han agotado la imaginación humana, aunque todavía pudiera haber hallazgos inesperados. Hablaré, brevemente, del itinerario de la pena. No sé si este recorrido, practicado mil veces con pasión inagotable, tenga finalmente un derrotero recto y ascendente. Sospecho otra cosa: pudiera sucederle lo que a los hombrecillos silenciosos que deambulan en las escaleras de Escher, sin subir realmente ni bajar de veras. Lo que todos sabemos es que hasta Tomás Moro reservó unos párrafos de la Utopía para establecer el seguro de sus personajes: el patíbulo. Si la Utopía no tiene lugar, porque lo impide su naturaleza, la pena sí lo tiene; lo tiene siempre: para ella hay lugar en la mismísima Utopía.<sup>2</sup>

2 Cfr. Moro, Tomás, *Utopía*, México, Porrúa, 1977, pp. 40 y 63.

Se habla de una larga mano invisible que arregla ciertas cosas de este mundo y de esta manera resuelve la felicidad del pueblo. Esa mano sigue el derrotero que ofrecen ciertas leyes naturales. Pero hay otros prodigios en la iconografía de la existencia. También existe una mano competente que consume las mayores travesías, con reglas de diverso carácter, un plan de navegación más intrincado y profundo. Se han ensayado diversas denominaciones para esa otra mano, la más antigua de que se tenga noticia, ya no tan invisible y casi siempre armada: *manu militari*. Hay una designación preferida: la mano de la justicia, que se halla sujeta a reglas puntuales: los mandamientos de los códigos y los designios de las pasiones vindicativas. Sobre ambos cimientos se eleva la pena; son sus columnas de Hércules; vigan donde las aguas se dividen.

En el cronograma de la creación, el conflicto se adelantó a los seres humanos, que luego lo tomarían como tema perpetuo y obsesivo; un asunto favorito. Por ende, la mano armada se desplegó muy pronto en el flamante universo. El Génesis, que trae un relato completo de los percances del cosmos, refiere las providencias punitivas de los tiempos abismales. Cuando fueron arrojados los ángeles codiciosos, quedaron establecidas las primeras figuras delictivas. No una sola, por cierto, sino varias: digamos que rebelión y usurpación de funciones; sumemos calificativas: pluralidad de agentes, puesto que los rebeldes y usurpadores fueron legiones; y traición por añadidura, en virtud de que los ángeles faltaron a la confianza que en ellos había depositado quien era, nada menos, la fuente misma de su vida.

Esos fueron los tipos penales; ahí se resumió cada *corpus delicti*. Pero el delito sin pena es campana sin badajo. Por lo tanto, era preciso fijar el acompañamiento del crimen, para espanto y escarmiento de los criminales; en otros términos, labrar en la cantera unas sanciones que correspondieran a la malicia de los autores y a la gravedad de la falta: exacerbadas aquélla y éstas. El primer castigo, que haría escuela, se dirigió a la libertad de los delincuentes, más que a su vida. Aquí coincidieron dos penalidades: una, el destierro; otra, la cadena perpetua en una especie de cárcel insondable, con guarnición sanmiguelina. Milton describe puntualmente la primera aparición de la pena: tras la “guerra impía” y el “combate temerario”, el ángel rebelde “cayó en el abismo sin fondo”, donde permanecería “cargado de cadenas de diamante”. Su sentencia “le tenía reservado (el) mayor despecho, porque el doble pensamiento de la felicidad perdida y de un dolor perpetuo le atormentaría sin tregua”. No lo

digo yo, lo dice Milton. Tales fueron la primera cárcel, el primer destierro, donde moran los caídos, “aprisionados en extrañas tinieblas”.<sup>3</sup>

En ese momento se consumó la primera —y acaso única— construcción penitenciaria de la protohistoria: el infierno, con todo el equipo que su función requiere; lo necesario para que impere, sin agotarse nunca, el llanto y crujir de dientes. A este modelo se han ajustado las prisiones, con variaciones mayores o menores. Las más frecuentes son de poca monta. En todas o casi todas domina la intención primordial: que constituyan lugares infernales. En definitiva, son consecuentes con su carácter más hondo, fieles a su origen. Pedir otra cosa, si se toma en cuenta este hilo conductor que viene desde las horas distantes, sería actuar *contra natura*; no digo *contra natura* humana, sino *contra natura* carcelaria.

La pena inaugural no se propuso suprimir la vida, sino conservarla, para deleite del castigo. En el pórtico del infierno, Dante leyó: “Por mí se va a la ciudad del llanto; por mí se va al eterno dolor; por mí se va a la raza condenada... ¡Oh vosotros los que entráis, perded toda esperanza!”<sup>4</sup> Entre los destinos a los que se llega desde aquella puerta no estaba la muerte; la pérdida anunciada era de la esperanza, no de la vida. El portero Minos, que examina las culpas, no es un verdugo; sólo un administrador de la pena. Los infernales no son reos en vísperas del cadalso, sino viajeros perpetuos, siempre aferrados. En el canto vigésimo del *Infierno* se observa el destino estricto de los penados, que luego se verá en todas las prisiones de la tierra: son “gentes que, llorando en silencio, caminaban con aquel paso lento que llevan las letanías en el mundo”.<sup>5</sup> Así, hasta la consumación de los siglos, que, por cierto, son inagotables; como la energía, sólo se transforman; se relevan a lo sumo.

Con las penas los hombres nos hemos propuesto muchas cosas; unas terribles, otras ingenuas, algunas ilusionadas. Para acometer cada proyecto punitivo, ideamos innumerables artificios de la más variada naturaleza; obras de arte, en efecto, aplicadas a intentar la hazaña menos probable y más arriesgada: remediar la culpa, restaurar el equilibrio, reconciliar a la víctima y al victimario, establecer la paz en la tierra, y más todavía, el único trabajo con el que Hércules habría tropezado: evitar nuevos delitos. No hay mayor compromiso, ni habría trabajo más desesperado.

3 *El paraíso perdido*, 2a. ed., México, Porrúa, 1975, p. 4.

4 *La divina comedia* (Infierno, canto tercero), 13a. ed., México, Porrúa, 1981.

5 *Ibidem*, p. 47.

El primer propósito de la pena es la retribución por el delito cometido; casi un designio matemático; una ecuación flagrante; un acto reflejo que la justicia administra. El *Éxodo* y el *Deuteronomio* previenen una estricta correspondencia: se pagará ojo por ojo y diente por diente.<sup>6</sup> El más riguroso retribucionismo puede afirmar que sólo hay justicia —o al menos forma de justicia— si se castiga al delincuente. Por ende, Sócrates debe beber la cicuta. En *Gorgias* se le hace decir: cometer una justicia es el segundo mal en cuanto a su magnitud, porque el primero y más grande de los males es “cometerla y no ser castigado”.<sup>7</sup>

Y hay que estar con Kant cuando advierte que “aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros..., antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel”. Sólo después podrá reposar en paz el pueblo que se dispersa. La gracia, es fin, es la suma injusticia.<sup>8</sup> En su extraña colonia penitenciaria, Kafka retribuye a los penitenciados: nuestra sentencia “consiste en escribir sobre el cuerpo del condenado, mediante la rastra, la disposición que él mismo ha violado”.<sup>9</sup> Este objetivo de la pena, el más lógico, es al mismo tiempo el más insensato. Resbala en la impertinencia: es inútil.

Pero no desesperemos. Hay un segundo objetivo interesante. Los hombres respondemos al estímulo; la respuesta suele ser tan nerviosa y exacta como la reacción instintiva; más aún si se acomoda en la conciencia colectiva como un reflejo condicionado. Si es imposible cancelar el delito cometido, que ya cobró su víctima, al menos podemos evitar el delito que pudieran cometer otros hombres. Sancionemos para los otros, más que para el delincuente; no para el que sufre, sino para los que miran; hay que inducir un nudo en la garganta del pueblo, que prevenga la necesidad del nudo en el cuello de criminales en ciernes. Esto convierte a la pena en espectáculo, al criminal en protagonista, a la sociedad en público azorado. El guión de la obra corre a cargo del tribunal; la justicia hace mutis cuando el verdugo termina.

Las *Partidas* de Alfonso el Sabio, que por esto mismo debieron estar cargadas de sabiduría, no vacilaron en proclamar que los juzgadores imponen penas a los hombres por dos razones: “La una es, porque reciben

6 Cfr. *Éxodo*, XXVI, 25-25, y *Deuteronomio*, XIX, 21.

7 “Gorgias o de la retórica”, *Diálogos*, 19a. ed., México, Porrúa, p. 168.

8 *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 168, 169 y 174.

9 “En la colonia penitenciaria”, *La condena. Relatos*, 3a. reimp., trad. de J. R. Wickok, Buenos Aires, Emecé Editores, 1958, p. 122.

escarmiento de los yerros que fizieron. La otra es porque todos los que lo oyeren, e vieren, tomen exemplo, e apercebimiento, para guardarse que non yerren, por miedo de las penas”.<sup>10</sup> Hobbes propuso a la pena como un daño que se inflige “con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar, de este modo, mejor dispuesta para la obediencia”.<sup>11</sup> He aquí un verdadero Leviatán punitivo, el otro yo —si lo miramos a los ojos y leemos sus designios— del Leviatán político: en sustancia, son dos los rostros del Estado, como los de Jano; uno de éstos mira al pasado y otro al futuro; así también los rostros del Estado: uno ve el delito en el pasado; el otro se anticipa a prevenirlo en el futuro. Y el jurista de la Ilustración hispanomexicana, Miguel de Lardizábal, persuadido de que “uno de los fines más esenciales de las penas es el exemplo, que con ellas debe darse, para que sirva de escarmiento á los que no han delinquido y se abstengan de hacerlo”, recomendó llanamente: “por esta razón hemos dicho que deben ser públicas”.<sup>12</sup> Y lo fueron: en donde corría la carroza con suplicios, en donde se alzaba la horca, en donde rodaban las cabezas había un espectáculo conmovedor y gratuito. Cuando cercenó la cabeza de Luis XVI, el verdugo Sanson no se conformó con dejarla discretamente en la cesta; debió elevarla ante el pueblo y aguardar su aprobación entusiasta.<sup>13</sup>

El razonamiento es impecable, pero la realidad se rebela. La sociedad del terror no aterroriza lo bastante para disuadir a los asociados. La sangre no distrae la pasión; por el contrario, la excita. Y hay, además, una discreta razón de justicia que trabaja en contra del miedo espectacular: intimidar a la sociedad es un error en el golpe, una *aberratio ictus*, como dijeron los viejos criminalistas: quien delinquirió es el delincuente, no los circunstancias.

Sigamos. La pena tiene un proyecto más penetrante. Ya no se trata del estrépito hacia fuera, que instala un circo en cada patíbulo. Ahora se quiere ir hacia dentro: al punto donde el crimen se origina; a ese pliegue del espíritu en el que discurre con rara obstinación. El delito es nativo del

10 *Setena Partida*, Título XXXI, Ley I, en *Las Siete Partidas del rey D. Alfonso el Sabio*, glosadas por el Sr. D. Gregorio Lopez, del Consejo Real de las Indias. En la Imprenta de Benito Monfort, Valencia, 1767, p. 225.

11 *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, 3a. reimp., México, FCE, 1987, p. 254.

12 *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su re-forma* (1a. ed. facsimilar), México, Porrúa, 1982, p. 51.

13 Lenotre, G., *La guillotine et les exécuteurs des arrêts criminels pendant la Révolution*, París, Lib. Académique Perrin et. Cie., Libraires-Éditeurs, 1927, pp. 101 y ss.

albedrío; por lo tanto, quien delinque es culpable. Así las cosas, el problema radica en la culpa y el remedio en la expiación. Vuelvo a Sócrates, en la versión platónica de *Gorgias*: “el castigo es la medicina del alma”.<sup>14</sup> San Agustín admitió: “No ignoraba Dios que el hombre habría de pecar...”; “el libre albedrío de la voluntad es la causa del mal que hacemos y ...tu justo juicio (Señor) lo es del que padecemos”.<sup>15</sup> Entonces la pena puede servir de puente para el arriesgado viaje final: de la ciudad del hombre a la ciudad de Dios. Este signo reconoce, hoy mismo, el derecho canónico,<sup>16</sup> cuando al lado de las penas expiatorias, que destacan la justicia, dispone penas medicinales.

Por supuesto, la medicina penal es amarga. Pero para que esto fuera como se quiere que sea, habría que acreditar al albedrío libertades que no tiene, y suponer a la conciencia —si es en ella donde reside el alma— una milagrosa capacidad de redención por el infortunio. Semejante aptitud no está mal para San Pedro, que llora sus negaciones, pero no está bien para Jack el Destripador, un “loco moral”, como dijo la antigua psiquiatría, que no tiene cómo llorar.

Puestos en el trance de la introspección penal, el camino que viaja al interior del criminal, pronto aparecerá un nuevo proyecto redentor. No dejemos el hilo de la expiación, pero a diferencia del designio moral de ésta, conformémonos con otro más modesto: una habilidad para sujetar la conducta a las disposiciones de la ley; nada más, pero nada menos. A la recuperación de esta habilidad se llama readaptación social, una expresión que aún se halla en boga y una tesis que vacila. El animoso proyecto persiste, por lo pronto, en la letra de nuestra Constitución y en el discurso penal del Estado moderno, cada vez más reticente.

Ese proyecto se ha instalado entre los derechos humanos de la segunda generación, los que no se conforman con las abstenciones autoritarias del poder, sino reclaman sus incursiones morales. No hay, por cierto, reclamación más intensa, ambiciosa, casi desproporcionada: otras quieren que el gobierno construya viviendas, establezca escuelas, erija hospitales; pero ésta le solicita una especie de evangelización civil; para ello debe asumir la más pretenciosa condición: debe ser readaptador del adulto delincuente y padre sustituto del menor infractor.

14 “Gorgias o de la retórica”, *Diálogos*, cit., pp. 165-168.

15 *La ciudad de Dios* (Lib. 12o., Cap. XXIII), 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 284.

16 Canon 1312 del *Código de Derecho Canónico*.



Sin embargo, la readaptación es una espada de doble filo. Con uno puede matar; con el otro quién sabe lo que puede hacer; hasta pudiera readaptar. Pensemos en algunos sucedáneos ambiciosos: rehabilitar, regenerar, repersonalizar. Todo esto sugiere una cosa: convertir. Nos encontramos, pues, ante la más exaltada propuesta de la pena: modificar al hombre, transformarlo, sacarlo de raíz. Más todavía: una suerte de alquimia penal, que toma a un renegado y lo transforma en ciudadano ejemplar. Ya no, pues, la tradicional competencia mecánica de la sanción, que golpea, sino una competencia diferente y conmovedora; virtud química, que transforma.

En este género de proezas hay métodos y objetivos de todas las especies. ¿Acaso las dictaduras no se proponen exactamente la transformación del disidente y del adversario, titulado como loco o criminal? Sigamos un momento a Orwell. En el Ministerio del Amor, donde el cuarto 101 aguardaba a Winston Smith, el persuasivo O'Brien explicó el propósito del castigo. “Tres etapas comprende la reintegración, y son ellas: aprender, comprender y aceptar”. Era lógico:

No nos basta con la obediencia pasiva —siguió diciendo—, ni siquiera con la más abyecta de las sumisiones. Cuando alguien acaba por rendirse a nosotros, ha de ser por voluntad propia... Lo que buscamos es convertirlo, apoderarnos de su más recóndita mentalidad y volverla a plasmar a nuestra imagen y semejanza.<sup>17</sup>

Hay otro pequeño problema, hasta con la mejor de las intenciones: la rehabilitación del hombre a través de la pena supone resolver un asunto previo, que es una condición natural de aquella hazaña: rehabilitar a la pena. En efecto, ¿cómo podría aliviar los males ajenos, si no consigue resolver los propios?

Por supuesto, no se han agotado los proyectos. Hoy se vive la época del desaliento penal. Las ilusiones vuelven sobre sus pasos, se moderan, adquieren un aire de eficiencia digno de una civilización pragmática. Los hombres prácticos saben las virtudes de la jaula. El encierro basta, sin formato moral. De lo que se trata es de contener, y las penas contienen. Si somos realistas —¿y cómo podríamos abjurar de la realidad?— conven-gamos en que cualquier otra pretensión debe archivar-se en el *dossier* de la utopía. En fin, la cárcel contiene porque suprime los puentes con la

17 *Mil novecientos ochenta y cuatro*, 6a. ed., México, Liny Mex, 1956, pp. 304 y 311.

vida general; la confiscación contiene porque priva de los medios para establecerlos una vez más; y sobra decir qué clase de contención perfecta suministra la pena capital. El arsenal no requiere más.

Para llegar a todo esto, para ilustrarlo, hubo que desplegar una fértil imaginación. Los fines de la pena corren paralelos al aparato penal. Cada oficio tiene su repertorio de instrumentos; cada uno cuenta con un espacio natural: un *habitat* oficial. También las penas. Si existió el árbol insigne bajo cuya sombra celebraron los buenos salvajes un pacto de subordinación a la voluntad general, seguramente una rama vigorosa quedó reservada al ajusticiamiento. Así se estipuló en la letra menuda del contrato social. Sin cláusula penal no habría contrato. Sólo restaba adherirse, y los inquietos mortales, en la víspera de convertirse en ciudadanos, se adherieron sin vacilar. Con el tiempo, esa rama mostraría una insólita reciedumbre. Caerían otras menos necesarias o vigorosas. Ella no; a lo sumo cambiaría de corteza, como ciertas criaturas cambian de piel y siguen imperturbables.

Al abrirse el firmamento en los últimos años del siglo XVIII, el panorama de las penas en el Viejo Mundo era tan siniestro como se había querido; pero no había fulminado a los delincuentes, ni sanado a los enfermos, ni convertido a los pecadores, ni liquidado a las brujas y los posesos. Todavía menudeaban los anfitriones del demonio.

En Europa la muerte había dejado de ser suficiente. Se necesitaba un punto más, un exceso indispensable; se exigía, en fin, la exasperación que sólo madura en el tormento. En Inglaterra —dice Ramos Bossini— las brujas, que abundaron como la mala hierba, tenían un destino insoportable: “sus pechos eran abiertos y su corazón extraído y arrojado al fuego. Todo ello al aire libre y tal vez bajo esa típica llovizna inglesa...”<sup>18</sup> Von Hentig refiere las minucias del descuartizamiento, una frecuente presentación de la justicia: primero “abren el cuerpo del delincuente con hacha y cuchillo”; ahorro lo que sigue, y tomo el final: “Era uso distribuir los cuatro despojos según las cuatro direcciones de la rosa de los vientos, a menudo en cuatro ciudades fronterizas del reino”.<sup>19</sup> Supongo que así se aleccionaba a los transeúntes para que apuraran la salida o meditaran el ingreso. No en balde tomó Foucault, como lindero dramático entre los

18 *Procesos por brujería en la historia del derecho (Inglaterra. Siglos XVI y XVII)*, Madrid, Ed. Mezquita, 1984, p. XVI.

19 *La pena. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*, trad. de José María Rodríguez Devesa, Madrid, Espasa-Calpe, 1967, t. I, p. 373.

viejos y los nuevos tiempos de la pena, el suplicio del frustrado regicida Damiéns.<sup>20</sup>

La idea del sufrimiento exacerbado, como la mejor expresión del castigo, ha hecho un largo viaje hasta nuestros días. Larvada siempre asomó de nuevo en los nichos del desarrollo, los paraísos de la actualidad; hasta pudiera ser un signo de modernidad militante. Porque hace sólo algunos días, un pequeño desperfecto en la silla eléctrica de la prisión estatal de Florida, en Starke —una silla construida en 1923, nada menos—, determinó que la electrocución de Pedro L. Medina se combinara con un incendio que inició sobre el ejecutado un auto de fe medieval. El culto fiscal Bob Butterworth se apresuró a ingresar en la historia con una frase sentenciosa: “Quienes deseen cometer un homicidio, no debieran hacerlo en Florida —dijo—, porque aquí pudiéramos tener problemas con nuestra silla eléctrica”.<sup>21</sup> A la declaración de este jurista se agregó la frase de un culto legislador: el líder de la mayoría en el senado local, Locke Burt, que pontificó para sostener las virtudes heroicas de una ejecución cruenta en contraste con la ejecución gazmoña mediante inyección letal: “Sin sufrimiento, la muerte no es un castigo”.<sup>22</sup>

Pero volvamos atrás, a aquellos siglos menos cultos en los que me ocupaba antes de distraerme en las definiciones de los señores Butterworth y Burt, acuñadas el 26 de marzo de 1997. Volvamos al siglo XVIII. Ya para entonces se hallaban contados los días —o los años— del sistema penal que se complacía en la exaltación del sufrimiento. Sucedió que la audiencia, siempre temerosa de convertirse en personaje de la obra, estaba ahíta de penas espectaculares. Todo cansa. También la justicia fatiga.

Cuando Beccaria puso a circular en el anonimato y la clandestinidad su breve *Tratado de los delitos y de las penas*, pudo escucharse un suspiro, tan hondo como el que en algunas conciencias produjeron los alegatos de Voltaire. Beccaria mismo resumió la fatiga del opúsculo, su recóndita razón: “Si llego a demostrar que la muerte no es útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad”.<sup>23</sup> Por lo pronto, el ingenio y el escrúpulo comenzaron por aligerar el sufrimiento. El diputado Guillotin —un

20 Cfr. *Vigilar y castigar*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Ed. Siglo XXI, 1972, pp. 11 y ss.

21 “Flames erupt during Florida execution”, *USA Today*, del 26 de marzo de 1997.

22 “Despite fire, electric chair is defended in Florida”, *The New York Times*, del 27 de marzo de 1997.

23 *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constanancio Bernaldo de Quirós, Puebla, México, Ed. José M. Cajica Jr., 1957, p. 109.

médico de París, que concurrió a la Asamblea Constituyente— aseguró a sus asombrados colegas, todos destinatarios de una probable decapitación: “Con mi máquina os haré saltar la cabeza de un golpe certero y no sufriréis en lo absoluto”.<sup>24</sup> Así ocurrió una pequeña explosión tecnológica entre las manos del decapitador.

Entonces ya había cumplido algunos siglos la prisión, una pena infrecuente y novedosa, con aquel precedente sobrenatural que dije al principio de este discurso. Tuvo doble y ambigua raíz, que le confirió un punto de horror y otro de fascinación. Lo primero, por la sociedad que tenía con la voluntad señorial: no se olvide que las revoluciones comienzan demoliendo cárceles y liberando presos; el “pueblo menudo de París” arremetió contra La Bastilla; ese fue su acto emblemático, aunque resultase magna la cosecha de excarcelados: siete hombres, siete espectros.<sup>25</sup> Y lo segundo, porque el auge de la prisión aseguraría el colapso de la muerte súbita; más valía que el delincuente falleciera en el sigilo de la cárcel, lentamente, llevando su cadena con elegancia discreta.

En esto fue precursor Estados Unidos. Mientras Europa limpiaba de patíbulos las plazas, los industriosos estadounidenses elevaban formidables reclusorios. Alexis de Tocqueville llegó de Francia para dar testimonio del sistema penitenciario que Estados Unidos obsequiaba al mundo, aunque luego se entusiasmaría con otra contribución más inquietante: la democracia.<sup>26</sup>

Imaginemos, pues, a un continente que resuelve relevar su maquinaria punitiva en aras de un viento fresco, una nueva moda, una esperanza alborozada. El invento —dijo un viejo profesor español, Mariano Ruiz Funes—, se debe a los canonistas.<sup>27</sup> La Iglesia descubrió las virtudes del monasterio; la cárcel sería, en consecuencia, un monasterio para laicos insufribles. Ahí debían soportar un doble encuentro difícil, sostuvieron los teóricos de la prisión celular: consigo mismos, para poner en actividad a

24 Cit. Lenotre, G., *La guillotine et les exécuteurs des arrêts criminels pendant la Révolution*, cit., p. 216.

25 Cfr. *Las prisiones de Estado, que comprende La Bastilla, el Torreón de Vincennes, la Torre de Nesle, las Islas de Santa Margarita y de Pignerol, y la historia de la marquesa de Brinvilliers*, México, Imp. de Ignacio Cumplido, 1855, pp. 316 y 317.

26 El sistema penitenciario era un pretexto —señaló—: “lo he tomado como un pasaporte que debía permitirme penetrar a todos los lugares de los Estados Unidos”. Cit. Jardin, André, *Alexis de Tocqueville. 1805-1859*, trad. de Rosa María Burchfield y Nicole Sancholle-Henraux, México, FCE, 1988, p. 79.

27 Cfr. *La crisis de la prisión*, La Habana, Jesús Montero (ed.), 1949, p. 76.

su conciencia, gran despertador de la moralidad adormecida; y con su Creador, para avanzar unos pasos en el rumbo de la redención.

El preso debía caminar en penumbra. Y algo más, en silencio. Ese fue el yerro mayor. La soledad, la penumbra y el silencio no animan la existencia; al revés, la deprimen: van contra la naturaleza. Otro problema fue el ocio, que apenas tiene remedio. Una cosa es el ocio creativo en la *polis* de los hombres libres, y otra el ocio en la celda del cautivo. Mirar el techo, mirar los muros, mirar el suelo, mirar las manos, mirar la puerta, si hay suficiente luz para que todo eso se mire, es el resumen de un día de cautiverio. Y de un mes, y de un año, y de ciento.

Así se consolidó el primer sistema penitenciario europeo: la prisión ocupaba casi todo el firmamento de las penas. Esta época tuvo un encanto adicional, que las anteriores ignoraron o sólo conocieron a medias, salvo, quizá, la era del circo romano. Para la gran cultura carcelaria, el lugar en que se inflige la pena cumple un papel principal: el *domus* de la sanción constituye, por sí mismo, un participante multifacético en el drama del cautiverio; ciudad en hervor; república del castigo, con leyes y ciudadanos característicos. Es el escenario que propone y envuelve; es el coro que observa y encamina; y es de pronto un exigente personaje que se desprende del coro y evoluciona en la escena.

Si la muerte puede improvisarse en cualquier sitio, la privación de libertad requiere de ciertas condiciones escénicas; exige majestad, solemnidad. Las religiones elevan sus iglesias, y los gobiernos, sus palacios. La nueva pena privativa de libertad erige su novedad: la cárcel, no sólo como especie de la sanción, sino también como especie en el género de la construcción. El hecho de la reclusión es una medalla: en una cara figura la noción moral del cautiverio, que se resume en un artículo del Código Penal; en la otra se mira su consecuencia arquitectónica, paraíso de la imaginación. Que lo diga, si no, Piranesi.

Este rostro de la privación de libertad, su estampa de cal y canto, tiene requerimientos característicos, que durante siglos han desafiado a los arquitectos: su propia versión de las celdas, de los muros, de las torres, de las capillas, de los talleres, de las crujías; sus propias condiciones de tránsito, luz, ventilación. Si los castillos donde se guarece el poder deben ser inexpugnables desde fuera, estas otras fortalezas —que también sirven al poder— deben ser infranqueables desde dentro. De esta manera se resume la más escueta fórmula de la prisión; es un aporte —y no el menor— que las cárceles hacen a la civilización. En ellas hay un sentido que domi-

na, empotrado en los reglamentos y en las celdas, en los corredores y en el refectorio, de sol a sol y de luna a luna: es el sentido de la vista, el ojo al que nadie y nada escapan, el ojo del hermano grande. La versión de la cárcel como un ojo avizor, en todo el significado de la expresión, fue magistralmente expuesta por Bentham: “un edificio circular o polígono con pequeñas habitaciones en la circunferencia de muchos pisos: en el centro una habitación para el inspector, desde la que pueda ver todos los presos aun sin ser visto, y comunicarles todas sus órdenes sin abandonar su puesto”.<sup>28</sup>

En este minucioso programa de privaciones, la soledad es, tal vez, la menos soportable. Silvio Pellico, el poeta italiano recluso por los austriacos, se rehusa a prometer silencio: “no resistiré nunca a la necesidad de dar algún aliento a los pulmones y de invitar a mi vecino a que responda. Y si el vecino callara, dirigiría yo la palabra a los barrotes de mi ventana, a las colinas que tengo enfrente, a los pájaros que vuelan”.<sup>29</sup> Seguramente los prisioneros del terrible sistema celular descubrieron, mucho antes que Morse, las virtudes de una clave que golpea la piedra.

Sin embargo, también la compañía puede resultar abrumadora: un castigo dentro del castigo, en círculos concéntricos que se deslizan hacia la locura. Lo narra Dostoiewsky, huésped en una casa de los muertos,<sup>30</sup> la blanca tienda invernal plantada en Siberia, primicia del archipiélago de Gulag.

Otro achaque en aquel programa es la privación de la utilidad; conversión de la vida en una dispersión inútil. Las vueltas de Wilde en la prisión de Newgate,<sup>31</sup> uncido al círculo que gira sin otro objetivo que cumplir la circunferencia que nunca termina, son una infinita caída; vueltas de tornillo que excava en el aire su precipicio.

Para arribar hasta la mitad de nuestro siglo, la privación de libertad experimentaría una colonización imprevista. Hasta aquí llegó también la ciencia. Los frenólogos y los fisiognomistas, los psiquiatras de los tiempos heroicos, los sociólogos positivistas, aventurados en la dinámica delictiva, modificaron el paisaje humano de las prisiones. Antes hubo ver-

28 *Teoría de las penas y las recompensas. Obra sacada de los manuscritos de Jeremías Bentham, jurisculto inglés por Estevan Dumont, vocal del Consejo Representativo del Cantón de Ginebra*, trad. de D. L. B., Barcelona, Imprenta de D. Manuel Saurí, 1838, t. I, p. 152.

29 *Mis prisiones*, trad. de Ciro Bayo, 3a. ed., Buenos Aires, Col. Austral, 1945, p. 122.

30 *Cfr. La casa de los muertos*, Buenos Aires, Ed. Sana, 1939, p. 38.

31 “Balada de la cárcel de Reading”, *Obras*, trad. (de la Balada) Julio Gómez de la Serna, Madrid, Biblioteca Nueva, 1947, t. 2, p. 907.

dugos, carceleros, alcaides, abogados; aquéllos, hombres rudimentarios, con todo género de atuendos para toda suerte de tareas; los últimos, hombres de toga negra: quizá porque la ley es dura, y por severa, oscura, nocturna, como si estuviese dispuesta para que nadie se haga ilusiones.

Las “gentes de la justicia”, que Daumier dibuja, no dejan un momento la toga. Llegaría el tiempo en que no serían la única profesión selecta en el mundo de los cautivos. Cuando irrumpen los médicos, “gentes de la salud”, pulula el uniforme del día: la bata blanca. Estos viajeros de las prisiones han hecho un recorrido interesante, desde la foseta occipital que distinguió Lombroso, hasta la confabulación de cromosomas a la que se imputa el germen de la violencia. Y aún se esperan grandes sorpresas.

Entre los personajes de la prisión, no a título de huéspedes, sino de anfitriones, se hallan esos hombres de toga negra y de bata blanca, más los ministros del culto, los jefes de talleres, los guardianes —“cabos de vara” en las prisiones antiguas—, los visitantes: éstos, mujeres y hombres misericordiosos con una estrella conductora: Concepción Arenal. Sin embargo, no siempre cumple cada quien la función que le corresponde en la obra carcelaria, ni retiene los caracteres del papel que le compete recitar. No son infrecuentes los casos en que tras las murallas silenciosas aparece, como una enfermedad de pronóstico sombrío, el que llamaré “síndrome del doctor Alquitrán y el profesor Pluma”, como en el cuento de Edgar Allan Poe:<sup>32</sup> cuando ese síndrome se presenta, los criminales se apoderan de la dirección; preservan la apariencia y gobiernan. Suele suceder.

Con las grandes invasiones europeas, los artificios penales desembarcaron en América. Claro está que aquí se conocía la muerte, administrada con múltiples rigores y por un amplio número de motivos; y Clavijero sostiene que también hubo prisiones, como las cauhcalli, “jaulas de madera muy estrechas”.<sup>33</sup> Europa, sin embargo, trajo lo que tenía bien practicado. La cárcel y las cadenas eran una de esas prácticas. “Como la justicia española se hace con hierro y sangre —evoca Arciniegas—, ese que una vez llegó a virrey, gobernador y almirante ahora arrastrará cadena en

32 El falso señor Maillard refiere a su azorado visitante: “Algunos aspectos de mi sistema deben ser atribuidos al profesor Alquitrán y del cual ha oído usted forzosamente hablar; y hay en mi plan modificaciones que me es grato reconocer como pertenecientes en derecho al célebre Pluma, a quien ha tenido usted el honor, si no me engaño, de conocer íntimamente”. “El sistema del doctor Alquitrán y el profesor Pluma”, *Obras*, trad. de Carlos Olivera, Nicolás Estevanez, Arturo Díaz Lorenzo y R. Cansinos Asens, Buenos Aires, Ed. Claridad, pp. 184 y 185.

33 *Historia antigua de México*, 7a. ed., México, Porrúa, 1982, p. 222.

la cárcel”. Así, “con cadenas llega Colón a España, enviado por el juez de la reina”.<sup>34</sup>

Al trazar las nuevas ciudades, implantar las nuevas costumbres y montar los nuevos tribunales, por lo menos dos instituciones no podían quedar ausentes. Una, la picota en el eje urbano, de modo que cumpliera una función paradójica: centrípeta para atraer las miradas y centrífuga para ahuyentar las infracciones. Otra, la cárcel: ésta se posó naturalmente en las casas consistoriales, sin perjuicio de que se dispersara en alojamientos propios y moradas secretas. No podría expresarse mejor la ostensible alianza; en el mismo lugar en que se halla el brazo que impera, está la mano que castiga; el señor tiene cerca a los rebeldes y descarriados; en la misma casa están todos, el padre iracundo y sus hijos macilentos; el poder propone, impone y expone; por eso es poder, así se asegura.

Hubo una cárcel en la residencia del Poder Ejecutivo de la Unión, como las hay todavía en no pocos palacios municipales; y desde luego eran huéspedes en aquel palacio, a despecho de Locke y Montesquieu y de la declaración francesa de 1789, los otros dos poderes: uno ahí tenía el foro y la fuente de sus leyes; el otro, la mesa imponente para suscribir sentencias, y quizá el entusiasmo para dictarlas.

Entre las grandes causas morales que llevó adelante nuestra nación independiente, han figurado siempre las creencias y los compromisos penales. Es explicable: el primer reducto del ciudadano se halla en las normas y las prácticas que lo protegen de la acción punitiva del poder político; y la prueba de fuego para el Estado de derecho radica en la observancia de los derechos humanos precisamente ahí donde se hallan en mayor peligro: el sistema de los delitos y los castigos, lo mismo el oficial que el oficioso; uno, que se desgrana como los rayos de Júpiter, desde el Olimpo de los tribunales, a voz en cuello; otro, que atrapa a los hombres en desfiladeros, siempre en claroscuro, en voz baja y con sigilo.

Desde Fernández de Lizardi se elevan las peticiones para la reforma de las cárceles: en la de Corte había “un millón de presos”, en población confusa, dijo el autor del *Periquillo*<sup>35</sup> con leve exageración. En el ingreso a La Acordada unas octavas prevenían: “¡Pasajero! respeta este edificio, y procura evitar su triste entrada; pues cerrada una vez su dura puer-

34 Arciniegas, Germán, *Biografía del Caribe*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 35.  
35 *El periquillo sarniento*, 17a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 158.



ta sólo para el suplicio se halla abierta”.<sup>36</sup> En el Santo Oficio aguardaban, con las fauces dispuestas, las cárceles secretas. Por lo tanto, la ciudad de los palacios también era ciudad de las prisiones.

Los caminos difíciles de una República infestada de asaltantes, los malhechores codiciosos, las guerras civiles, y en suma, el diario oficio de nuestra naturaleza indómita, militaron contra la benevolencia de las penas. Otero propuso el sistema penitenciario, diseñó decretos, recomendó colectas, mostró los méritos del régimen de Filadelfia. Sin embargo, el patíbulo persistía. Cuando se reunió el Congreso liberal de 1856-1857, resuelto a ganar la batalla de las libertades, entre un Arriaga exasperado y una asamblea reticente, subió de nuevo a la tribuna el tema de la cárcel y la muerte. Para evitar ésta se necesitaba de aquélla; pero la República no tenía prisiones; por ende, no podía permitirse el lujo de suprimir la muerte. El Constituyente sólo pudo elevar al poder administrativo una petición condicionada: para abolir la pena capital, debe instituirse el sistema penitenciario.<sup>37</sup> Dio esa especie de consejo o resumió esa suerte de esperanza en el texto mismo de la Constitución.

La etapa final del siglo XIX alojó ciertas paradojas. Además de la ley fuga, estaban en su apogeo San Juan de Ulúa, llamada la “cárcel particular de don Porfirio”, Valle Nacional y Quintana Roo, para deportados sin esperanza. Pronto ingresaría en la lista la colonia de Islas Marías. Entre “mátalos en caliente” y “mátalos en el patíbulo” sólo mediaba una ligera diferencia; de tiempo y de trámite. Empero, la ilusión penitenciaria perseveraba; la dictadura, afecta a las grandes obras materiales, no podía pasarse sin prisiones modernas, abanicos de naves inmensas, que mostraran la huella de la ciencia aplicada a los asuntos correccionales.

Entonces abrió sus puertas la majestuosa Penitenciaría de Puebla, alejando al templo de Santa Inés, para cerrarlas más tarde tras la espalda de los prisioneros. Cincuenta años duró la obra, entre 1840 y 1891. Por fin se realizaba el sueño del Constituyente de 1857: establecida la penitenciaría se abolía la “odiosa pena de muerte” mediante bando solemne. Pero don Porfirio, que inauguraba la prisión y elogiaba al poder público de Puebla por excluir la muerte del catálogo de las penas, se cuidó bien

36 Cit. Rivera Cambas, Manuel, *México pintoresco, artístico y monumental*, México, Ed. del Valle de México, 1974, t. I, p. 256.

37 Cfr. mi estudio sobre este punto en *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 45-49.

de hacer lo mismo en las leyes federales.<sup>38</sup> Era mejor poner una vela a Dios y dejar otra encendida para el diablo.

Diez años adelante, la vela puesta a Dios sería la Penitenciaría de Le-cumberri. “Ella marcará —pronunció Miguel Macedo, científico del por-firiato— una etapa en la historia de las instituciones penales de nuestro país: aquí por vez primera va a implantarse un régimen completo, orienta-do hacia la corrección moral... del hombre a quien la justicia ha declarado delincuente”. Después, dirigiéndose a Díaz le aseguró serenamente: “aquí todo va a ser silencio, quietud, casi muerte... al perderse el eco de vuestros pasos, comenzará el reinado del silencio y la soledad”.<sup>39</sup>

Si las prisiones y sus custodios son personajes del cautiverio, el pro-tagonista es el prisionero. Todo se previene para alojarlo, como antes se dispusieron, para desmembrarlo, los cuatro caballos que tiraban hacia los puntos cardinales. Pero aquí se proclama otra cosa, diametralmente diver-sa, como ya dije: reconstruirlo; tomarlo pieza por pieza y erigirlo de nue-vo; en el rompecabezas de las penas, el reo tiene reservado un doble pa-pel, que despliega con ritos profusos: es el enemigo vencido y será el ciudadano recuperado. Entre esos paréntesis se encierran el silencio y la quietud de que habló Macedo, que hoy son clamores y río revuelto.

Ante todo es enemigo vencido. Cuando llega el inculpado a ocupar su lugar en el epígrafe del expediente que documenta el juicio, se encuentra frente a frente con todo el poder del Estado. Se dice: el rey, o la repúbli-ca, o el pueblo contra fulano; y fulano es el delincuente y aquéllos son el poderío. Fulano comparece ante su juez, del que depende su destino; pero el juez no es tan tercero ni tan imparcial como se dice: es parte del poder, afín al rey, funcionario de la república, magistrado del pueblo. Peor toda-ría si el magistrado, para honrar el mito de Themis,<sup>40</sup> resuelve ponerse una venda sobre los ojos, y de esta absurda manera decide no saber a quién tiene enfrente, ni qué dice la ley que aplica, ni en qué sentido se

38 Sobre la inauguración de la penitenciaría de Puebla, *cfr.* García Ramírez, *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, México, CVS Publicaciones/Secretaría de Goberna-ción, 1996, pp. 116 y 117.

39 “Discurso pronunciado en la ceremonia inaugural de la penitenciaría de México, por el Pre-sidente del Consejo de Dirección del mismo establecimiento, Lic. D. Miguel Macedo”, *Boletín del Archivo General de la Nación*, México, tercera serie, t. V, núm. 4 (18), octubre-diciembre de 1981, y t. VI, núm. 1 (18), enero-marzo de 1982, pp. 14 y 17.

40 Véase la crítica de Gustavo Radbruch sobre esta versión de la justicia, en su *Introducción a la filosofía del derecho*, 3a. reimp., trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 1978, p. 141.

mueven los platillos de la balanza, ni dónde golpea la espada, que ya está cayendo sobre el reo como se abaten los palos de ciego sobre una piñata.

Puede haber, sin embargo, mayor desvalimiento: lo han sido las numerosas formas de justicia abrumadora que registran abundantes páginas de la historia, no tan remotas ni tan distantes. Acaso era esto lo que inquietaba a Platón cuando el ateniense que conversa con Clinias sugiere añadir a las muchas leyes existentes “una que establezca un consejo nocturno de magistrados... para que sea el guardián de las leyes y de la salud pública...”. Al minuto de hacer la propuesta, el ateniense vacila y retrocede: “es preciso no hablar de eso, ya que no podríamos hacerlo como es debido”; concluye: “El peligro es grande en verdad...”.<sup>41</sup>

Desde el principio, el inculpado puede medir sus fuerzas; ya se le sabe un “enemigo diplomado”:<sup>42</sup> su primer diploma será el auto de procesamiento; el segundo y último, la sentencia de condena.

El delincuente sujeto a juicio y a condena es el hombre desnudo; el más desvalido entre todos. Los demás sujetos de la justicia tienen otros títulos; por ellos militan sus pares: los padres de familia, los comerciantes, los terratenientes, los agricultores, los militares, los peones del campo, los profesionales, los trabajadores. Todos son categorías razonables y con frecuencia poderosas, que arrancan al Estado sus derechos como una vez lo hicieron los caballeros de Inglaterra frente a Juan sin Tierra. No así los delincuentes, perfectamente aislados y proscritos; no tienen pares, y si los tienen, esos pares también están sometidos a juicio o ya pueblan la cárcel.

Cuando los otros hombres resuelven defender sus intereses, se agrupan en poderosas organizaciones: cámaras, colegios, sindicatos; y cuando quieren decir dos palabras fuertes al poder político, salen y marchan; ganan la calle, que ya es el indicio de una pretensión triunfadora. Si los inculcados quisieran asociarse, sólo constituirían una asociación delictuosa, vista con espanto; si organizaran una manifestación estrepitosa, se les trataría como se trata a los amotinados. En fin, no existe fuerza alguna que sostenga los derechos de los sentenciados. Sólo la fuerza moral del Estado, cuando el Estado y la moral se entienden, cosa que no ocurre siempre.

Dijo con razón Ángela Davis que “según un principio consagrado por el tiempo, el nivel del progreso general —o del retroceso— de cual-

41 *Las leyes o de la legislación*, 3a. ed., México, Porrúa, 1979.

42 *Cfr.* García Ramírez, *La prisión*, México, FCE, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 21.

quier sociedad nos está dado por sus prisiones”.<sup>43</sup> Quiso decir, me parece, que éstas son breves ciudades que reproducen, en el secreto de sus murallas, las costumbres, las razones y los usos del poder y la gloria que prevalecen fuera, en la constelación de los hombres libres. La íntima ciudad carcelaria, universo rudimentario, no difiere en esencia de la ciudad externa, extrovertida, ni del universo íntegro y desarrollado. Si se ponen uno sobre otro los mapas de ambas ciudades, y se ven a contraluz con una mirada penetrante, se llegará a una consecuencia sencilla: el mapa de la cárcel reproduce los caminos, los ríos, las cordilleras, los precipicios que propone el mapa de la ciudad libre; como si aquél se hubiese calcado de éste.

Llevemos esto más lejos: a todas las penas, y más todavía: al sistema penal entero. Este no puede ser otra cosa, porque no tendría cómo serlo, que una réplica más o menos exacta, más o menos afortunada, del sistema social en su conjunto. Está hecho de la misma arcilla, con la misma piedra, por las mismas manos, con un alma común que se esparce en los hogares, las iglesias, las escuelas y las cárceles.

Imaginemos una casa de los espejos: cada uno reproduce lo mismo que se mira en los restantes; en efecto, no hay otra cosa que pudieran recoger sus caras dóciles y brillantes. Si algunos espejos son cóncavos o convexos, podrán imponer a las imágenes que reflejan ciertas distorsiones mayores o menores; abreviarán las figuras, o las alargarán extrañamente, o las ensancharán sin medida; pero nunca producirán figuras que difieran esencialmente del modelo que reflejan. Los espejos no mienten, aunque exageren. Así las cárceles y así todas las penas y el control social completo que provee el Estado: no fallan a sus orígenes, no niegan la cruz de su parroquia; sólo dan testimonio, aunque se trate, a veces, de un testimonio gigantesco.

Esa identidad evidente asegura que la ciudad circundada de murallas y la ciudad exenta de ellas son oriundas de los mismos constructores y disponen de habitantes comparables; y además confirma que aquella sólo aloja lo que ésta produce. En consecuencia, el control demográfico únicamente es posible en la ciudad de los hombres libres, no en la república de los cautivos; y la justicia sólo trabaja a fondo y de veras cuando se antici-

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

pa a los tribunales y penetra todas las venas por las que viajan los hombres comunes.

Las prisiones y el régimen de las penas se hallan, a su turno, condenados a llevar el pulso de la sociedad en la que ocurren. Cuando se agita ese pulso, las penas marchan a su apogeo. Y cuando el pulso trabaja sin sobresalto, tampoco hay estridencia punitiva.

Dejo aquí el itinerario de la pena, que se parece tanto al itinerario de la vida común y corriente; uno y otro han cruzado los mismos campos, atravesado los mismos tiempos, atraído a los mismos seres. El futuro de aquél es el futuro de éste, sólo que puesto en la sombra, avasallado. A las prisiones que inventamos han concurrido, por millones, y ahora mismo acuden con puntualidad conmovedora, individuos de la infinita raza humana, desde seres superiores hasta exhombres, como diría Máximo Gorki. Sin embargo, esta es solo una calificación extremosa, difamatoria. Entre todos hemos puesto el prefijo; los hay que nunca tuvieron más oportunidad que la de ser prisioneros; y los hay que crearon para otros las oportunidades de no serlo, aunque ellos mismos lo fueran: Cervantes estuvo en Argel y en Sevilla, Fray Luis de León en Valladolid, Dostoiewski en Siberia, Wilde en Reading, Mandela en Sudáfrica...

Entre los habitantes de la prisión los ha habido que nunca se hallaron verdaderamente presos; a éstos el destino o su formidable espíritu, o ambas cosas, en secreta alianza, los hicieron hombres libres. Pero ellos no son los pobladores regulares de la cárcel; aunque se consuman en la celda, están libres por una rara voluntad insumisa. De ellos se diría lo que escribió en su diario Ho Chi Minh, otro ilustre cautivo: “Es tu cuerpo el que está en prisión; tu espíritu no puede estar encarcelado”.<sup>44</sup>

En estos casos se subvierte, extrañamente, el itinerario de la pena; no desemboca intramuros, sino fuera de éstos, necesariamente fuera, inexorablemente fuera, en el exterior luminoso. Esta sería la crónica de otro itinerario, para un discurso distinto; ya no abordaría los laberintos del castigo, sino se atrevería en los altos caminos de una liberación venturosa. Si el nuevo discurso necesitara un héroe, un protagonista nacional irrecusable, éste sería sin duda, al menos para mi juicio, el más admirable de los presos-libres.

44 Véase en Montes de Oca, Marco Antonio, *Poesía. Crimen. Prisión (Antología)*, México, Secretaría de Gobernación, 1975, p. 202.

Dijo Ricardo Flores Magón, el cautivo de insólita sustancia, en una carta desde la cárcel de Leavenworth, el 24 de marzo de 1921:

mi espíritu sigue altivo; no estoy deprimido en lo más mínimo, aunque sé que tengo que morir aquí, dentro de los muros de la prisión. Soy un águila caída en el pantano; mis alas están rotas para siempre y no han de dejar ya esta antesala de la muerte. Pero tengo otras alas que nadie puede romper y me remonto, me remonto, me remonto, y desde la vastedad del espacio contemplo el fracaso de los que quisieron destruir mis ideas...<sup>45</sup>

45 Véase en Valencia, Tita, *Testimonio carcelario de Ricardo Flores Magón*, México, Secretaría de Gobernación, 1977, p. 140.

## DESARROLLO DE LOS SUSTITUTIVOS DE LA PRISIÓN\*

SUMARIO: I. *Consideración introductoria*. II. *Categorías*. III. *Instancias en el proceso de sustitución penal*. IV. *Equilibrio de los intereses en conflicto*. V. *Antecedentes. El desarrollo penitenciario*. VI. *La reforma de 1970-1971*. VII. *El anteproyecto del INACIPE y el Código Penal de Veracruz*. VIII. *La reforma de 1983*. IX. *Las reformas de 1991 y 1993*. X. *Estado actual de la cuestión*.

### I. CONSIDERACIÓN INTRODUCTORIA

Como se sabe, la privación punitiva de la libertad constituye una sanción relativamente reciente. La antecede, a lo largo de siglos, la privación cautelar de la libertad: prisión preventiva del inculpado, hasta que se dicte sentencia y se ejecute la pena establecida en ésta.<sup>1</sup> Así las cosas, la prisión penal apareció hacia el fin de la Edad Media —no sin antecedentes más o menos relevantes—, a imagen y semejanza de la reclusión monástica. Por eso se ha dicho que esa pena es una “invención del Derecho canónico”.<sup>2</sup>

Al cabo del siglo XVIII, esto es, en la etapa terminal del absolutismo, había un concepto ambivalente sobre la prisión. Por una parte, existía una fuerte corriente de repudio, fundada en la tradicional asociación entre el

\* En *Las penas sustitutivas de prisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuadernos para la Reforma de la Justicia, núm. 2, 1995, pp. 31-88. Este artículo se actualiza mediante la incorporación del apartado X, bajo el título “Estado actual de la cuestión”.

1 Reiteraré las formulaciones clásicas que menciono en mi libro *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 24 y 25. En el *Digesto* se lee la fórmula de Ulpiano: *carceres enim ad continentos homines, non ad puniendos haberi debent* (lib. 48, tit. XIX, frag. 8, par. 9). Dijo Cynus, *carcer introductus est non ad poenam, sed ad custodiam*. Lo mismo postularon las *Partidas*: “la carcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella” (ley 2a., tit. II, part. VII), y “la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean judgados” (ley 4a., tit. XXXI, part. VII).

2 Según la conocida frase de Mariano Ruiz Funes. *Cfr. La crisis de la prisión*, La Habana, Jesús Montero (ed.), 1949, p. 76.

poder despótico del monarca y el empleo de la cárcel como medio para la represión ordinaria y política. De ahí que los alzamientos populares se dirigiesen, ante todo, contra las prisiones, para liberar a las víctimas de una justicia subordinada y desafiar el valor “emblemático” de aquella. Vale recordar el caso de La Bastilla.

Por otra parte, prosperaba la nueva “ilusión penitenciaria”. La pena de muerte se hallaba desacreditada. Se había aplicado con frecuencia y rigor insoportables: no bastaba la privación de la vida; también era preciso exacerbar el sufrimiento del penado. Además, hubo errores judiciales gravísimos —o injusticias deliberadas, ejemplares—, que contribuyeron a encender la opinión pública en contra de la pena capital. En este orden de consideraciones figuraron alegatos eficaces, como el de Voltaire en el caso Calàs. La prisión acudió al relevo de la muerte. Fue vista como un sustituto plausible. Así se inició, en fin, la historia de la privación penal de la libertad, sobre la que hoy se cierne una profunda crisis. En rigor, este asunto se reformula en el contexto del abolicionismo penal,<sup>3</sup> un atractivo sueño que a su vez se enlaza con la idea de una sociedad gobernada por la moral (esto es, una comunidad fraterna), que para nada necesita del derecho.

La prisión puede servir, en hipótesis, a cualquiera de los objetivos regulares de la pena, o a todos ellos: retribución, intimidación, expiación, control de la delincuencia o readaptación social.<sup>4</sup> Ésta constituye un esfuerzo para colocar al individuo en condiciones de no volver a delinquir cuando regrese a la vida libre (reinserción social). La readaptación no implica (o no debe implicar) una deliberada alteración de la personalidad del

3 Cfr. Barreda, Luis de la, “Abolir la prisión: un canto de sirenas”, *Criminalia*, año LVIII, núm. 1, enero-abril de 1992. Dice: “el abolicionismo tiene posibilidades en el mundo de hoy... El reto estriba en conservar y fortalecer los principios garantizadores, democráticos, consagrados en las partes generales de los ordenamientos punitivos, y en las partes especiales reducir al mínimo indispensable las figuras delictivas, disminuir al límite razonable la sanción privativa de libertad y observar escrupulosamente que no se rompa la debida proporción entre bien jurídico tutelado y punibilidad”. *Ibidem*, p. 19.

4 Cfr. García Ramírez, Sergio, *La prisión*, México, FCE-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 57-59, y Szabo, Denis, *Criminología y política en materia criminal*, trad. de Félix Blanco, México, Ed. Siglo XXI, 1980, pp. 214 y 215. La idea de readaptación social, expresada con diversas voces (cada una de las cuales aparece, desde luego, variantes útiles), se ha introducido profundamente en la legislación moderna. Hay, sin embargo, frecuentes críticas sobre el concepto de resocialización. Se dice, inclusive: “Ciertamente no puede negarse que el optimismo en la resocialización ha sido excesivamente acrítico y exagerado y que, a pesar de su aceptación y éxito general, nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y determinado”. Muñoz Conde, Francisco, “Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles”, en Varios autores, *La reforma penal*, Madrid, Instituto Alemán, 1982, p. 107.



reo, sino dotarlo con los medios cuya carencia pudo precipitar o determinar la conducta antisocial: salud física y psíquica, educación, competencia laboral, por ejemplo. En otras palabras, he señalado que

no se trata de suprimir o, dicho más suavemente, de sustituir al hombre —lo que convertiría a la prisión en una pena de muerte *sui generis*—, sino de colocarlo en condiciones de ejercer sus potencialidades sin invasión o menoscabo de las facultades de los otros. Así, el lavado de cerebro no es la técnica favorita del readaptador social genuino. No oprime, sino explica, analiza, instruye, debate. Pero deja siempre abierto el espacio de la libertad; en rigor, reeduca para ésta.<sup>5</sup>

Se pretende que la prisión sea útil para la readaptación social del recluso, en la medida en que los reclusorios operen como centros de educación integral y preparación para el trabajo, que son los datos proclamados por el artículo 18 de nuestra Constitución, a partir de la reforma de 1965. Sin embargo, es aquí donde se alzan con más vehemencia las impugnaciones. La cárcel encierra una paradoja: formar hombres libres en cautiverio, esto es, calificar para la libertad en un medio ajeno a la libertad. Esto es un contrasentido, se dice. Por otro lado, la triste —cuando no terrible— situación de las prisiones, conspira contra el proyecto de mejorar a los reclusos.

Los males de la cárcel se advirtieron en plena época de “ilusión penitenciaria”. Primero fue repudiada, o al menos severamente cuestionada, la pena breve privativa de libertad. Luego, a la luz del concepto mismo de regeneración, corrección o readaptación, y tomando en cuenta, además, los problemas de la reinserción social del liberado, fueron impugnadas la duración muy prolongada y la excarcelación abrupta.<sup>6</sup> Los positivistas se

5 *Manual de prisiones*, 3a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 316.

6 En realidad, la prisión misma está sujeta al más severo cuestionamiento. Esta impugnación propicia, por supuesto, el desarrollo de las alternativas o sustitutivos de la privación de libertad. En la muy copiosa bibliografía acerca de la crisis de la prisión, resulta aún interesante, no obstante las dos décadas transcurridas desde entonces, el parecer que campeó en el Quinto Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1975). “Una cantidad cada vez mayor de personas adopta el criterio de que los esfuerzos para organizar las cárceles con el fin de cambiar a los reclusos son inútiles y deben abandonarse”. La posición correspondiente se resume como sigue: “a) El conflicto fundamental entre los objetivos opuestos de la institución es insoluble. b) El modelo de tratamiento médico no es pertinente. c) Ninguna de las modalidades de tratamiento aplicadas hasta ahora ha tenido un efecto demostrable sobre los presos. La institución ha fracasado constantemente en su papel como organismo encargado de cambiar a las personas (*sic*). d) La institucionalización de los delincuentes es contraproducente. La sociedad oficiosa que forman los reclusos de la institución en última instancia, conforma la reacción del recluso al encarcelamiento, y son inúti-

pronunciaron contra la prisión,<sup>7</sup> que hoy censura la criminología crítica. Empero, todo hace suponer que la pena privativa de libertad no desaparecerá en el futuro previsible. Empero, su crisis abre la puerta hacia nuevos horizontes. En ellos se localizan los sustitutivos e incluso figuran novedosas propuestas —con raíces históricas y filosóficas profundas— de elevado contenido moral, dirigidas a reconcebir las consecuencias del delito y el papel de los personajes del drama penal en la solución del conflicto que éste suscita.<sup>8</sup>

La idea de fomentar la reconciliación entre el victimario y la víctima, alentar la reparación del daño y desjudicializar la solución de los litigios penales, se abre paso en una propuesta para la reforma penal en el estado de Morelos.<sup>9</sup> En un documento preliminar de esta posible reforma, se consultan dos hipótesis de sustitución, aplicables lo mismo cuando se trata de delito perseguible de oficio que cuando la persecución depende de la formulación de querrela.<sup>10</sup>

les los esfuerzos del personal del establecimiento para contrarrestar esta influencia. Como consecuencia de ello, la institución no sólo sirve para deshumanizar al delincuente, sino que también refuerza los valores negativos, en vez de modificarlos en una dirección positiva. e) El estigma de la cárcel es imborrable y tiende a retrasar la reintegración del delincuente en la sociedad. f) En último análisis, el problema de la prisión es ella misma". Beristáin, Antonio, *Crisis del derecho represivo*, Madrid, Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1977, pp. 90 y 91.

7 Es elocuente la crítica que formuló, hace un siglo, Rafael Garófalo: "¿Necesitaremos decir que la experiencia ha fallado siempre á los fautores de la escuela correccionalista, y que la prisión no puede realizar ninguno de los efectos beneficiosos que se esperaban de ella?". Es "abrumadora, deshonrosa, desmoralizadora para los delincuentes que no son degenerados y que conservan un residuo de buenos sentimientos". Es ineficaz respecto de las "naturalezas perversitas, de los criminales empedernidos... Alienta al reincidente, al propio tiempo que desvanece, en quien lo ha experimentado, el temor de la ley y la vergüenza del crimen". Es inútil para la víctima y onerosa para el Estado. Además, resulta injusta porque concede "gratis domicilio y alimentación á los transgresores de la ley y á los hombres más perversos, mientras que personas honradísimas carecen á menudo de trabajo y protección". *El delito como fenómeno social*, Madrid, La España Moderna, s.f., p. 12.

8 Piénsese, por ejemplo, en la llamada "recompensación". Dice al respecto Hans Joachim Schneider que "el tratamiento penitenciario centrado en el autor pierde cada vez más el apoyo de la opinión pública". Así las cosas, "el sistema jurídico criminal tiene que orientarse, más bien, hacia un concepto de recompensación, que significaría una extensión del concepto de tratamiento centrado en el autor hacia la víctima del delito y la sociedad. Hay que concebir la recompensación como un proceso de interacción (de acción recíproca) entre el autor, la víctima y la sociedad, que cura el conflicto criminal y restablece la paz entre los implicados". "Recompensación en lugar de sanción. Restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad", *Criminalia*, año LIX, núm. 2, mayo-agosto de 1993, p. 50.

9 En 1996 entró en vigor el nuevo Código Penal del Estado de Morelos. Cfr. El Capítulo IX, del Título Cuarto, del Libro Primero, que se refiere a la reparación de daños y perjuicios.

10 Actualmente esta disposición se contempla en el artículo 75 del Código Penal de Morelos, publicado en 1996.

En primer término, se prevé la suspensión condicional de la ejecución de la condena (es decir, la condena condicional), en forma imperativa, no sólo potestativa para el juzgador, en el caso de que “se haya dispuesto multa o semilibertad, como pena directa o como sustitutivo de la prisión, y sobrevenga la reconciliación entre el inculpado y el ofendido, espontáneamente o propiciada por la autoridad ejecutora, en forma tal que manifieste la readaptación social del infractor”.

En segundo término, se contempla la misma suspensión en la ejecución de la condena si se está en la hipótesis mencionada en el párrafo anterior, cuando “una vez notificada la sentencia el infractor pague inmediatamente u otorgue garantía de pago de los daños y perjuicios causados, a satisfacción del ofendido”.

## II. CATEGORÍAS

A la luz de las circunstancias que he descrito, surgen las instituciones modificativas de la prisión. Unas pretenden suprimir, *ab initio*, la ejecución de la pena privativa de libertad o relevarla en casos concretos, para moderar el impacto de las consecuencias penales sobre el reo primerizo. Otras buscan aliviar el exceso de la prisión: son los correctivos clásicos y modernos de la sanción privativa de la libertad. A la primera especie pertenecen la condena condicional, la libertad bajo tratamiento, la semilibertad, el trabajo en favor de la comunidad y la multa sustitutiva de la cárcel; a la segunda, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la prisión.

En todos los casos se trata de cancelar, sustituir o reducir la prisión. En todos campea el rechazo a la cárcel. Por este rumbo ha transitado el derecho penal moderno, adverso a la prisión punitiva.<sup>11</sup> Semejantes preocupaciones han minado el empleo de la prisión preventiva, una pena que se anticipa a la pena misma, como dijo Beccaria,<sup>12</sup> inexplicable bajo el

11 Se ha ido formando una bibliografía mexicana acerca de la crisis de la prisión y los sustitutos de ésta, temas abordados en múltiples obras, artículos y documentos vinculados con procesos de reforma legal, a los que haré referencia en este trabajo. Además, *cfr.* Manzanera, Luis, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, Porrúa, 1998 y Fernández, Dolores, *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

12 Señaló que “la prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración del delito, a diferencia de cualquiera otra...”. *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, México, Ed. José M. Cajica Jr., 1957, p. 74.

principio de que todos los hombres son inocentes, y deben ser tratados como tales, hasta que se acredite su responsabilidad.

Será precisamente la idea de readaptación social (o resocialización, reinserción, rehabilitación, etcétera) el cimiento de los sustitutivos, asociada con el concepto moderno y militante de los derechos humanos y con la reducción en la intensidad de los instrumentos penales como medios de control social.

En términos generales, hay dos categorías de sustitutivos de la prisión. Algunos de éstos tienen entidad propia, y por ello pueden ser calificados como “puros” o de “primer grado”. Efectivamente, no se construyen a partir de la prisión misma o de otros sustitutivos. Como luego veré, tales son los casos de la libertad bajo tratamiento, que tiene, sin embargo, parentesco con una medida de seguridad: el tratamiento extrainstitucional de inimputables; y de la multa, que constituye una sanción autónoma, con carácter e historia propios, empleada, a veces, como sustitutivo de la prisión.

Pudiera clasificarse en esta misma categoría al trabajo en favor de la comunidad, aunque no faltará quien observe que constituye una versión moderna y piadosa de la vieja sanción de trabajo en obras públicas, galeras o minas, y que en todo caso corresponde a la pena de trabajo aludida hoy día en el tercer párrafo del artículo 5o. constitucional.

Por otro lado, existen los sustitutivos “mixtos” o de “segundo grado”, que se componen con elementos de la prisión y de otro sustitutivo, que de este modo resulta preordenado o rector del que ahora llamo mixto o de segundo grado. Esto sucede en la hipótesis de la semilibertad, integrada, en nuestro derecho positivo, a partir de la prisión y de la libertad bajo tratamiento.

Una clasificación más de las sanciones sustitutivas se sustenta en el motivo y la finalidad de la sustitución. Regularmente, los sustitutivos se asocian a las características del hecho punible, las particularidades del reo y los requerimientos del tratamiento bajo el signo de la readaptación social, aun cuando difícilmente se ausentarán los demás propósitos de la pena, que en estas hipótesis se mantienen a distancia, con recato.

En otros casos, que desde luego son los menos, la sustitución se vincula con principios de oportunidad política. Aquí se toman en cuenta, por supuesto, las condiciones del delito —ante todo, que se trate de una conducta punible de esta naturaleza— y del infractor. En la especie, se suele hablar de conmutación. Sin embargo, por encima de la designación

que recojan las leyes y de los deslindes normativos que las denominaciones provoquen, subsiste el hecho, que califica el fondo, de que en la conmutación nos hallamos también ante la sustitución de la pena privativa de libertad por otra de diverso carácter.

Igualmente, se puede clasificar a los substitutivos en atención a la autoridad que los dispone. Los substitutivos que aquí interesan mayormente provienen de una resolución jurisdiccional. En otros casos, quedan en manos de la autoridad administrativa, ejecutora de las sanciones, al menos en un régimen con las características del mexicano, en el que la ejecución es íntegramente administrativa.<sup>13</sup>

### III. INSTANCIAS EN EL PROCESO DE SUSTITUCIÓN PENAL

Conviene observar que la sustitución de la pena privativa de libertad por otras medidas penales se actualiza en dos instancias o momentos. Uno, de carácter absoluto, corresponde a la formulación legislativa: el legislador mismo opta, de inmediato, por una sanción diferente de la prisión en el supuesto de ciertos delitos menores. La política criminal acogida conduce a excluir la privación de libertad donde antes campeaba la reclusión. Esto forma parte del proceso de despenalización de la conducta, o bien, dicho de otra manera, de la creciente racionalidad en la construcción del sistema normativo penal, por lo que toca a las consecuencias jurídicas del delito. También coincide con la idea de que el Estado debe moderar, hasta el mínimo posible, el empleo de los recursos más severos del control social.

La segunda instancia o momento para la sustitución de la pena privativa de libertad ocurre en sede jurisdiccional. Es el juzgador quien elige, entre las sanciones aplicables, la que mejor convenga en el caso concreto. Se trata, entonces, de la aplicación en la sentencia de una política criminal previamente asentada en la ley. Esta manera de sustituir la prisión por otras medidas menos graves tiene un carácter solamente relativo: el juzgador dispone mediante un juicio de pertinencia que se funda en los datos

13 O casi íntegramente, puesto que hay actos dentro del periodo ejecutivo en los que actúa de nuevo la autoridad jurisdiccional. Empero, no se trata siempre de asuntos concernientes a la ejecución, sino principalmente de problemas vinculados con la responsabilidad misma del reo (así, la revisión, el indulto necesario o, más propiamente, el reconocimiento de la inocencia), o con beneficios que debieron ser acordados por el juzgador en la sentencia y que se hallan sustraídos a las atribuciones del ejecutor (así, el otorgamiento de condena condicional o de sanción substitutiva de la prisión).

del delito y del infractor, aunque también existe, por supuesto, cierto grado de predeterminación legislativa (o “prejuicio”, puesto que el legislador hace un juicio que se adelanta al del juzgador y lo bloquea): por ejemplo, la exclusión de reincidentes.

#### IV. EQUILIBRIO DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

Otra consideración útil en este orden de cosas es la relativa al equilibrio de derechos e intereses implícito en el régimen de los sustitutivos. Recordemos que el orden jurídico es un método para hallar y mantener el equilibrio entre los intereses y las pretensiones admisibles de los integrantes de una sociedad determinada. El desequilibrio, en cambio, conduce a un régimen tiránico de cualquier signo. Por ello ese ideal jurídico, social y político —el equilibrio— debe expresarse en los sistemas sustantivo, adjetivo y ejecutivo, esto es, en todo el orden jurídico, sin mengua de la tutela razonable que el legislador deba acentuar bajo las inflexiones políticas que propone o exige la circunstancia.

En el ámbito penal que ahora nos ocupa, se requiere de soluciones equilibradas y equilibradoras de los intereses y pretensiones en juego. Estas se vinculan con los sujetos de la contienda penal: inculpado, ofendido, sociedad, Estado. Los tipos penales y las sanciones del mismo género, los elementos del enjuiciamiento y los datos de la ejecución deben tomar en cuenta ese proyecto de equilibrio, que lleva al terreno punitivo los conceptos dominantes en la moral social.

Por ende, la formulación de los sustitutivos —y en general, de las figuras o instituciones modificativas de la pena— debe considerar las exigencias del equilibrio. De ahí que la conversión no abarque todos los casos, con independencia de las características del hecho y del autor. Las restricciones en este punto pretenden servir a la paz pública, tanto por la vía del castigo como por el medio de la reclusión que pone a buen recaudo a un sujeto cuya inmediata reincorporación social entraña problemas o riesgos severos. De ahí, que la conversión entrañe alguna exigencia a propósito de los derechos del ofendido, que no deben quedar insatisfechos. Vale decir: “que se beneficie al sentenciado, sin que este beneficio implique mayor perjuicio para el ofendido”.

## V. ANTECEDENTES. EL DESARROLLO PENITENCIARIO

Me referiré en seguida, brevemente, al desarrollo de la sustitución en México. Las dos figuras señeras en esta dirección, bajo los criterios que antes mencioné, han sido la condena condicional y la libertad preparatoria. Recordaré que la condena condicional es oriunda del sistema estadounidense. La libertad *on probation* fue una interesante alternativa frente a las penas breves privativas de libertad.<sup>14</sup> Se establece, en general, como suspensión de la emisión de sentencia, o como suspensión de la ejecución de la condena. Por su parte, la libertad condicional —preparatoria entre nosotros— se vincula con el sistema penitenciario progresivo: constituye su etapa final.<sup>15</sup>

La condena condicional quedó recogida en el proyecto de reformas de 1912, que no prosperó. Llegó al rango de ley en el Código Penal de San Luis Potosí. Por lo que respecta a la libertad condicional, ésta apareció con el nombre de “libertad preparatoria”, que conservaría en posteriores ordenamientos en toda la República, en el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal de 1871, debido a una comisión que presidió Antonio Martínez de Castro.

A mi modo de ver, el florecimiento de las sanciones sustitutivas de la prisión, y también, obviamente, de los correctivos de la reclusión en sede ejecutiva, proviene del derecho penitenciario mexicano, que evolucionó aceleradamente a partir de 1967. En la base de este desarrollo se halló el éxito del régimen instituido en el Centro Penitenciario del Estado de México, desde el final de 1969.<sup>16</sup> En efecto, los pasos adelante que hubo aquí

14 La *probation* apareció en Massachusetts, en 1859, en favor de menores infractores. En 1878 se aplicó en Boston a delincuentes adultos. Entre los entusiastas panegiristas de la condena condicional figura, por ejemplo, Cuello Calón: “es la más importante y provechosa modalidad del tratamiento en libertad, su eficacia preventiva no es superada por medida alguna de las modernamente empleadas como medio de lucha contra la delincuencia. Sus grandes ventajas no sólo benefician al delincuente, sino también a la comunidad”. *La moderna penología*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 677.

15 Se suele indicar que la libertad preparatoria se inició por Maconochie en Australia, en 1840, bajo el régimen de *ticket of leave*, asociado al sistema penitenciario progresivo. Sin embargo, ya en 1835 aplicó Montesinos la libertad anticipada en el presidio de Valencia, como premio por buena conducta.

16 Al respecto, *cfr.* Varios autores, *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Toluca, gobierno del Estado de México, 1969. No obstante el alto nivel que alcanzó este reclusorio, bien calificado por propios y extraños, al cabo de algún tiempo entró en decadencia hasta convertirse en una cárcel más entre las muchas deplorables prisiones que plagan la geografía penitenciaria de nuestro país. No ha sido extraño el abandono o la supresión de instituciones plausibles en este sector de las tareas públicas en México. Al caso del Centro Penitenciario del Estado de México es posible añadir algunos ejemplos notables: los reclusorios del Distrito Federal, que debieron ser, conforme al concepto

alentaron avances en la condena condicional y en la libertad preparatoria, por una parte; impulsaron la adopción de la remisión parcial de la prisión y la preliberación, por la otra; y llevaron a incorporar en la ley penal sustantiva medidas tales como la semilibertad, que apareció en el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal en 1983, conjuntamente con el tratamiento en libertad y el trabajo en favor de la comunidad. Finalmente, esas experiencias apoyaron la abolición de la retención.<sup>17</sup>

En el periodo moderno del sistema penal mexicano, el viento renovador llegó primero al derecho ejecutivo penal del Estado de México. Esta entidad contaba entonces con una ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad, de 1966. Los buenos resultados obtenidos en la marcha del sistema instaurado en el Centro Penitenciario del Estado de México, localizado en la jurisdicción de Almoloya de Juárez,<sup>18</sup> sugirieron la recepción de modificaciones importantes en aquella ley. Por decreto del 14 de agosto de 1968, publicado en la “Gaceta del Gobierno” de la misma fecha, se estableció expresamente la posibilidad de conceder permisos de salida durante la etapa de preliberación (artículo 24), que son el antecedente directo de la semilibertad. Asimismo, se introdujo un artículo 66 bis, que reguló la remisión parcial de la pena privativa de libertad.<sup>19</sup>

que presidió su establecimiento, una red “modelo” de instituciones preventivas; el Centro Médico de los Reclusorios del Distrito Federal, que fue convertido en prisión para mujeres; el Instituto Nacional de Ciencias Penales, lamentablemente suprimido, sin justificación alguna, etcétera.

17 El texto original de los artículos 88 y 89 del Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, donde se normaba la retención, fue derogado por el decreto del 16 de diciembre de 1985, publicado el 23 del mismo diciembre. Años antes, el anteproyecto de Código Penal para Veracruz del Instituto Nacional de Ciencias Penales, que adelante examinaré, cometió el error —lo reconozco sin duda— de conservar y extremar la antigua medida de retención. Decía así el artículo 81: “Cuando a juicio del órgano ejecutor de sanciones el reo no se haya readaptado socialmente durante el cumplimiento de la sanción y subsista su peligrosidad, podrá ser retenido hasta por un lapso igual a los dos tercios del periodo de la sanción señalada”.

18 Véase lo que digo sobre este reclusorio en la nota 14, *supra*. En todo caso, es preciso distinguir al Centro Penitenciario del Estado de México, un reclusorio local de esta entidad federativa, con secciones de seguridad máxima y media, con el que colinda una prisión abierta (la primera del país, puesta en servicio en 1969), del Centro Federal de Readaptación Social Núm. 1, localizado también en la jurisdicción territorial de Almoloya de Juárez, que es una institución federal —como se indica en su denominación— de máxima seguridad.

19 Entonces publiqué un artículo denominado “Una revolución en la ejecución de penas”, en el que comento estas innovaciones penitenciarias (que años más tarde inspirarían sendos progresos penales sustantivos), que figuró en la primera edición de mi libro *Manual de prisiones*, de Ediciones Botas, en 1970, citado en la nota 5, *supra*. En la tercera edición, a la que aludo en dicha nota 5, *cfr.* pp. 387 y ss.



La prelibertad se sustentó en las recomendaciones emanadas de las Naciones Unidas. En la exposición de motivos de la iniciativa de reformas, el gobernador Juan Fernández Albarrán observó que la posibilidad de medidas preliberacionales se hallaba implícitamente reconocida en el artículo 24 de la ley. Empero, se atendió al objetivo de

establecer en dicho precepto de manera clara y expresa la fase preliberacional, cuyo propósito se resume en preparar gradualmente, con auxilio técnico y elevado espíritu humano, la reincorporación social de quien ha permanecido durante mucho tiempo privado de libertad y a menudo desvinculado de su familia y de las fuentes de trabajo a las que por fuerza habrá de recurrir cuando obtenga su liberación, sea condicional, sea definitiva.<sup>20</sup>

Entre las resoluciones del III Congreso Nacional Penitenciario (Toluca, 1969), figuró la marcada con el número 8 dentro del capítulo sobre “Sistema penitenciario en general”, en la que se recomendó la adopción del sistema penitenciario progresivo técnico, con inclusión de una fase preliberacional en la que se apliquen medidas de semilibertad. Esta deberá comprender “permisos de salida de fin de semana, salidas entre semana y salida diurna con reclusión nocturna”. También se hizo notar que este régimen preliberacional funcionaría tanto en establecimientos cerrados como en instituciones abiertas.<sup>21</sup>

La remisión, por su parte, cuenta con una larga historia en México. Tomada del Código español de 1822, que la previó con base en el arrepentimiento y la enmienda, figuró en el bosquejo para un código penal del Estado de México, de 1831, y en el Código Penal para Veracruz, primer ordenamiento de su género en nuestro país, de 1935.<sup>22</sup> Hubo también antecedentes de derecho extranjero, expresamente considerados para la reforma ejecutiva penal en el Estado de México.<sup>23</sup>

20 Véase la exposición de motivos en Varios autores, *La Ley de Ejecución de Penas del Estado de México*, Toluca, México, Ediciones del Gobierno del Estado, 1969, p. 87.

21 III Congreso Nacional Penitenciario. Gobierno del Estado de México, *Cuadernos de Criminología del Centro Penitenciario del Estado de México*, Toluca, México, núm. 5, 1969, p. 70.

22 Cfr. mi examen de este asunto en “La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad”, *Revista Jurídica Veracruzana*, t. XX, núm. 4, 1969, recogido en *Estudios penales*, Saltillo, México, Universidad Autónoma de Coahuila, 1982, pp. 373 y ss.

23 Antecedentes en España, Bulgaria y Estados Unidos. Igualmente, se invoca la incorporación de esta medida en el reglamento del 30 de julio de 1965, publicado el 11 de agosto siguiente, del Capítulo Segundo del Título Quinto del Libro Primero del Código Penal de Zacatecas. Véase exposición de motivos en *La Ley de Ejecución de Penas del Estado de México*, cit., p. 88.

En la respectiva exposición de motivos se hizo ver la liga entre la remisión y las ideas sobre readaptación social como finalidad de la pena, e igualmente se destacó el criterio “científico” en la concepción y aplicación de esta medida, “alejada de consideraciones subjetivas que pudieran empañar sus virtudes”. Quedó clara la superioridad de la remisión con respecto al indulto ordinario. Igualmente se ponderó el papel que a este respecto juega el consejo técnico interdisciplinario, introducido en el reglamento y en la práctica del Centro Penitenciario del Estado de México.<sup>24</sup>

## VI. LA REFORMA DE 1970-1971

Con estos precedentes se llegó a la reforma penal de 1970-1971. A través de las innovaciones y modificaciones legislativas de este periodo se llevó adelante la primera gran reforma del sistema penal mexicano, concretada en el Código de la materia para la Federación y el Distrito Federal. En este caso se avanzó además sobre diversas instituciones y figuras del régimen penal adjetivo, hubo modificaciones de importancia mayor en la organización y competencia de los tribunales y se expidió la primera legislación sistemática sobre ejecución de la pena privativa de libertad, asunto que antes aparecía regulado —pese a la antigua promesa de expedir un código penitenciario, enunciada desde la época de Martínez de Castro—<sup>25</sup> por los ordenamientos penal y procesal penal, y por normas de carácter reglamentario.

La iniciativa de reformas al Código Penal, presentada al Senado de la República por un grupo de senadores,<sup>26</sup> contuvo diversas propuestas interesantes para el presente estudio. Entre ellas figuró la referente a la conversión, que en el texto aprobado se denominaría “sustitución”. Al respecto, se postuló la posibilidad de convertir la pena de prisión en multa cuando aquélla no excediera de un año. Anteriormente la conversión se reducía a los casos en que la privación de libertad no excediera de seis

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 87-90.

<sup>25</sup> Quien destacó que los códigos penal, de procedimientos penales y penitenciario “constituyen verdaderamente la legislación represiva, y son tan íntimamente conexos entre sí, que faltando uno de ellos queda trunco el total que deben formar”. *Exposición de motivos del Código Penal. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales*, México, Herrero Hnos., 1906, p. 46.

<sup>26</sup> La comisión que preparó el anteproyecto de reformas a los códigos penal y de procedimientos penales, así como a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, estuvo integrada por los licenciados Julio Sánchez Vargas, Raúl F. Cárdenas y Sergio García Ramírez.

meses. En los términos de la exposición de motivos, esa ampliación serviría al propósito de “evitar la contaminación carcelaria y los graves daños de diversa índole que las penas privativas de libertad de corta duración causan tanto al infractor como a sus familiares”. Igualmente, la exposición de motivos hizo notar que para resolver la conversión “se valorarán cuidadosamente los hechos y la personalidad del sujeto, en vista de que la conversión no responde al capricho, sino al razonado ejercicio del arbitrio”.<sup>27</sup>

En el texto de la reforma se precisó que el juzgador tomaría en cuenta “las circunstancias personales del condenado y los móviles de su conducta, así como las circunstancias del hecho punible” (artículo 74 *in fine*). No se habla de peligrosidad, pero este concepto o esta preocupación, natural e inevitable, aparece cobijado por la expresión “circunstancias personales”, que no sólo alude a la peligrosidad, es cierto, pero indudablemente la incorpora al lado de otro género de circunstancias aleccionadoras.

También se destacó la exigencia de resarcimiento del daño o garantía de reparación, estipulada en forma tal que “ni se descuida el resarcimiento del daño privado que causó el delito, ni se impide, por la falta de capacidad de pago inmediato, que se aplique la conversión” (sustitución).<sup>28</sup> Esto último, que se extiende en 1971 a la condena condicional y a la libertad preparatoria, constituye uno de los aciertos mayores de la reforma de aquel año. En efecto, no se reclama la reparación material e inmediata del daño, y ni siquiera la caución de reparar, que también apareja una aportación económica, sino sólo “la garantía que señale el juez para asegurar su pago, en el plazo que se le fije” (artículo 76).

Como se mira, existía la idea de vincular este beneficio con las características del sujeto favorecido, no apenas con la naturaleza, más o menos grave o trascendente, del hecho delictuoso. De esta suerte se afianzó la idea de que para el otorgamiento de la sustitución —al igual que cualesquiera otras medidas sucedáneas de la prisión— es preciso ponderar equilibradamente el beneficio del inculpado, el respeto a los derechos del ofendido y la defensa de la sociedad.

En la misma reforma de 1971 se introdujo la remisión parcial (artículo 81, segundo párrafo) y se favoreció, por distintos medios, el otorgamiento de la condena condicional (artículo 90) y de la libertad preparato-

27 Véase la exposición de motivos en García Ramírez, *La reforma penal de 1971*, México, Ed. Botas, 1971, pp. 171-174.

28 *Ibidem*, p. 172.

ria (artículo 84). En lo que toca a la libertad preparatoria, los cambios legislativos determinaron la reducción del tiempo de prisión cumplida para acceder a la libertad, y el deslinde entre los grados de culpabilidad para este mismo efecto.

En este punto es indispensable señalar una de las mayores innovaciones del proceso de reformas de 1970-1971. Me refiero a la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que vino a satisfacer la vieja necesidad de contar con un ordenamiento, con rango de ley, que fijara los principios del régimen penitenciario moderno. Este ordenamiento ha sido el eje para la construcción del derecho penitenciario mexicano.<sup>29</sup> En él se reguló la remisión de la pena privativa de la libertad, tomada de la legislación del Estado de México, en forma consecuente con el cambio introducido, a este mismo respecto, en el Código Penal.

En la exposición de motivos de la iniciativa del Ejecutivo se observó que en la remisión “se traducen, de manera práctica, los resultados de la adecuada readaptación social”. Se subraya que esta medida “no opera ni podría operar en forma mecánica ni automática, y en todo caso es indispensable que el reo revele efectiva readaptación social”.<sup>30</sup> El dictamen de la Cámara de Senadores fue menos enfático que la iniciativa en el señalamiento del papel que cumple la readaptación social, no apenas el cómputo de días de trabajo como referencia para el descuento o abono de días de reclusión.

En efecto, ese dictamen entendió como “muy significativo que el proyecto, congruente en todas sus partes, establezca la remisión de la pena reduciendo un día de la misma por cada dos de trabajo”. Esta expresión asocia el beneficio con el tiempo de trabajo, mejor que con la readaptación. Prosigue el dictamen manifestando que la disposición acerca de la remisión de la pena “contempla claramente el propósito de hacer de los sentenciados elementos productivos, estimulando su buena conducta y su trabajo con la institución de ese perdón que es un acicate para apresurar su reinstalación dentro de la sociedad”.<sup>31</sup> Ahora bien, es evidente que la remisión no se vincula directa o exclusivamente con la capacitación para el trabajo, sino con la readaptación social. Por ello se acoge el que

29 Véase mi *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, México, Cárdenas Editores, 1978, pp. 21 y ss.

30 *La reforma penal de 1971*, cit., p. 166.

31 *Ibidem*, p. 170.

he llamado criterio “científico o lógico”, y no el “empírico o mecánico”.<sup>32</sup> Es obvio, por otra parte, que aquí no existe un perdón, a la manera del indulto.

Instituida y aplicada la remisión, se observó que no recogía los datos equilibradores que presentaba, en cambio, la libertad preparatoria. Aquélla se hallaba construida, en forma muy intensa, para el beneficio del inculpado, aunque la readaptación social constituye, por supuesto, un dato de beneficio colectivo. Por eso, entre otras cosas, fue reformado el artículo 16 de la Ley de Normas Mínimas,<sup>33</sup> estipulándose reglas en favor del ofendido y de la sociedad. Sucede lo primero con el condicionamiento de la remisión a la reparación de los daños y perjuicios o a la garantía —no necesariamente patrimonial— de resarcirlos (antepenúltimo párrafo del artículo 16). Y ocurre lo segundo en las prevenciones que aproximan la remisión a la libertad preparatoria en lo que concierne a normas de comportamiento del liberado y a la revocabilidad de la medida (penúltimo y último párrafos).<sup>34</sup>

## VII. EL ANTEPROYECTO DEL INACIPE Y EL CÓDIGO PENAL DE VERACRUZ

Puesto que me referiré al anteproyecto de Código Penal elaborado en 1979 en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), parece oportuno recordar que en 1976, como culminación de un amplio proceso de reformas legales e institucionales, se creó el Instituto Nacional de Ciencias Penales.<sup>35</sup> Este organismo descentralizado serviría, como en efecto ocurrió, a la investigación, la docencia y la difusión en el triple ámbito de las ciencias jurídico-penales, la criminología y la criminalística. En él se recogió la antigua pretensión de contar con un Instituto de Criminología.<sup>36</sup> Al cabo de más de quince años de funcionamiento, el Ins-

32 Cfr. *La prisión*, México, FCE-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 98-101.

33 Por decreto del 29 de noviembre de 1984, publicado el 10 de diciembre siguiente.

34 En 1999, la referencia acerca de la reparación del daño corresponde al tercer párrafo del artículo 16; el cuarto párrafo del mismo precepto habla de las normas de comportamiento, y el quinto se refiere a la revocabilidad de la remisión parcial de la pena.

35 Véanse mis artículos “Exposición de motivos del Instituto Nacional de Ciencias Penales” y “Una década del Instituto Nacional de Ciencias Penales”, *Manual de prisiones*, cit., p. 615.

36 Bajo el rubro de “Servicio psiquiátrico psicológico”, el ya mencionado III Congreso Nacional Penitenciario señaló: “Se recomienda la creación del Instituto Nacional de Criminología”. *Memoria del...*, cit., p. 78. Por el emplazamiento de esta cuestión, cabe suponer que ese organismo serviría a cuestiones vinculadas con temas psiquiátricos y psicológicos en el sistema de reclusorios. Por

tituto fue suprimido merced a una decisión administrativa tan injustificada como deplorable. De esta manera se suprimió, sin necesidad alguna, un organismo benéfico para el país y se produjo un vacío que perdura hasta 1995. Empero, en este mismo año y a raíz de una Reunión Nacional de Procuradores de Justicia, que examinó el punto, se anunció la próxima reanudación de labores de aquel organismo.<sup>37</sup>

Entre los trabajos bien cumplidos por el Instituto figuró la elaboración de varios anteproyectos para codificación penal, algunos de los cuales adquirirían el rango de normas vigentes en entidades federativas. Tal fue el caso del anteproyecto de 1979, destinado al estado de Veracruz.<sup>38</sup> Con este fundamento se expidió el Código Penal veracruzano, del 11 de septiembre de 1980, que recogió, en lo fundamental, el texto del documento preparado por el INACIPE, con las salvedades o modalidades que adelante mencionaré.

El anteproyecto del INACIPE debe ser rescatado entre las piezas fundamentales de la reforma penal mexicana de los últimos tiempos.<sup>39</sup> De él provienen ideas y fórmulas que más tarde recogió el anteproyecto de 1983, a su vez un “texto-cantera” de la reforma penal del mismo año y de los siguientes. Entre los conceptos tomados del anteproyecto del INACIPE figurarían, precisamente, los referentes a la sustitución penal, mejorados en la reforma de 1983.

En la exposición de motivos del anteproyecto se previno que éste “ha atendido los nuevos derroteros penológicos del país, la necesidad de llevar a cabo progresos importantes en este ámbito y, por supuesto, las directrices que sobre el particular contiene la Constitución de la Repúbli-

otra parte, el ameritado criminólogo Alfonso Quiroz Cuarón pugnó, sin éxito, por el establecimiento de cursos universitarios para la formación profesional de policías judiciales, criminólogos y criminalistas. Cfr. García Ramírez, “Testimonio sobre Alfonso Quiroz Cuarón”, *Criminalia*, año LV, núms. 1-12, enero-diciembre de 1989, reproducido en *Manual de prisiones*, cit., pp. 725 y ss.; véanse pp. 731 y 732.

37 En 1996 fue restablecido el INACIPE por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de abril de 1996.

38 La comisión redactora del anteproyecto, formulado por requerimiento del gobernador de Veracruz, licenciado Rafael Hernández Ochoa, se integró con las siguientes personas que suscribieron la exposición de motivos, fechada el 20 de noviembre de 1979: director Celestino Porte Petit, doctor Sergio García Ramírez, licenciado Ezequiel Coutiño Muñoa, doctor Luis Marcó del Pont K., doctor Moisés Moreno Hernández y licenciado Carlos Vidal Riveroll.

39 No obstante la fuerte influencia positivista que todavía recibí, como se advierte en las numerosas e importantes referencias a la peligrosidad. Constituye, probablemente, el último documento notable afiliado a la corriente “peligrosista”, y al mismo tiempo el primero en la apertura de los nuevos horizontes de la pena.

ca...”.<sup>40</sup> El anteproyecto destinó el artículo 32 a la relación de sanciones. Entre ellas figuraron la libertad bajo tratamiento (fracción II) y la semilibertad (fracción III).

En el artículo 35, el anteproyecto permite al juez —no le ordena— sustituir la pena de prisión, cuando no exceda de tres años, “para los fines del artículo 33”, por tratamiento en libertad o semilibertad, sin perjuicio de optar por la suspensión condicional de la ejecución de la sanción, si es procedente. Hay otra posibilidad de sustitución, que abajo revisaré: prisión por multa, y multa por trabajo.

La sustitución se halla dominada por una triple vinculación. El artículo 35 recoge expresamente uno de estos vínculos. Así, remite al artículo 33, que a su turno fija la finalidad de las sanciones. El juzgador aplicará las sanciones y éstas serán ejecutadas —indica— “con los propósitos de asegurar la defensa social y obtener la readaptación del sentenciado”.

También es preciso observar la disposición del artículo 54, que no menciona el 35 y sí recoge el 73, referente a la conmutación de prisión por multa. Aquel precepto tiene carácter igualmente general, en cuanto regula el proceso de individualización y el uso del arbitrio judicial: el juez, que tomará conocimiento directo del imputado y dispondrá la práctica de estudios de personalidad, fijará la sanción procedente “apreciando las condiciones personales del reo, su peligrosidad, los móviles del delito y todas las circunstancias que concurrieron en el hecho, así como las de la víctima del ilícito”. Adviértase que aquí todavía se recoge la noción de peligrosidad, que últimamente ha descartado de su letra el derecho penal mexicano,<sup>41</sup> aunque tenazmente reaparece bajo cualesquiera formulacio-

40 La exposición de motivos del anteproyecto, el texto de éste y el Código de Veracruz, de 1980, se reproducen en *Leyes penales mexicanas*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981, vol. 5. La referencia que se hace arriba aparece en la p. 80 de ese volumen.

41 El cambio nominal operó en la reforma de 1993. En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de reforma se dice lo siguiente, a propósito de la modificación del artículo 52 del Código. La propuesta plantea que se practique la individualización penal con base en la gravedad del hecho ilícito y en el grado de culpabilidad del agente. “Con esto se abandona en estos aspectos el criterio de temibilidad o peligrosidad, ya que si bien es un principio orientador de las medidas cautelares, no debe serlo para la pena, mediante la cual sólo se ha de castigar al delincuente por lo que ha hecho y no por lo que vaya a hacer”. No es este el momento de examinar la inconsecuencia que existe cuando se admite la peligrosidad para la fijación de una medida cautelar (que se aplica al meramente inculcado, “probable” responsable), y no para la decisión individualizadora de la pena (que se aplica al sentenciado, “probablemente responsable”). Sigue diciendo la exposición de motivos que los criterios para la aplicación de penas y medidas son punto medular de un Código, que acredita su orientación político-criminal. “Es aquí donde podemos constatar si el Derecho penal que nos rige se caracteriza como un Derecho penal de culpabilidad o de peligrosidad y, por tanto, si en este aspecto estamos frente a un Derecho penal propio de un sistema penal de un Estado democrático de Dere-

nes sobre la personalidad, las condiciones o las características del inculgado.

Por último, es necesario señalar que las sustituciones atraen otra medida, estrechamente asociada a ellas, a saber: vigilancia de la autoridad. El artículo 38 del anteproyecto manifiesta que “siempre que se imponga alguna sanción restrictiva de la libertad o de otros derechos, el juez determinará que se ejerza vigilancia de la autoridad sobre el sentenciado”. Esta consiste en observación y orientación permanentes de la conducta. Ahora bien, las sustituciones involucran, precisamente, restricción de la libertad. El artículo 36, acerca de la libertad bajo tratamiento, invoca la “orientación y el cuidado” por parte de la autoridad ejecutora, esto es, en otros términos, la referida vigilancia.

En consecuencia, el artículo 33 constituye una regla sustantiva para el enjuiciamiento y la determinación penal judicial; el 54, una disposición adjetiva en el mismo terreno; y el 38, una regla que alcanza tanto a la sentencia como a la ejecución de ésta.

La exposición de motivos señala que “hasta ahora se ha utilizado en demasía la pena de privación de libertad, perdiendo de vista que es posible obtener la readaptación social del sujeto bajo un régimen de tratamiento en libertad”. Por ende, se instituye la libertad bajo tratamiento, “que en esencia es una medida de readaptación en libertad bajo vigilancia de la autoridad ejecutora”.<sup>42</sup> El artículo 36 regula este asunto y dispone que esa libertad “apareja la realización de labores por parte del sentenciado y las demás medidas conducentes a su readaptación social, bajo la orientación y el cuidado de la autoridad ejecutora”.

En la regulación de este sustitutivo no fue descuidado el interés del ofendido, reclamado por el propósito de equilibrio que antes mencioné. Así, en el artículo 36 se indica que “en la sentencia se determinará, en su caso, la afectación del producto del trabajo del reo al resarcimiento del daño privado que causó el delito y al sustento de los dependientes económicos de aquél...”.

En la semilibertad se hereda, como ya señalé, una medida típica del periodo preliberacional en el sistema penitenciario progresivo. La exposi-

cho o de un Estado totalitario o absolutista”. El proyectista sugiere luego la extravagante conclusión —producto de un examen superficial y libresco del régimen normativo penal mexicano— de que éste corresponde a un Estado totalitario o absolutista (?). Véase *Exposición de motivos*, punto II, 6, 7.

42 *Leyes penales mexicanas, cit.*, p. 82.



ción de motivos hace notar que en este caso la semilibertad no se maneja como una etapa terminal de la privación de libertad, que es lo característico de sus aplicaciones en el régimen penitenciario, sino como “un instrumento autónomo del que puede el juez echar mano directamente en vez de recurrir, como hasta ahora se hace, solamente a la prisión”. Sigue diciendo la exposición que “una vez más se ha cargado el acento sobre la posibilidad de readaptación social sin privación absoluta de la libertad; posibilidad que constituye una valiosa alternativa frente a la prisión tradicional”.<sup>43</sup>

El anteproyecto describe la semilibertad. Dice al respecto que ésta “implica la alternación de periodos breves de reclusión y de libertad bajo tratamiento” (artículo 37). En consecuencia, la semilibertad es una medida mixta, en el sentido que apunté al referirme, *supra*, a las categorías de sustitutivos, por cuanto se construye a partir de dos sanciones que diríamos “puras” o de “primer grado”: la prisión y el tratamiento en libertad.

Las especies de semilibertad implican ciertas opciones sobre la excarcelación, que habrán de ponderarse conforme a las características del caso concreto, a saber: excarcelación en la jornada de trabajo, con reclusión nocturna; en la semana laborable, con reclusión de fin de semana (*weekend prison*), y en el fin de semana, con reclusión durante la semana laborable.

El anteproyecto de 1979 puso atención, asimismo, en el régimen de la multa. El artículo 39 recogió el sistema de días multa, que estableció el Código Penal de 1929, desechó el Código de 1931 y restauró la reforma penal de 1983.<sup>44</sup> El ordenamiento de 1931 cometió el error, corregido por la reforma de 1983, de convertir la multa en prisión cuando el reo no podía satisfacer aquélla. De esta suerte, la insolvencia o la negativa de pago, no superada por un procedimiento económico coactivo, acarrearía privación de libertad adicional a la impuesta por el juzgador en su sentencia.<sup>45</sup>

43 *Idem*.

44 Conforme al artículo 39 del anteproyecto, “para precisar en cada caso el día multa se tomará en cuenta como límite inferior el salario mínimo de la zona en que se cometió el delito, y como límite superior la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de dictarse la sentencia. Asimismo, el juez estimará, dentro de estos límites, la situación que guarda el sujeto”. El código veracruzano de 1980 no aceptó el sistema de días multa; optó por el criterio tradicional de fijación de multas en pesos.

45 El tercer párrafo del artículo 29 del Código Penal previno, hasta la reforma de 1983, que “cuando el condenado no pudiere pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, o solamente pudiere pagar parte de ella, el juez fijará, en sustitución de ella, los días de prisión que correspondan, según las condiciones económicas del reo, no excediendo de cuatro meses”.

El anteproyecto, en cambio, dispuso que la prisión pudiera ser conmutada por multa cuando no excediese de dos años de duración y quedaran satisfechas, igualmente, las condiciones fijadas para el disfrute de la suspensión condicional de la ejecución de la sanción.

Asimismo, se requirió de manera expresa una garantía de reparación del daño. En este punto, la exposición de motivos recuerda que sólo se trata de “una garantía, en general, de reparación del daño, sin determinar que aquélla caiga, específicamente, dentro de las instituciones que en materia de caución recoge el Derecho civil”.<sup>46</sup> El factor para esta conmutación, además de los requisitos mencionados, fue la norma general sobre individualización contenida en el artículo 54.

En rigor, el proyectista pudo reclasificar a la multa como un sustitutivo de la prisión, en vez de colocarla bajo el rubro de la conmutación. La exposición de motivos explica que mientras la suspensión de la ejecución y la conmutación por multa son supuestos que “se fundan en la ausencia de peligrosidad por parte del infractor; en cambio, los de libertad bajo tratamiento y semilibertad suponen cierta temibilidad, y por ello, aparejan medidas de vigilancia y de orientación de la conducta”.<sup>47</sup>

El documento que vengo examinando no incorporó en la relación de sanciones del artículo 32, debiendo hacerlo, la medida de trabajo en favor de la comunidad, que sería la simiente de este género de sanciones en la legislación posterior. Así, el trabajo quedó establecido como sustitutivo de la multa total o parcialmente insatisfecha: cuando quedaba acreditado que el reo no podía pagar la multa impuesta o solamente podía cubrir una parte de ella, esta sería “sustituida por la prestación de trabajo no remunerado a favor de instituciones públicas educativas o de asistencia social”. Cada día de trabajo saldaría un día multa.

El trabajo fue planteado como un sustitutivo primario o preferente, en tanto se previó también un sustitutivo secundario, a saber, la libertad bajo tratamiento, que se aplicaría cuando “no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios”. En esta hipótesis, el juzgador haría “discrecionalmente” la conversión de la multa en libertad bajo tratamiento, “que no excederá de tres meses” (artículo 39).

En su explicación sobre estas medidas, la exposición de motivos del anteproyecto estableció que en vez de admitir la conversión de la multa en privación de libertad, “se reorienta la omisión del pago de multa hacia

46 *Leyes penales mexicanas, cit.*, p. 87.

47 *Idem.*

otra medida individual y socialmente provechosa, como es el trabajo con sentido social”, no remunerado, por tratarse “de labores impuestas en sentencia penal”, lo que ya sugiere la correspondencia de esta medida con la prevención contenida en el artículo 5o. constitucional: “trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial”. Se quiere evitar en todo caso la desviación de los fines a los que éste sirve, y por ello queda dicho que “se deberá prestar sólo a favor de instituciones públicas educativas o asistenciales”.<sup>48</sup>

El anteproyecto no abordó la libertad preparatoria ni la remisión parcial, consideradas como instituciones del derecho ejecutivo penal y remitidas, por ende, a la legislación de esta materia. Previó, en cambio, la suspensión condicional de la ejecución de la condena, aplicable cuando no excediera de tres años la prisión impuesta por sentencia definitiva (artículo 74). No detallaré aquí las condiciones y requisitos establecidos para la suspensión condicional, medida revocable, pero debo observar que de nueva cuenta el proyectista vinculó esta institución, como otras del anteproyecto, a la peligrosidad del infractor. En efecto, para resolver favorablemente la suspensión se solicita que no existan circunstancias “que acrediten la peligrosidad social del reo o que hagan suponer que éste cometerá nuevos delitos” (artículo 74, fracción I). He aquí la tradicional vinculación de la condena condicional con el pronóstico de comportamiento a cargo del juzgador.

Por último, cabe decir que el anteproyecto contempla la conmutación en el supuesto de delitos de carácter político. En estos casos, la sustitución corresponde al Ejecutivo. Si la sanción impuesta es la de prisión, se puede conmutar por confinamiento, y si es la de confinamiento, se puede conmutar por multa (artículo 73). Esta regulación suscita un problema. No señala el artículo 72 cuál es el límite de prisión impuesta susceptible de conmutación por confinamiento. Pudiera suponerse, pues, que no hay límite. En cambio, el artículo 47, que rige el confinamiento, manifiesta que éste “podrá durar hasta tres años”, disposición razonable si se toma en cuenta que el confinamiento no es un destierro, sino consiste “en la

48 *Ibidem*, p. 83. En un código penal moderno, expresa Wolfgang Schone, “las sanciones pecuniarias deben regirse por el sistema de días multa, que debe valer igualmente para el rico que para el pobre. Y como substitutivo o alternativa, sobre todo de la pena pecuniaria, habrá que considerar el trabajo comunitario...”. “Corrientes internacionales de la reforma en materia penal”, *Criminalia*, año LIX, núm. 2, mayo-agosto de 1993, p. 80.

obligación de residir en determinada circunscripción territorial y no salir de ella”.

Ya manifesté que el Código para Veracruz, de 1980, incorporó, en lo fundamental, las propuestas del anteproyecto del INACIPE. Ahora precisaré las concordancias, identificando al ordenamiento de 1980 como CV. El artículo 32, fracciones II y III, del CV, reproduce lo establecido en las fracciones II y III del artículo del mismo número correspondiente al anteproyecto: en la lista de sanciones figuran la libertad bajo tratamiento y la semilibertad. El artículo 36 del CV reproduce lo dicho en el artículo 35 del anteproyecto (con el ajuste necesario en el reenvío a otro precepto del ordenamiento). Los artículos 37, 38 y 39 reproducen (con la salvedad del reenvío establecido en este último precepto) las descripciones que hacen los artículos 36, 37 y 38 del anteproyecto acerca de la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y la vigilancia de la autoridad, respectivamente.

Mencioné que el anteproyecto contuvo un sistema de sustitución de la privación de libertad por multa, bajo el concepto de conmutación. Otro tanto hizo el Código de 1980, con cambios importantes en relación con el anteproyecto. Efectivamente, en los términos del artículo 75, la conmutación judicial puede referirse a sanciones de prisión que no excedan de tres años (dos años en el anteproyecto), y la multa derivada de esta conmutación es de cien pesos por cada día de prisión. Se vincula esta conmutación con la reparación del daño o la garantía de resarcimiento, pero no con los otros requisitos de la condena condicional, como lo hizo el anteproyecto.

Otra importante novedad del CV con respecto al anteproyecto, en este mismo orden de cosas, consiste en la exclusión del beneficio de sustitución en una serie de supuestos delictuosos, valladar que no consignó el documento del INACIPE. El último párrafo del artículo 75 prohíbe la conmutación en los casos de evasión de preso, cohecho, peculado, violación, bigamia, incesto, ultrajes a la moral pública, corrupción de menores, lenocinio, abigeato y secuestro.

El CV establece un sistema de sanción pecuniaria diferente del acogido en el anteproyecto. Este entiende que la reparación del daño es una consecuencia civil del delito, y por ende la excluye de las sanciones penales. El CV retorna a la solución adoptada por el Código federal y distrital de 1931, y no admite, por lo demás, el régimen de días-multa. El CV tampoco incorporó el trabajo en favor de la comunidad —que reaparecería en la reforma de 1983— ni el tratamiento en libertad como sucedáneos de la

multa, sino permitió que el juzgador concediese al reo insolvente plazos de hasta dos años para el pago correspondiente (artículo 51).

A diferencia del anteproyecto, el CV aborda la libertad preparatoria, bajo el nombre de libertad condicional (artículo 76), con despliegue de consideraciones peligrosistas. Asimismo, regula la suspensión condicional de la condena en forma diferente de la adoptada por el anteproyecto. Empero, subsiste el límite acordado por éste para la aplicación de la condicional: tres años (artículo 78). Se adoptan los mismos o semejantes criterios a propósito de la peligrosidad del reo. Finalmente, queda excluida la condicional en las mismas hipótesis en que se impide la conmutación de prisión por multa (artículo 81).

En lo que concierne a la conmutación por parte del Ejecutivo y con respecto a sentenciados por delitos políticos, el CV incorpora algunas soluciones diferentes de las sostenidas en el anteproyecto. Ha lugar a la conmutación de la prisión por confinamiento, “en un término igual al que debía durar la prisión” (el anteproyecto no fijaba límite); y a la del confinamiento por multa, “que se fijará discrecionalmente, pero no podrá exceder de cincuenta mil pesos” (en el anteproyecto se dijo que no podría exceder “del máximo previsto para la multa”) (artículo 74).

## VIII. LA REFORMA DE 1983

Adelanté, *supra*, la opinión de que la reforma de 1983 al Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, vigente en 1984, es la más relevante de cuantas han llegado a este ordenamiento penal desde su expedición en 1931 hasta 1995, en virtud de que varió sustancialmente la orientación y las principales instituciones del ordenamiento punitivo, y de esta suerte abrió el camino para los desarrollos posteriores. Por otra parte, la misma reforma de 1983 se sustentó, como ninguna antes ni después, en un proceso de consulta pública y amplia discusión,<sup>49</sup> anteriores —por su-

49 Véase Romero Apis, José Elías, “La concertación nacional y la participación popular como factores de la consulta”, *Memoria de la Consulta Pública sobre Administración de Justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1988, pp. 21 y ss.; e *Historia de la Procuraduría General de la República*, México, Procuraduría General de la República, 1987, pp. 109-112. Asimismo, Alba Leyva, Samuel, “Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, Procuraduría General de la República, 1984, pp. 3 y ss. Para explicar este proyecto, compareció en la Cámara de Senadores el procurador general de la República. *Cfr.* acerca del proceso de consulta y reforma, García Ramírez, *Justicia y reformas legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, pp. 275 y ss.

puesto— al envío de la iniciativa de reforma, en la primera etapa, y a la aprobación de éstas por la Cámara de origen, en la segunda. Las otras reformas, algunas muy importantes y progresistas, se han preparado en completo recogimiento y han sido aprobadas con velocidad extrema.

De la Consulta Nacional desarrollada en los primeros meses de 1983 se extrajo un nutrido conjunto de recomendaciones, entre las que figuraba expresamente la adopción de un régimen de sustitutivos de la privación de libertad,<sup>50</sup> y de ahí derivó un anteproyecto de nuevo Código Penal.<sup>51</sup> Este funcionó posteriormente como una especie de “documento-cantera”, del que provinieron, en lo fundamental, los proyectos que fueron presentados al Congreso de la Unión en el propio 1983 y en los años siguientes.<sup>52</sup> En la primera etapa de la amplísima reforma (orgánica, penal y procesal) cumplida entre aquel año y 1987, figuró la iniciativa del 28 de noviembre de 1983, que abordó el tema de los sustitutivos.

En la exposición de motivos, el Ejecutivo hizo notar que “una de las novedades más trascendentes, útiles y equitativas que la Iniciativa contempla, es el nuevo régimen de sustitutivos de las penas breves privativas de la libertad”. Hasta ese momento, los sustitutivos se habían reducido a las disposiciones a propósito de la condena condicional y la conmutación de prisión por multa. Empero, era evidente la “extrema inconveniencia, tantas veces señalada, de aplicar necesariamente a delincuentes primerizos, cuya actividad antisocial es ocasional, penas privativas de libertad de

50 En la presentación de conclusiones de la comisión a cargo del tema “Justicia penal”, el coordinador de dicha comisión, doctor Celestino Porte Petit, señaló: “Es imperativo, con apoyo en las recomendaciones de política criminal, admitir eficaces sustitutivos de la pena de prisión, como el tratamiento en libertad, la semilibertad, la multa, el trabajo en beneficio de la colectividad o de las instituciones estatales, la suspensión condicional de la pena: sustitutivos que traen consigo, por otra parte, indudables beneficios al imputado, a su familia, a la sociedad y al Estado, ampliándose el campo de las medidas de seguridad, que están orientadas a conseguir la reincorporación del delincuente, avanzando con ello un importante paso en la lucha contra el delito”. *Memoria de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, cit.*, p. 93.

51 El anteproyecto fue redactado por una comisión integrada por las siguientes personas: doctor Sergio García Ramírez, licenciada Victoria Adato de Ibarra, doctor Gustavo Malo Camacho, doctor Celestino Porte Petit y licenciado Luis Porte Petit, asistidos por la licenciada Ana Luisa Barrón. El anteproyecto fue entregado al presidente de la República el 8 de agosto de 1983, durante la ceremonia de presentación de conclusiones de la consulta. *Cfr. Memoria de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia, cit.*, p. 75.

52 Ocurrió, pues, lo que con acierto señaló Álvaro Bunster acerca del anteproyecto de 1983: “Parece fuera de dudas que él representa el punto de partida de la línea que debe orientar la política criminal de nuestra legislación penal futura”. “Orientaciones político-criminales de una futura legislación penal mexicana”, *Escritos de derecho penal y política criminal*, Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1994, p. 211.

corta duración”. No deja de ser extraño, señaló el Ejecutivo, que medidas similares, ampliamente conocidas desde hace tiempo en el sistema penitenciario, puedan ser acordadas por las autoridades administrativas que actúan en este campo, pero no puedan serlo por las autoridades jurisdiccionales, carentes de la potestad de sustituir la pena privativa de libertad.<sup>53</sup>

Se promovió, así, la adopción del tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, que “se sujetan al arbitrio judicial, tomando en cuenta las circunstancias del caso y, desde luego, los antecedentes y la personalidad del infractor. No se trata, pues, de sustituciones automáticas o indiscriminadas”.<sup>54</sup>

La exposición de motivos se ocupó, con especial énfasis, en el trabajo en favor de la comunidad, que “constituye una novedad en nuestro Derecho penal”. No se trata, evidentemente, de trabajos forzados, sino de una medida que beneficia directamente al reo y a la sociedad. Se hizo referencia expresa al artículo 5o. de la Constitución, en lo que concierne al trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, y al artículo 18 del mismo ordenamiento supremo, que se refiere al trabajo entre los medios para alcanzar la readaptación social del sujeto. En suma, al recogerse el trabajo en favor de la comunidad como lo hace la iniciativa, “se está confirmando un alto sentido social, sin agravio del individuo, al régimen de las sanciones penales”.<sup>55</sup>

En el catálogo de las penas y medidas bajo el texto original del Código de 1931, se aludió a la vigilancia de la policía, pero no quedó dicho en qué consistía ésta. La reforma de 1983 colmó el vacío, se refirió a la vigilancia de la autoridad y describió su contenido. La exposición de motivos hizo notar que no se trata aquí, verdaderamente, de una tarea policiaca, sino de “una función supervisora y orientadora de la conducta del reo, atenta a los fines de la pena o medida de seguridad”.<sup>56</sup> En el dictamen elaborado en la Cámara de Senadores, de fecha 20 de diciembre de 1983,<sup>57</sup> se observó que con el régimen de sustitutivos propuesto se confir-

53 Cfr. Madrid H., Miguel de la, *El marco legislativo para el cambio*, México, Presidencia de la República, 1984, vol. 6, p. 199.

54 *Ibidem*, p. 200.

55 *Idem*.

56 *Ibidem*, p. 203.

57 En cuya redacción tuvo participación distinguida, como en las deliberaciones del Senado, el senador Renato Sales Gasque. Véase la intervención de éste en la defensa del proyecto ante el Senado, en *El marco legislativo para el cambio*, *cit.*, pp. 257-259.

ma que “el control social resultado de una pena debe ser el producto de una función prudente, de manera que no se caiga en ninguno de los extremos: el de las penalidades tiránicas, o el de las impunidades anárquicas”.<sup>58</sup>

El artículo 24 recogió las medidas de tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad (incisos 2 y 15), y se agregó un artículo 50 bis para regular la vigilancia de la autoridad. Estas medidas tienen el antecedente directo y claro del anteproyecto del INACIPE, de 1979, con modificaciones que reflejan el desarrollo de los conceptos y aportan útiles precisiones. El artículo 70 contiene las reglas de sustitución de la prisión por aquellas medidas, y añade el supuesto de sustitución por multa. Me ocuparé en seguida de la procedencia y el sistema adoptado sobre estos puntos.<sup>59</sup>

El fundamental artículo 70 regula tres extremos: facultad y bases para la sustitución, reglas específicas de conversión y requisitos de procedencia. Evidentemente, hay conexiones estrechas entre aquel fundamento y estos requisitos. En lo que respecta a las reglas específicas de conversión, examinaré las correspondientes a cada sustitutivo en el lugar en que analice éste.

Comienza diciendo el artículo 70 que “la prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52...”. Obsérvese, pues, que la sustitución no es un derecho exigible por el reo, sin más, sino una potestad del tribunal. Ahora bien, éste no puede ejercer dicha potestad de manera arbitraria, caprichosa, como tampoco puede ejercer de esta forma cualesquiera otras facultades que la ley le encomienda. El orden jurídico que permite al tribunal ejercer o no ciertos poderes, confía en que la decisión sea racional, atenta a los fines del régi-

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>59</sup> El tema de los sustitutivos en relación con las reformas de 1983, que fueron determinantes para el rumbo general del régimen penal mexicano, ha sido ampliamente comentado por la doctrina, en sentido favorable. *Cfr.*, por ejemplo, Porte Petit, Celestino, “Reformas penales de 1984. Parte general (El delito)”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, *cit.*, pp. 229 y 230; Malo Camacho, Gustavo, “La reforma de 1984 al Código penal, Parte general. Algunos comentarios”, en *ibidem*, p. 295; Islas de González Mariscal, Olga, “Comentarios a las reformas al Código penal”, en *ibidem*, pp. 335-337; Vela Treviño, Sergio, “Algunas consideraciones sobre la reforma penal de 1984”, en *ibidem*, p. 367; Moreno Hernández, Moisés, “Algunas consideraciones sobre las reformas a la Parte Especial del Código penal”, en *ibidem*, p. 381; García Ramírez, *Justicia y reformas legales*, *cit.*, pp. 275 y ss.; Pavón Vasconcelos, Francisco, *Las reformas penales (Análisis crítico de la parte general)*, México, Porrúa, 1985, pp. 83-87, 117 y 118, y Madrazo, Carlos A., *La reforma penal (1983-1985)*, México, Porrúa, 1989, pp. 245 y ss.



men jurídico en su conjunto, y a los objetivos específicos de las instituciones jurídicas en cuyo ámbito aparece la facultad.

En otros términos, la sustitución no es una gracia que el juzgador puede conceder o negar libremente al infractor, sino un medio para satisfacer las necesidades de la readaptación social, no menos que las correspondientes a la seguridad y la paz públicas y a los intereses legítimos del ofendido. Todo eso deberá tomar en cuenta el tribunal a la hora de decidir sobre la sustitución en cada caso concreto. De esta forma deberá resolverse, en mi concepto, la frecuente pregunta sobre la naturaleza de figuras tales como la condena condicional o la libertad preparatoria: ¿son un “beneficio” o un derecho?

Establecido este principio, lo que sigue es aplicar al caso concreto las reglas contenidas en los artículos 51 y 52 acerca de la individualización y el desempeño del arbitrio judicial, o sea, ver el caso justiciable bajo el lente de esas normas para alcanzar una doble conclusión: en primer término, ¿es pertinente conceder la sustitución, habida cuenta de las características del asunto sometido al juzgador, esto es, de los datos relevantes del hecho punible, del infractor y de la víctima, más las consideraciones que procedan a propósito de la preservación de la paz pública?

La respuesta se debe alcanzar conforme al método que para tal fin establece el propio artículo 52. Efectivamente, el juzgador ha de practicar verdaderamente la inmediatez, tomando conocimiento personal y directo del justiciable. El secretario y otros auxiliares de la función jurisdiccional no pueden ni deben funcionar como “ojos y oídos del juez”, so pena de incurrir en simulaciones o faltas en la observancia de la inmediatez, uno de los datos característicos del proceso penal moderno. Para ilustrar su opinión acerca del justiciable, y en tal virtud estar en condiciones de valorar seriamente su personalidad y avanzar en el juicio de individualización, el juez debe obtener el apoyo de estudios de personalidad.<sup>60</sup> Si la respuesta es afirmativa y ya se tiene, por lo tanto, una primera conclusión, lo que corresponde es precisar, siempre a la luz de esos preceptos —individualización y arbitrio bien informado—, qué sustitutivo se deberá aplicar. Para esto último es necesario, obviamente, establecer la procedencia en función

60 El suministro de estudios de personalidad al juzgador, por parte de los servicios técnicos criminológicos del reclusorio, se instituyó en la práctica y las normas del Centro Penitenciario del Estado de México, entonces bajo mi dirección. En el proceso de reformas de 1983 fue incorporado un último párrafo al artículo 52 del Código Penal Federal y del Distrito Federal, para disponer que “el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales”.

de la pena aplicada al delito (no sólo la sanción legal aplicable en abstracto), y elegir el sustitutivo más adecuado a las circunstancias del caso, cuando exista alternativa. En efecto, bajo la legislación de 1983, la pena de prisión de no más de tres años podía ser sustituida, alternativamente, por tratamiento en libertad o semilibertad, y la que no excediera de un año podía serlo, también alternativamente, por multa o trabajo en favor de la comunidad. Evidentemente era posible sustituir una pena de prisión inferior a un año por tratamiento, semilibertad, multa o trabajo en favor de la comunidad, según resultara adecuado en la hipótesis sujeta a la decisión judicial.

Ahora bien, la sustitución se limita por algo más que la pertinencia observada a través de los artículos 51 y 52. Hubo otros puntos a considerar, en el texto derivado de la reforma de 1983. Éste sujetó la sustitución al cumplimiento de los requisitos contenidos en la fracción I, incisos b y c, del artículo 90, precepto que organiza la condena condicional.

El inciso a exige “que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva antes y después del hecho punible”.<sup>61</sup> Si se trataba de un reincidente en delitos cometidos con intención o dolo, quedaba cerrada la posibilidad de sustitución. Lo mismo sucedía si el sujeto había tenido mala conducta, o bien, no había observado esa buena conducta positiva que la ley exigió. Aquí nos encontramos frente a verdaderas causales de improcedencia.<sup>62</sup>

El inciso b, modificado en 1993 en un punto exclusivamente terminológico —el cambio de delito “intencional” por delito “doloso”— se refiere al carácter del reo como primerizo en delitos dolosos o intencionales. Por ende, queda excluido de condena condicional —y lo estuvo de sustitución penal— quien era reincidente en este género de infracciones. También reclama ese inciso, enderezado hacia la condena condicional —y en 1983 hacia la sustitución—, que el reo “haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible”.

Sin perjuicio de lo que luego veremos a propósito de la sustitución parcial de la multa por el trabajo en favor de la comunidad, ninguna nor-

61 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1991, el inciso a señala “que la condena se refiera a pena de prisión que no exceda de cuatro años”.

62 La restricción al supuesto de delitos cometidos por imprudencia, y no todos los delitos, y la calificación de buena conducta “positiva” fueron agregadas por la reforma de 1971. *Cfr.* García Ramírez, *La reforma penal de 1971, cit.*, p. 26.

ma faculta al juez para hacer sustituciones parciales, es decir, disponer el cumplimiento de la prisión durante cierta etapa, y luego la sujeción a una medida sustitutiva. El juez no puede hacer lo que sí está permitido a la autoridad penitenciaria en el régimen progresivo. Existe, sin embargo, una hipótesis en que puede presentarse cumplimiento parcial de una pena de prisión, y sustitución posterior de ésta. Así sucederá en el caso del artículo 74, que desarrolla una norma incorporada en 1971 para favorecer la condena condicional:<sup>63</sup> cuando se debió conceder esa condena o una sustitución, a juicio del reo, y no sucedió así por inadvertencia del juez o del inculpado, éste podrá instar un incidente para que se conceda el beneficio omitido.

El primer párrafo del artículo 27 alude al tratamiento en libertad de inimputables. De este modo deslinda los dos supuestos de tratamiento en libertad que reconoce el ordenamiento penal, a saber: de imputables, que es el que ahora nos interesa, y de inimputables, al que se refiere el artículo 67.<sup>64</sup> En el texto proveniente de la reforma de 1983, esta forma de tratamiento procedía, por vía de sustitución, cuando el juzgador dispusiera prisión que no excediese de tres años (artículo 70, fracción I).<sup>65</sup> Se trataba, sin duda, de una conversión razonable desde las perspectivas que es preciso considerar en estos casos: intereses de la sociedad, el reo y la víc-

63 Esta interesante novedad, propuesta por el licenciado Raúl F. Cárdenas, implica que el juzgador recupera la potestad jurisdiccional cuando ya se ha pasado a la ejecución de la pena, y revisa y modifica su propia sentencia. Se altera, así, el principio de cosa juzgada formal, en aras de una solución más apegada a la ley de fondo y más conveniente desde el punto de vista individual y social. La fracción X del artículo 90, adicionada en 1971, resolvió: “El reo que considere que al dictarse sentencia reunía las condiciones fijadas en este precepto (que regula la condena condicional) y que está en aptitud de cumplir los demás requisitos que se establecen, si es por inadvertencia de su parte o de los tribunales que no obtuvo en la sentencia el otorgamiento de la condena condicional, podrá promover que se le conceda, abriendo el incidente respectivo ante el juez de la causa”.

64 También el sistema de tratamiento de inimputables fue ampliamente revisado en la reforma de 1983. Tiene especial importancia la norma contenida en el artículo 69, propuesta a la comisión redactora por la doctora Olga Islas de González Mariscal. Se dice que la duración de la medida de tratamiento de inimputables no excederá del máximo de la pena aplicable al delito. Si al concluir este lapso el sujeto sigue necesitando tratamiento, se le pondrá a disposición de la autoridad sanitaria para que proceda conforme a la legislación de la materia. De tal suerte, una medida penal pasa a convertirse en medida sanitaria. Al respecto, la exposición de motivos dijo que con esta prevención “se impide el desbordamiento de la justicia penal, que, en la realidad, pudiera traducirse en reclusiones de por vida”. *El marco legislativo para el cambio*, p. 198. Como se ve, la duración de la medida de tratamiento resuelta por el juzgador penal puede abarcar hasta el máximo de la prisión prevista en la ley punitiva. No se trata, pues, de alguna duración menor que fije o pueda fijar el juez penal.

65 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de mayo de 1996, se establece que no podrá exceder de cuatro años la pena de prisión sustituible por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, en el fuero federal.

tima, y eficacia de las sanciones como medios de punición, de una parte, y de readaptación, de la otra. Por otra parte, no resulta excesivo someter a una persona a este género de tratamiento por hasta tres años, tomando en cuenta, sobre todo, que puede hallarse franco el camino para que desarrolle las actividades educativas o laborales que elija y necesite, así como el hecho de que no debe regresar a prisión.

El tratamiento se encauza al través de “medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado”. Aquí se dispone la adopción de métodos de tratamiento —pues en eso consisten las medidas— con evidente sentido recuperador o resocializador, enderezados al objetivo que el artículo 18 constitucional fija al sistema penal mexicano: readaptación. El legislador pudo prescindir de la referencia explícita a ésta, que ya está implícita en un ordenamiento dependiente de principios constitucionales expresos.

No pormenoriza la norma, ni tendría por qué hacerlo, esas medidas laborales, educativas o curativas. Empero, creo necesario que el juzgador fije, en forma suficiente, la identidad de las medidas aplicables al sujeto, a fin de que el ejecutor actúe con este fundamento. Para ello debiera ponderar las circunstancias del reo y las características de las medidas consideradas. Se supone, por lo demás, que el juez penal no sólo es un conocedor de la dogmática jurídica —“pura y dura”, como se dice con expresión pintoresca—, sino también de la criminología y la penología, y por ello sabrá orientar la sentencia desde este último ángulo. En otros términos, no se limita a un ejercicio jurídico sustantivo y procesal, sino debe adelantar el ejercicio ejecutivo que va más allá —mucho más allá— de la consideración dogmática tradicional.

Existen dos referencias claras con respecto a la adopción judicial de medidas. En primer término, se necesita que éstas se hallen “autorizadas por la ley”. Para satisfacer esta condición, no me parece indispensable que exista un señalamiento legal que mencione y describa, una a una, en todos sus detalles, las medidas que puede adoptar el tribunal. Basta con que aquéllas sean legítimas, accesibles legalmente; que no estén reprobadas por la ley. Sin embargo, la norma pudo ser más expresiva, para sortear la objeción de que la autoridad sólo puede hacer aquello que le esté atribuido por la ley. En segundo término, es menester que esas medidas se dirijan precisa y claramente a la readaptación social del sujeto. Por ello, la selección de especies debiera hallarse debidamente sustanciada en la sentencia judicial y en los acuerdos subalternos de la autoridad ejecutora.

La reforma de 1983 fijó la duración extrema del tratamiento: “no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida”. No es imposible, y quizá ni siquiera improbable, que en un buen número de casos se advierta la necesidad de llevar adelante el tratamiento del condenado. Sin embargo, ni el juzgador ni la autoridad ejecutora podrán ejercer autoridad alguna cuando ha transcurrido el tiempo previsto en la condena. Si hay medidas de salud que tomar, la autoridad del ramo actuará conforme a sus atribuciones.

El tratamiento se realiza bajo la vigilancia de la autoridad: “orientación y cuidado”. No sobra destacar, ahora y siempre, que la buena supervisión de las medidas en libertad constituye la piedra de toque del sistema. Si no se cuenta con definiciones claras sobre las medidas y con apoyo y supervisión competentes por parte de la autoridad, el régimen de sustitución no alcanzará el éxito que se necesita. Recuérdese el papel que los funcionarios supervisores han jugado en las normas y las prácticas de la condena condicional, desde el origen de esta institución, vinculada invariablemente al *probation officer*.

Ya adelanté alguna consideración a propósito de la supervisión de la autoridad, al referirme a la exposición de motivos sobre el sistema general de los sustitutivos. En este orden de cosas, el legislador también pudo prescindir de la referencia que hizo a la vigilancia de la autoridad, a propósito del tratamiento en libertad, puesto que según el artículo 50 bis “cuando la sentencia determine restricción de libertad o derechos, o suspensión condicional de la ejecución de la sentencia, el juez dispondrá la vigilancia de la autoridad sobre el sentenciado”. Esta tiene una función dependiente de la medida principal a la que se acopla, y por ello dura el mismo tiempo que aquella, es decir, se requieren mutuamente y se aplican en forma simultánea.

La vigilancia posee un contenido preciso, distinto de la mera supervisión policial, que tendría por misión evitar nuevos delitos y verificar el cumplimiento de las condiciones de vida que la sustitución apareja. La vigilancia de la autoridad, en cambio, no se dirige solamente a observar ese cumplimiento, que también le concierne, sino más bien a colaborar en la reintegración social del sentenciado. Así, quien vigila no es policía del reo, sino colaborador suyo, sin dejar de interesarse activamente, por supuesto, en que la ejecución de la medida y el comportamiento del sujeto sean benéficos para la sociedad. A estas ideas sirve la estipulación contenida en el segundo párrafo del artículo 59 bis: “La vigilancia consistirá

en ejercer sobre el sentenciado observación y orientación de su conducta por personal especializado dependiente de la autoridad ejecutora, para la readaptación social del reo y la protección de la comunidad”.<sup>66</sup>

El segundo párrafo del artículo 27, bajo la redacción de 1983, adopta la semilibertad como una “alternación de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad”. Esa alternación puede consistir en externación durante la semana de trabajo o educativa (esta voz no se hallaba en la descripción del anteproyecto del INACIPE), con reclusión de fin de semana; o a la inversa: reclusión entre semana y externación de fin de semana; o bien, salida diurna y reclusión nocturna. “La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida”. La externación no es una simple excarcelación, sino una libertad bajo tratamiento, esto es, una externación sujeta a la adopción y el cumplimiento de medidas laborales, educativas y curativas, en su caso, como las previene el primer párrafo del artículo citado.

En los términos de la regla general de sustitución contenida en el artículo 70, fracción II, procedía el cambio de prisión por semilibertad cuando la duración de aquella no excediese de tres años. En este aspecto rigió, pues, la misma norma existente para la libertad bajo tratamiento. Sin embargo, hay gran diferencia entre ambas medidas, no obstante que la semilibertad tenga naturaleza mixta entre la prisión y el tratamiento en libertad. Efectivamente, el semiliberado debe afrontar periodos de reclusión, más o menos breves, durante todo el tiempo que dure la medida, y este reingreso constante a la cárcel —así se trate de una prisión con características diferentes a la institución cerrada, que es lo debido— apareja problemas que pueden exacerbarse en el curso de varios años. En mi concepto, la semilibertad debió ser más reducida que el tratamiento en libertad. Todo esto ha venido a agravarse merced a la reforma de 1993, que luego analizaré.

El tercer párrafo del artículo 27 recoge, tomándola en línea directa del anteproyecto del INACIPE y aportando modificaciones importantes, la medida de trabajo en favor de la comunidad. No volveré a lo dicho acerca de antecedentes y fundamentos de esta medida mencionados con anterioridad.

66 Este precepto fue derogado por el artículo primero del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de enero de 1994.

El trabajo en favor de la comunidad consiste en la “prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales”. Esta disposición contiene varios elementos relevantes. Se trata de una actividad laboral, una “prestación de servicios”, no una actividad recreativa o educativa personal: es preciso, entonces, que haya dos sujetos en una relación: el reo que presta el servicio, es decir, que cumple el trabajo, y la persona (institución, pero a la postre individuos, beneficiarios inmediatos o mediatos del trabajo) en cuyo favor se desempeña ese servicio, aquél a quien se sirve. El reo no percibe remuneración alguna por su trabajo, a diferencia de lo que puede suceder en los supuestos de libertad bajo tratamiento o semilibertad.

Además, no puede ser beneficiaria del servicio cualquier persona, puesto que se trata de un trabajo “en favor de la comunidad”, con determinadas limitaciones y características que luego mencionaré. Se quiere, en suma, que la actividad laboral sea útil para la comunidad en la que vive el reo, y que no implique explotación alguna o aprovechamiento lucrativo del trabajo del sujeto. Por eso el legislador optó por reducir el espacio de los servicios a las instituciones públicas educativas o de asistencia social, y a las privadas asistenciales. Bajo este último rubro debiera entenderse, a mi modo de ver, sólo las que brindan atención gratuita a menores de edad, enfermos y desvalidos en general, no los hospitales de particulares en que el paciente retribuye, a veces en forma cuantiosa, la atención que recibe.

Es preciso que el trabajo ordenado por la autoridad judicial penal, que, como se ha dicho, es gratuito, permita al interesado —que se mantiene en libertad— la obtención de recursos necesarios para su propia subsistencia y la de sus dependientes económicos, y lo es que no vulnere la dignidad de aquél, siempre a salvo de cualquier injerencia arbitraria, ni pugne con las estipulaciones del derecho laboral mexicano aplicables a todos los trabajadores, inclusive a los que desempeñan un trabajo en virtud de sentencia penal.

La reforma de 1983 se ocupó en regular esos naturales requerimientos. Por lo que hace a la compatibilidad del trabajo penal con las actividades del reo destinadas a proveer a sus necesidades y con las normas del derecho del trabajo, el artículo 27 decidió que aquél se llevase a cabo “en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley labo-

ral”. Asimismo, “la extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

Ahora bien, la fracción XI del apartado A del artículo 123 constitucional estipula que “en ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas”. Así las cosas, existe un reenvío penal a la ley laboral, que a su vez, como norma aplicable al trabajo extraordinario en general, impone una restricción considerable al trabajo en favor de la comunidad. La letra de estas disposiciones lleva a una conclusión: sólo se puede realizar el trabajo en favor de la comunidad durante tres horas diarias. En consecuencia, ésta es la jornada que menciona el ordenamiento penal, para los efectos del cómputo de las sanciones.

Por lo demás, ¿es también aplicable aquí la otra restricción marcada en la misma fracción del artículo 123, es decir, la relativa al número de días en que se puede cumplir la jornada extraordinaria? Es posible arribar a dos interpretaciones encontradas. En un caso se sostendrá que la ley laboral constitucional comprende todo el régimen básico de la jornada extraordinaria, atendiendo a las necesidades de descanso, convivencia familiar y recreación del trabajador —que se hallan en el fundamento de estas restricciones—, y por ende sólo es posible trabajar en favor de la comunidad tres veces consecutivas, hacer una interrupción y reanudar las jornadas por otras tres veces.

Desde otra perspectiva, acaso más admisible, se concluirá que la única restricción que ordena la ley penal, por el renvío a la norma laboral, es la relativa a “extensión” de la jornada, es decir, a la duración de ésta. Efectivamente, tal es el texto del artículo 27 del Código Penal. Además, en el mismo precepto se indica claramente que se sustituirá la prisión por trabajo, “sin que (éste) pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral”; y esta jornada se integra con tres horas de trabajo, después de las horas de actividad ordinaria del obrero.

A esta segunda interpretación sería posible agregar otro argumento, ciertamente resbaladizo: las garantías establecidas en el artículo 5o. de la Constitución, a propósito del trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, son las referentes a las fracciones I y II (del apartado A) del artículo 123, lo que significa que el sujeto no podrá cumplir, bajo ese mismo título de trabajo penal, más horas de las ordinarias que la Constitución estipula, pero nada dicen esas fracciones sobre el número de días laborables en forma continua. Finalmente, tómesese en cuenta que la prime-



ra interpretación señalada perjudicaría seriamente al sentenciado, en cuanto prolongaría el tiempo necesario para la ejecución penal y, por lo tanto, para el acceso a la libertad absoluta.

Resuelve el último párrafo del artículo 27 que “por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado”. De tal suerte quedan excluidas las actividades serviles públicas, que aparejan la exposición del penado ante los ojos del público, con la finalidad de brindar a la comunidad un espectáculo intimidante y punitivo, o someter al sentenciado al escarnio general.

En lo que concierne a la duración de la medida, hay dos estipulaciones importantes. Por una parte, en la regla general instituida por el artículo 70 se indicó que la sustitución de prisión por trabajo en favor de la comunidad sólo podría operar cuando aquélla no excediese de un año. Parece razonable esta medida en la sustitución de sanciones. Por otra parte, el cuarto párrafo del artículo 27 resuelve el cómputo del trabajo: “Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad”.<sup>67\*</sup>

En el caso del trabajo, la ley penal reitera que éste se desarrollará “bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora”. Ya señaló que esta prevención es innecesaria; basta la regla que estatuye el artículo 50 bis, sobre procedencia de la medida de vigilancia.

Vayamos ahora al caso de la multa, que es sustitutivo de la prisión, pero también puede presentarse como sanción principal, a su turno sustituible (artículo 29). Sucedió lo primero según las reformas de 1983, es decir, que se sustituyera a la prisión por multa, cuando aquélla no excediese de un año (artículo 70, fracción I).<sup>68\*\*</sup> En consecuencia, la multa vino a ser sustitutiva de la prisión y alternativa del trabajo en favor de la comunidad. Ocurre lo segundo, una vez abandonado el injusto sistema general de sustitución de la multa por prisión, en virtud de la insolvencia o renuencia del reo, en aquellos casos en que “se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella”. Entonces el tribunal puede sustituirla, total o parcialmente, como quiso el anteproyecto del INACIPE, por prestación de trabajo en favor de la comunidad, a razón de una jornada de trabajo por un día multa.<sup>69</sup>

67 A partir de 1994 esta disposición corresponde al quinto párrafo.

68 Conforme al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de mayo de 1996, no podrá exceder de dos años la pena de prisión sustituible por multa en el fuero federal.

69 Entre las más notables innovaciones debidas a la reforma de 1983 figuró el régimen de días multa, con antecedente en el Código Almaraz de 1929. *Cfr.* exposición de motivos en Madrid H., *El marco legislativo para el cambio*, cit., p. 201. En la iniciativa del Ejecutivo que desencadenó las re-

Existe un necesario deslinde entre el caso en que el reo no puede cubrir la multa, que se enfrenta con la aplicación de sustitutivos, y aquel otro en que “se negare sin causa justificada” a cubrir su importe. Si acontece esto último, el Estado recurrirá al procedimiento económico coactivo.

Hay todavía, como en el anteproyecto del INACIPE, una segunda hipótesis de sustitución en este mismo campo: “Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos” (artículo 29, quinto párrafo).

La sustitución no causa estado de cosa juzgada, ni siquiera en sentido formal. En efecto, es revocable por el juzgado que la concedió, como lo es la condena condicional, si el inculgado no cumple las condiciones a las que se halla sujeto el disfrute de este beneficio, o comete un nuevo delito o carece de fiador que garantice el cumplimiento de deberes patrimoniales, en caso de que se hubiese designado garante de este carácter (artículos 71 y 72).

En este punto vale observar que se ha detenido, y en algunos casos retraído, la tendencia a conceder ciertos beneficios en forma definitiva, irrevocable, independientemente del comportamiento del beneficiario mientras se extingue, por el transcurso del tiempo, la posibilidad jurídica de ejecutar la pena de prisión. El carácter revocable de la medida ha sido característico de la condena condicional, y luego de los sustitutivos. En el caso de la remisión parcial de la pena, inicialmente se optó por el otorgamiento en firme; posteriormente se introdujo la revocabilidad, a la manera de la libertad preparatoria.<sup>70</sup>

formas de 1993, se incurrió en el evidente error de suprimir la precisión sobre el contenido del día multa. Se pretendía —sin explicación alguna en la exposición de motivos que manifestara las razones del cambio, en caso de haberlas— que esa parte del precepto quedara como sigue: “La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale”. Afortunadamente los legisladores advirtieron el error —que retiraba al concepto de día multa su razón de ser— y en el dictamen redactado en la Cámara de Diputados establecieron que “resulta necesario mantener la segunda parte del párrafo segundo, que establece la equivalencia del día multa”. Considerando II, punto 4, a).

70 Esto así, por adiciones del 29 de noviembre de 1984, publicadas el 10 de diciembre siguiente, al artículo 16 de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

## IX. LAS REFORMAS DE 1991 Y 1993

Como antes señalé, a partir de 1983 hubo numerosas modificaciones de la legislación penal mexicana, sustantiva y adjetiva.<sup>71</sup> En su mayor parte, militaron en la línea trazada por las reformas de 1983.<sup>72</sup> Luego vendrían reformas constitucionales, practicadas con excesiva premura en 1993, seguidas de un gran número de cambios secundarios, vinculados con dichas modificaciones en la ley suprema o ajenas a ellas, de carácter fundamentalmente procesal penal.<sup>73</sup> Para los fines del actual estudio, en ese conjunto destaca, primero, el proceso de reformas desarrollado en 1991, que culminó en el importante decreto del 16 de diciembre de dicho año, publicado el 30 del mismo mes. En éste hay novedades a propósito de los sustitutivos, vigentes en 1995.<sup>74</sup> Sobre los desarrollos de la reforma de 1991 hubo opiniones favorables y pareceres críticos, precisamente a propósito del tema que ahora examino.<sup>75</sup>

En la reforma de 1991 permanecieron sin cambios los artículos 24 y 27. En tal virtud, se mantuvieron los textos que enuncian y describen los

71 Sólo por lo que respecta a la legislación sustantiva, conviene observar que entre 1982 y 1994 fueron expedidos veintidós decretos de reformas y adiciones al Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, que se refirieron a doscientos sesenta y un preceptos de ese ordenamiento. Como se ve, las reformas abarcaron la gran mayoría de los artículos, muchos de los cuales corresponden, además, a los temas fundamentales del sistema penal.

72 No se hallan en este caso, desde luego, los cambios incorporados por el decreto del 30 de diciembre de 1988, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de enero de 1989, que elevó la pena máxima de prisión a cincuenta años, en el caso de varios delitos de suma gravedad, como el homicidio calificado y el secuestro, por ejemplo.

73 Cfr. mi análisis de estas novedades en *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1995.

74 Señala Gustavo Malo Camacho que la reforma de 1991 “observa un claro sentido hacia la despenalización que aparece alcanzado por dos vías distintas: penas alternativas y penas sustitutivas. Ambos sistemas ya preexistían en la ley penal mexicana, a partir de las reformas de 1984, y es ahora, con las reformas que incorpora el Decreto del 30 de diciembre de 1991, que se amplía notablemente su nuevo alcance”: “Modernización jurídica penal en México y el Decreto de reforma de fecha 30 de diciembre de 1991”, *Criminalia*, año LVIII, núm. 1, enero-abril de 1992, p. 169.

75 Véase, por ejemplo, la crítica que formula Moisés Moreno Hernández, y que puede extenderse igualmente a otras reformas que pretenden aliviar los problemas de la pena privativa de libertad, pero olvidan la necesidad de resolver con equilibrio las diversas cuestiones que ha de considerar y regular el sistema penal. Manifiesta Moreno Hernández que el legislador del 91 se preocupó por la prisión; “es decir, que la saturación que actualmente existe en las cárceles, ha motivado buscar diversas formas de cómo vaciarlas o de cómo evitar que las personas lleguen a ella(s)”. Pero en una reforma “debe atenderse siempre a los objetivos que corresponden al Derecho penal, y, además, buscarse el equilibrio de los diversos intereses que entran en juego... uno de esos aspectos fundamentales, lo es precisamente la protección de los bienes jurídicos, individuales o colectivos; de tal manera que habría que preguntarse si de esta forma los fines del Derecho penal se lograrán de manera eficaz o no”. “Las recientes reformas al Código penal”, *Criminalia*, año LVIII, núm. 1, enero-abril de 1992, p. 189.

sustitutivos penales establecidos en 1983. Tampoco hubo cambio en el artículo 29, donde aparece la sustitución de la multa no pagada por trabajo en favor de la comunidad o libertad bajo vigilancia. Asimismo, permanecieron intactos los artículos 71 (revocación de los sustitutivos), 72 (fianza para el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la sustitución) y 73 (conmutación por el Ejecutivo). En cambio, hubo reformas interesantes para los fines del presente análisis en los artículos 70 y 90, que no modificaron la vinculación de los sustitutivos con los artículos 51 y 52 y con ciertos elementos de la condena condicional, señalados líneas arriba.

En este mismo proceso fue reelaborado el artículo 51, para señalar que en el supuesto de punibilidad alternativa “el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial”.

En la cuenta favorable de la reforma de 1991 figura la ampliación de supuestos de pena alternativa, lo cual mejora el régimen precautorio procesal, pues elimina la prisión preventiva, y aligera el sistema ejecutivo, dado que abre la vía para el empleo de alternativas de la prisión. La nueva fórmula del artículo 51 se orienta evidentemente en favor de las sanciones no privativas de libertad y obliga a fundar la prisión, cuando se opte por ésta, en una precisión difícil: que sea ineludible a la luz de la justicia y la prevención general y especial. Es manifiesto el desacierto del legislador al referirse aquí a la prevención general como criterio para la individualización judicial de la pena.<sup>76</sup>

A la reforma de 1991 siguió el cambio legal penal de 1993, impulsado por la modificación constitucional de este último año, ya mencionada, pero sobre todo por el horizonte abierto en 1983,<sup>77</sup> aun cuando fueron poco afortunadas varias de las reformas de 1993 en la materia que ahora examino. Entre las variaciones de 1993 figuran algunos ajustes importan-

76 Elpidio Ramírez ha formulado una certera crítica sobre este punto. El juzgador no debiera tomar en cuenta la prevención general, que es, en cambio, materia para la consideración del legislador. En efecto, el juez no puede —o mejor dicho, no debe— sancionar con los ojos puestos en la repercusión que la pena tenga para evitar la comisión de delitos por otros integrantes de la sociedad, porque de hacerlo así estaría sancionando al reo en función de la posible conducta de esos otros y no de su propio comportamiento. Véase asimismo, la crítica que en sentido similar formula Moisés Moreno Hernández, “Las recientes reformas al Código penal”, *Criminalia*, rev. cit., pp. 186 y 187.

77 Bien dice Álvaro Bunster que “por sus propósitos y su extensión, se orienta en la línea de reformas anteriores, principalmente en la de la muy significativa efectuada en el lapso de 1983 a 1985”. “La evolución legislativa penal mexicana”, *Criminalia*, año LX, núm. 4, noviembre-diciembre de 1994, p. 19.

tes en el tema de los sustitutivos, que provienen del trabajo legislativo en la Cámara de Diputados —el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia—, no de la iniciativa misma. En esta virtud es necesario examinar las modificaciones hechas a los artículos 27 y 70, así como a otros preceptos, localizados en la parte especial, cuyos nuevos textos derivan de la reforma al artículo 27.

En el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados se consideró oportuno adicionar un párrafo al mencionado artículo 27, “a efecto de establecer que el trabajo en favor de la comunidad no únicamente se emplee como un sustitutivo de la prisión o de la multa, sino que se utilice en forma independiente, pudiendo de esta manera imponerse como una verdadera pena autónoma”.<sup>78</sup>

Por la reforma de 1993, pues, en el artículo 27 se lee ahora que “el trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa”. Esto es indudablemente cierto, aunque no era indispensable decirlo en ese precepto. Se tiende, con razón, a ampliar las posibilidades de aplicación de las medidas sustitutivas de la prisión como penas autónomas, esto es, no emplearlas apenas en calidad de sucedáneos de la privación de la libertad, por determinación del juzgador, sino también, cada vez que resulte aconsejable, como sanciones previstas legalmente, en forma directa y exclusiva, con respecto a determinadas hipótesis delictuosas. Este camino, seguido por el legislador últimamente, se abrió también, como otras muchas soluciones renovadoras del ordenamiento penal, desde hace varios años. En efecto, la Ley de Vías Generales de Comunicación previó la aplicación alternativa de trabajo en favor de la comunidad (treinta a noventa días) o multa en el caso del delito previsto en el artículo 537.<sup>79</sup>

Es claro que el legislador de 1993 pudo haber avanzado más en este campo, considerando también la posibilidad de aplicación autónoma o directa de las sanciones de tratamiento en libertad y semilibertad. No fue así. Quizá lo impidió la premura legislativa.

En la misma Cámara de Diputados se llevó adelante una útil reflexión acerca de los delitos a cuyos autores o partícipes conviene aplicar directamente la sanción de trabajo en favor de la comunidad, no la pena de pri-

78 Considerando II, punto III.

79 El artículo 537 de la Ley de Vías Generales de Comunicación fue reformado por decreto del 7 de noviembre de 1986, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de ese mismo mes. Actualmente se encuentra derogado.

sión sustituible. En este campo, el dictamen expresó diversas consideraciones que sustentaron, en su momento, el cambio de las sanciones previstas para una serie de delitos relativamente leves, conminados con penas de prisión reducidas y multa, alternativa o copulativamente.

Los dictaminadores esgrimieron tres argumentos en favor de emplear el trabajo en favor de la comunidad como sanción autónoma para determinados delitos.<sup>80</sup> Se hizo ver, en primer término, que los delitos tomados en cuenta para tal propósito

no se consideran graves (y por ello) resulta excesiva la pena de prisión, puesto que en muchos casos, por carecer de recursos económicos, las personas que cometen alguno de los delitos mencionados no tienen la posibilidad de cubrir la multa, por lo que se ven obligados a cumplir la pena corporal. Dentro de la misma línea de consideraciones, se adujo en segundo término que se corre el riesgo de que al ser internados en alguno de los Centros de Readaptación Social, dichas personas se contaminen con otros reos, desvirtuándose así el espíritu de los sistemas de readaptación social. Es evidente que el legislador conoce —y teme, por lo tanto— las condiciones que prevalecen, mayoritariamente, en esos llamados centros de ‘readaptación social’.<sup>81</sup> Por último, el dictamen invoca un factor más en apoyo de la reforma: la sobrepoblación de internos en los Centros de Readaptación Social.<sup>82</sup>

Por lo que toca al último punto mencionado, a mi modo de ver no es la sobrepoblación, por sí misma, lo que conviene considerar, sino la racionalidad en el empleo de la pena privativa de libertad y en el uso de otros expedientes penales, como los sustitutivos. No se trata, en fin, simplemente de poblar o despoblar prisiones, sino de aplicar con sensatez las medidas pertinentes desde el ángulo de una bien fundada política criminal del Estado. En función de esto debiera resolverse sobre el poblamiento o

80 No hay estricta correspondencia entre los delitos mencionados por el dictamen para los efectos de la modificación de penas, y los contemplados, específicamente, en los preceptos que fueron reformados, conforme a la propuesta contenida en el propio dictamen y al voto final del Congreso. Por ejemplo, en la relación de delitos mencionados en el dictamen no se incluye la evasión de preso, cuando la reaprehensión del prófugo se consigue por gestiones del responsable de la evasión. En cambio, el dictamen invoca el artículo 153, en que se contiene el tipo respectivo y que efectivamente fue reformado en 1993.

81 La adopción del nombre —cuyo significado contradiría la realidad— fue propuesta por el III Congreso Nacional Penitenciario. *Cfr. Memoria del..., cit.*, p. 70.

82 Estos argumentos aparecen en el Considerando II, punto 3, del dictamen de las comisiones en la Cámara de Diputados.

el despoblamiento de las prisiones, sin perjuicio, claro está, de llevar adelante con veracidad y seriedad la indispensable reforma del sistema carcelario del país.

En el artículo 70 fue derogado el último párrafo, que vinculaba los sustitutivos con los incisos b y c de la fracción I del artículo 90, es decir, con la exigencia de que el candidato a sustitución fuese primerizo en delito intencional o doloso<sup>83</sup> y hubiera evidenciado buena conducta positiva, antes y después de la comisión del delito, y con el pronóstico judicial sobre futura delincuencia, temas que ya examiné brevemente. A este respecto, el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados menciona lacónicamente: “se propone derogar el último párrafo del artículo 70 subsecuente de la fracción III, con la finalidad de que el juez al momento de individualizar la pena, en términos de los artículos 51 y 52, tome en cuenta únicamente el hecho delictuoso por el que se está procesando”.<sup>84</sup>

Esto lleva a considerar el tema de la reincidencia para efectos de la sanción penal. La corriente tradicional en esta materia optó por agravar las penas en casos de reincidencia o habitualidad, además de cerrar el acceso de los reiterantes a beneficios legales como la condena condicional o la libertad preparatoria. Con ello se trataba en forma desigual las dos hipótesis, asimismo desiguales, que se presentan en este campo: primodelincuencia y reincidencia. En contra de este modo de resolver la reacción penal, otras corrientes han estimado que la reincidencia o la habitualidad en el delito no deben ser consideradas como factores para la agravación necesaria de las penas o el retiro explícito de los beneficios, sino como puntos interesantes —pero no determinantes— en el ejercicio del arbitrio judicial que conduce a la individualización penal. En este sentido fueron modificados los artículos 65 —sobre reincidencia— y 70 del Código Penal, que ya mencioné.

Esta nueva comprensión del tema de la reincidencia proviene de la iniciativa presidencial. En la exposición de motivos se manifiesta, a propósito de los cambios consultados en el artículo 65, que

en lugar de fungir (la reincidencia) como una causa de agravación de la pena, como tradicionalmente ha sucedido —por la gran influencia positi-

83 En 1993 se empleó la expresión “doloso”, en lugar de “intencional”, siguiendo así la nomenclatura incorporada en el artículo 90. Se trata de una precisión técnica reclamada por la doctrina desde hace tiempo, y desde luego justificada, aunque carezca por completo de trascendencia práctica.

84 Dictamen, Considerando II, punto 3.

vista que ha tenido nuestra legislación penal— y, por ello, contrariando diversos principios fundamentales de un derecho penal democrático, se sugiere darle ahora a la reincidencia la función de ser un criterio más para la individualización penal.<sup>85</sup>

En el mismo sentido se pronunció el dictamen de la Cámara de Diputados, que también analiza conjuntamente las prevenciones de los artículos 52 y 65, más la reforma del 70. Alude también a los principios del derecho penal democrático (en rigor, humanista, más bien que democrático), menciona las estipulaciones que en este sentido existen en diversas entidades federativas, y asegura que dar “a la reincidencia la función de agravar la pena, contradice entre otros el principio constitucional que prohíbe valorar dos veces una conducta que ha sido objeto de juzgamiento”.<sup>86</sup>

Ahora bien, en este análisis del papel que puede o debe jugar la reiteración delictuosa en el sistema penal, considerando los diversos intereses, bienes y derechos que éste custodia, es menester deslindar dos supuestos, que no son necesariamente idénticos. Por una parte se halla la punición agravada del reincidente: se eleva legalmente la pena aplicable al sujeto en el segundo juicio, por el delito B, en mérito de haber una primera condena en otro juicio, por el delito A, con determinada antigüedad estatuida en la ley. Así las cosas, la existencia de un primer delito influye determinantemente en la sanción del segundo, no obstante tratarse de un suceso ilícito diferente e inconexo con aquél. Por otra parte, se niega al sujeto en el juicio B cierto beneficio, habida cuenta de que anteriormente se le condenó como responsable de un delito A, sentencia que, a juzgar por la vida posterior del sujeto, no tuvo eficacia alguna desde el ángulo de la readaptación social. En este caso no existe agravamiento de la pena que legalmente corresponde por el delito B. Esta sanción se aplica en sus términos.

A la luz de los cambios legales practicados en 1991 y 1993, se amplió extraordinariamente la posibilidad de aplicar la sustitución de la pena privativa de libertad por otras sanciones. El estado que guarda la materia es el siguiente. Es posible aplicar la condena condicional cuando no exceda de cuatro años (en vez de dos) la pena de prisión impuesta en la sentencia (artículo 90, fracción I, inciso a). Lo es sustituir la prisión por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando aquélla no exceda de cinco

85 Punto II.6.8.

86 Considerando II, punto 5, b).



años (en vez de un año en el caso del trabajo, y de tres, en el supuesto de la semilibertad). Es posible sustituir por tratamiento en libertad la prisión que no sea mayor de cuatro años (en vez de tres). Finalmente, cabe la sustitución por multa cuando la pena privativa de libertad no sea superior a tres años (artículo 70).<sup>87</sup>

Además del exceso en las posibilidades de sustitución —y de otros desaciertos que adelante mencionaré—, que trae consigo este beneficio incluso en el supuesto de delitos muy graves, parece que el legislador sólo pensó en la supresión de la pena privativa de la libertad, pero no reparó en las características de los sustitutivos. Piénsese, pues, que la semilibertad implica un constante entrar en prisión y salir de ella —aunque en la especie se trate de un establecimiento de seguridad atenuada, o inclusive de una institución abierta—, y que resulta por lo menos discutible que semejante situación, que apareja muchos riesgos y no pocas molestias, se prolongue durante ¡cinco años! Otro tanto se puede decir del trabajo en favor de la comunidad: ¡cinco años de trabajo en un establecimiento asistencial, digamos la Cruz Roja!

Ya no es necesario que se trate de un primerizo, y por ende cabe la sustitución en favor de reincidentes, multirreincidentes y habituales. Tampoco se prohíbe la concesión del sustitutivo en favor de quien pudiera incurrir en nuevo delito, a juicio del tribunal competente para decidir la sustitución. Es probable que el legislador supusiera que todas estas circunstancias quedan suficientemente recogidas en el artículo 52, nuestro precepto clásico a propósito de la individualización judicial, cuya nueva redacción estipula qué elementos tomará en cuenta el tribunal para fijar las penas y medidas de seguridad “que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente”.<sup>88</sup> Ahora bien, es obvio que ni la reincidencia ni la probabilidad de comisión de nuevos delitos (tan difícil de anticipar, es cierto, además de los otros problemas que plantea), tienen que ver con la gravedad del delito cometido y la culpabilidad (no la temibilidad, como antes se dijo) del sujeto al que se está sentenciando.

87 Véase el apartado 11 de este trabajo (estado actual de la cuestión).

88 Elpidio Ramírez formula una severa crítica sobre el nuevo texto del artículo 52, que aborda “el renglón más sensible del derecho punitivo”. Cfr. “La reforma penal de 1994”, *Criminalia*, año LX, núm. 4, noviembre-diciembre de 1994, pp. 118-121. En opinión de Juan Silva Meza, desde una perspectiva jurisdiccional, el cambio de palabras no alteró el fondo del asunto ni varió el sentido de las prevenciones legales anteriores. Cfr. “Reformas al Código penal. 1994”, *Criminalia*, año LX, núm. 1, enero-abril de 1994, p. 43.

Para la comprensión de estas reformas, que concurren a diseñar el régimen general de los sustitutivos, es conveniente recordar que el derecho mexicano moderno ha procurado reducir constantemente la privación precautoria y punitiva de la libertad, optando por otro género de medidas procesales o penales que no aparejan reclusión del inculcado o del condenado, en sus respectivos casos. Esta tendencia es plausible, sin duda alguna. Multiplicar la prisión preventiva o el internamiento penitenciario, más allá de lo estrictamente indispensable, es a todas luces improcedente. Había llegado la hora de no emplear la prisión como panacea aplicable a los responsables de un crecido número de delitos, desde muy graves hasta muy leves. También era necesario corregir el abuso y la injusticia que entraña la prisión preventiva.<sup>89</sup> La reforma de 1983 quiso servir al primero de esos propósitos, y lo consiguió adecuadamente en el orden normativo.

Ahora bien, es preciso que el sistema general de sanciones sea racional, en el sentido de que procure obtener, con el menor sacrificio posible de bienes jurídicos individuales y colectivos, los diversos objetivos a los que ese sistema sirve en la hora actual. Ya me referí a éstos, al hablar sobre el equilibrio de los intereses en conflicto. No repetiré lo que expuse anteriormente. Si bien es cierto que conviene ampliar juiciosamente las posibilidades de aplicación de los sustitutivos, para evitar reclusiones inútiles e injustas, también lo es que esa ampliación debe llevarse a cabo dentro de una política criminal bien fundada, que no descuide o comprometa ciertas finalidades plausibles para alcanzar otras, acaso también deseables. En este punto se imponen la congruencia, la ponderación, el equilibrio. De lo contrario se arriesga la eficacia del sistema en su conjunto, y se pone en peligro el progreso alcanzado. Los excesos y los errores, que pueden ser mayúsculos, lejos de contribuir al buen desarrollo de un régimen penal humanista (al que algunos denominan democrático), puede motivar reacciones autoritarias que frustren los mejores esfuerzos.

Es obvio que el reformador penal debe actuar con serena reflexión y amplio conocimiento de la circunstancia en la que actúa. No ocurre esto cuando se avanza (si es que se avanza) con precipitación, sin asegurar la firmeza de la obra previamente realizada. Beneficiar al delincuente sin

89 La reforma procesal penal de 1991 procuró alejarse del sistema de absoluta "predeterminación legal" para la procedencia de la libertad provisional, que regía hasta entonces bajo el imperio del régimen de garantías (mínimas, no máximas) instituido por la Constitución. En cambio, la reforma constitucional de 1993, desacertada en este punto, como en otros, aunque pertinente en varios más, incurrió de nuevo en esa indeseable predeterminación, al eliminar el ámbito de arbitrio razonable que la reforma secundaria de 1991 había reconocido al juez penal.

miramiento para el ofendido y la sociedad, es por lo menos tan deplorable como beneficiar a éstos sin miramiento para el infractor. En este ámbito, como acaso en todos, la desmesura es poco recomendable, aun cuando se ampare en la mejor voluntad y la más recta intención.

Multiplicar los substitutivos para impedir reclusiones improcedentes, como ha sido el objetivo de muchos reformadores de los últimos años, es indudablemente acertado. Ya no lo es tanto multiplicarlos sólo bajo la idea de “despresurizar” las prisiones, como se suele decir con una expresión entre arbitraria y pintoresca, si la “despresurización” implica excarcelar a quienes no debieran salir de prisión y poner en peligro los intereses legítimos y los derechos de la sociedad, en general, y de muchos individuos en particular. Y todavía menos acertado es ampliar la aplicabilidad de los substitutivos en forma mecánica, sin conexión alguna con la realidad, ni con los propósitos inherentes al régimen de sanciones penales.

Conviene estudiar las reformas de 1991 y 1993 sin perder de vista las consideraciones precedentes. Ambas ampliaron muy considerablemente —excesivamente, según la razonada opinión de muchos— el campo de aplicación de los substitutivos, cuando aún no se consolidaban los progresos de 1983. Es evidente para cualquier observador, por somera que sea su visión de los hechos, que aún no ha sido posible, ni remotamente, asegurar las condiciones de éxito de los substitutivos bajo su formulación anterior, que representó, por cierto, un inmenso progreso. Tampoco se ha logrado consolidar razonablemente la ejecución de la condena condicional, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena privativa de libertad.

En estas condiciones, emprender más cambios legales en vez de dirigir la energía a la aplicación puntual y eficaz de las normas existentes, significa una distracción muy costosa moral y socialmente. Se incurre, aunque sea de buena fe, en modificaciones de forma, de fachada, verdaderas acciones de “maquillaje”, siempre espectaculares, en lugar de conseguir verdaderos cambios de fondo. A lo largo de nuestra historia ha sido frecuente que incurramos en la ilusión de creer que modificando las normas con entusiasmo y abundancia, logramos ya la reforma de la vida. Esto no ha pasado, según parece, en el sistema de las sanciones en México.

Hoy presenciamos un inquietante descrédito de la legislación penal, y una no menos inquietante tentación de retornar a medidas indeseables. Conviene meditar seriamente sobre esta realidad que tanto nos preocupa. Un motivo para estas corrientes regresivas —no el único, desde luego—

puede hallarse en la ineficacia de la ley penal, mirada, en consecuencia, como un medio de desvalimiento social en vez de constituir, ante los ojos de todos, un instrumento adecuado para enfrentar la delincuencia. No olvido, por supuesto, algo que siempre he reiterado, en la cátedra y en diversas publicaciones: ni la ley penal ni los órganos encargados de aplicarla pueden responder íntegramente por el crecimiento y el agravamiento de la criminalidad. En este proceso hay otros factores predominantes: entre ellos figuran, por ejemplo, la decadencia de valores morales que dan fundamento y orientación a la conducta, y la profunda crisis económica, que acentúa un hecho doloroso propiciado por políticas desafortunadas: la creciente opulencia de los menos y la manifiesta indignancia de los más.

En todo caso, la experiencia reunida hasta ahora pudiera ser útil para el Código Penal del futuro, si sucede, como se dice, que pronto habrá un nuevo ordenamiento sustantivo. Obviamente, esto es innecesario, aunque sea recomendable revisar ciertos aspectos, mal resueltos, de la legislación vigente. Sostener que se necesita un nuevo código porque el ordenamiento de 1931 ya resulta anticuado e ineficaz, habida cuenta de que han transcurrido más de sesenta años desde la fecha en que fue expedido, es un despropósito mayúsculo. A menudo he manifestado que ya no existe el código de 1931: el texto actual difiere profundamente del original, sobre todo desde la reforma de 1983, que, como antes señalé, modificó hondamente el rumbo y las instituciones de nuestro ordenamiento punitivo.<sup>90</sup>

## X. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

### 1. Advertencia

El estudio de los sustitutivos penales que aquí se inicia y que fuera elaborado para una obra colectiva del Instituto de Investigaciones Jurídicas, originalmente ofreció un examen de la materia hasta 1993, año en el

<sup>90</sup> En sentido semejante, Elpidio Ramírez: la reforma penal mexicana “se convirtió, a partir de 1984 (n. del autor: año de publicación de la reforma promulgada en 1983, a la que me he venido refiriendo como la “reforma de 1983”), en una realidad avasalladora. En los últimos diez años (1984-1994) la transformación del Código punitivo ha sido de tal magnitud que no es aventurada la afirmación de que el Código Penal de 1931 ha sido sustituido por uno nuevo: el de 1984-1994”. Así, suponiendo que se convirtiese en ley positiva alguno de los proyectos o anteproyectos preparados en estos últimos años por personas que intervinieron en las reformas de la última década, “¿cuáles serían las novedades que autorizarían a hablar de una auténtica nueva normatividad penal y no de una simple reformulación verbal del actual Código penal?”. “La reforma penal de 1994”, *Criminalia, rev. cit.*, p. 115.

que fueron incorporadas diversas reformas sobre este asunto en el Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, en sus respectivos órdenes jurisdiccionales. Consecuentemente, no abarcaba las novedades aportadas a este ordenamiento en años posteriores —hasta 1999, inclusive— y tampoco las normas sobre el mismo asunto contenidas en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de 1996.

Por otra parte, una reforma constitucional de 1996 facultó a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materias civil y penal a partir de 1999. En tal virtud, este órgano legislativo, correspondiente al nuevo régimen jurídico-político del Distrito Federal, ha comenzado a expedir normas penales en la triple vertiente sustantiva, adjetiva y ejecutiva, que iniciaron su vigencia el 1 de octubre del año citado. La Federación ha hecho lo mismo a lo largo de 1999, en lo que atañe a su propio ámbito de atribuciones.

Lamentablemente, cada instancia legislativa ha caminado por su cuenta, sin coordinación alguna, que hubiera prestado un gran servicio a la justicia penal. Empero, han predominado las vicisitudes del encuentro entre los partidos. El resultado ha sido un sistema penal confuso, desconcertante, con soluciones diversas para problemas que requerían soluciones idénticas.

Hoy día disponemos de los restos de un antiguo Código —el de 1931—, colmado de reformas; entre éstas, las más importantes y avanzadas fueron las de 1983, que modificaron la orientación general del código y abordaron diversas instituciones fundamentales. A ellas siguieron otras de inspiración y rumbo semejantes, sin que faltaran —como es frecuente en nuestro medio— retrocesos e inconsecuencias. Lo razonable hubiera sido, a estas alturas, que la Federación y el Distrito Federal expidieran códigos penales y leyes conexas en forma separada, cuidando de la armonía del conjunto para servir a la justicia penal y a los bienes que ésta tutela. Pero no ha sido así. Como adelante veremos, subsiste, en parte, el código que fuera único, al que cada instancia legislativa ha hecho, con desigual fortuna, sus propios ajustes y acomodos.

Lo erróneo de este procedimiento queda en evidencia si se piensa que el mismo texto recibe, hoy día, dos nombres: para el conjunto federal, es el Código Penal de la Federación; para la capital, es el Código Penal del Distrito Federal. Así lo señala, expresamente, en cuanto al plano federal, la reforma publicada el 17 de mayo de 1999, y en cuanto al distrital, también expresamente, la modificación publicada en la *Gaceta Oficial*

del Distrito Federal el 15 de septiembre de dicho año, y en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 del mismo mes. En otros términos, hay numerosos artículos comunes y existe igualmente un buen número de artículos diferentes, cada serie para su propio orden jurisdiccional. A esto nos ha llevado el reformismo frenético y la imposibilidad —¿por qué?— de contar con una política penal coherente, que concilie las tareas legislativas en cada plano del Estado. Obviamente, esto no privaría a nadie de su autonomía legislativa. En cambio, mejoraría la seguridad jurídica y la lucha contra el delito.

En fin de cuentas, la legislación vigente para el Distrito Federal, hasta octubre de 1999 —fecha en que redacté estas líneas— se integra con el texto que estaba en vigor el 30 de septiembre (que incluye las reformas aprobadas por el Congreso de la Unión hasta el último día de septiembre de 1999). Para los fines de esta exposición panorámica, examinaré separadamente el régimen concerniente a cada jurisdicción.

## 2. Regulación federal

### A. Reforma de 1996

La reforma al artículo 79 del Código Penal, promulgada el 9 de mayo de 1996 y publicada el 13 del mismo mes, modificó de manera importante las condiciones para la aplicación de los sustitutivos creados en 1983. Este cambio fue acertado, en la medida en que ponderó mejor el *quantum* de la prisión sustituible, que la reforma previa había extendido desmesuradamente, y negó la sustitución a determinada categoría de reincidentes.

Así, esa reforma de 1996 dispuso que sería sustituible por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad la prisión que no excediera de cuatro años (antes, cinco años; artículo 70, fracción I); por tratamiento en libertad, la que no excediese de tres años (anteriormente, cuatro años; *idem*, fracción II); y por multa, la que no tuviera una duración mayor de dos años (previamente, tres años; *idem*, fracción III).

Como dije, en 1996 quedaron previstas, asimismo, diversas limitaciones al otorgamiento de la sustitución. La primera de ellas, razonable, se vincula con la reincidencia del infractor. A este respecto, conviene recordar que la reincidencia fue prevista (en las reformas de 1993-1994) como un dato a valorar por el juzgador en la hipótesis de sustitución de pena. Este es el caso general, que subsiste en el primer párrafo del artículo 65.

A él se añadieron, en forma confusa, dos supuestos particulares, alojados, uno de ellos, en el segundo y el tercer párrafos del artículo 65, y el otro, en un párrafo final —hasta esa fecha— del artículo 70.

El primer supuesto particular implicó exclusión “de los beneficios o de los sustitutivos penales” que la ley prevé (se presume que esa expresión abarca sustitutivos, explícitamente, y correctivos, implícitamente; en este último caso, libertad preparatoria y remisión; acaso también prelibertad en la fase ejecutiva) con respecto a los inculpados reincidentes en dos ocasiones (es decir, penalmente responsables en tres oportunidades, puesto que se habla de dos reincidencias) por delitos dolosos calificados legalmente como graves.

El segundo supuesto particular señaló esa misma exclusión en el caso del sujeto condenado anteriormente en sentencia ejecutoria por delito doloso que se persiga de oficio. Aquí ya no se alude a doble reincidencia ni a delito calificado como grave. La amplitud de esta hipótesis, contenida en el artículo 70, hace innecesaria la contenida en el artículo 65. En efecto, la del 70 abarca necesariamente todos los casos recogidos en el 65, y muchos más, a no ser que se opte por una interpretación benévola, que en la especie resultaría absurda, por ser absolutamente inconsecuente con los propósitos de la reforma y con la lógica del sistema penal recogido en esta parte de nuestra legislación: que se concedan los beneficios y sustitutivos a los reincidentes en una sola ocasión por delitos dolosos graves, sujetos a una norma especial que desplaza la aplicación de la norma general del artículo 70.

### *B. Reforma de 1998*

Por decreto del 31 de diciembre de 1998, publicado el mismo día, con llamativa celeridad, se modificó el último párrafo del artículo 70, que antes comentamos, para añadir un nuevo caso en que se excluiría la sustitución: “cuando no proceda en los términos de las leyes respectivas, tratándose de una transgresión en perjuicio de la hacienda pública”.

Aquí se presenta un doble desacierto, verdaderamente deplorable. Por una parte, se utiliza la ley penal como instrumento intimidatorio para fines recaudatorios, con severidad inadmisibles, pues en todo caso habría otras hipótesis delictivas, infinitamente más graves, que reclamarían el mismo tratamiento. Por la otra, se deja a la legislación especial —normas penales en leyes fiscales— la tarea de integrar, a discreción, el catálogo

de exclusiones. Tomando en cuenta la fecha en que fue incorporada esta norma, pudo abarcar tanto la materia federal como la local del Distrito Federal, en virtud de que al identificar al perjudicado por el delito se aludió, ampliamente, a la “hacienda pública”.

### *C. Reforma de 1999*

El 13 de mayo de 1999 fueron expedidos dos decretos de reformas al Código Penal. Uno fue publicado el 17 de ese mes, y otro al día siguiente. Por mandamiento de sus respectivas disposiciones transitorias, cada uno de estos decretos entró en vigor al día siguiente de su publicación. Dificilmente podría justificarse que un mismo ordenamiento —con la trascendencia que reviste un Código Penal, nada menos— sea sometido a dos decretos de reforma en la misma fecha, en vez de reunir los copiosos cambios en un instrumento, correspondiente, asimismo, a un solo proceso.

En el segundo de esos decretos —segundo en cuanto a publicación, pero simultáneo al otro en lo que respecta a promulgación— no aparecieron cambios relevantes para el tema que ahora analizo. Empero, conviene recordar que ahí se adoptó la designación de Código Penal Federal para el ordenamiento expedido originalmente en 1931 y modificado en numerosas ocasiones —la más trascendente, en 1983—, aun cuando ese mismo ordenamiento se siguió aplicando al Distrito Federal, que todavía no había expedido reforma alguna en esta materia (lo haría, como luego veremos, casi medio año después).

Es evidente la precipitación en el cambio de nombre. A ello se añadió una equivocación de mayor importancia. En efecto, el artículo 1o. del texto original disponía que el Código se aplicaría “en el Distrito Federal por delitos de la competencia de los tribunales comunes; y en toda la República, para los delitos de la competencia de los tribunales federales”. Ahora bien, el primer decreto del 13 de mayo de 1999 modificó la redacción de dicho artículo 1o., que pasó a decir: “Este Código se aplicará en toda la República por los delitos del orden federal”. Tan grave error —que bien pudo haberse evitado— suscitó un debate sobre la supuesta inexistencia de legislación penal para la ciudad de México, y la posibilidad de que por ello no fuese posible perseguir conducta alguna, en el plano local, sin violar flagrantemente el principio de legalidad contenido en el



artículo 14 de la Constitución. No pretendo ir más lejos, por ahora, en el análisis de esta cuestión, finalmente resuelta en forma pragmática.

El decreto publicado el 17 de mayo tiene relevancia para nuestra materia. En efecto, fue derogado el tercer párrafo del artículo 65, que suscitaba los reparos anteriormente señalados, en su conexión con el artículo 70, y quedó establecido un nuevo párrafo final de este último precepto. Además de una modificación trivial en los términos de la primera frase —exclusión de los condenados en sentencia ejecutoria por delito doloso perseguible de oficio— y de la supresión del absurdo agregado hecho en 1998, se dispuso que la sustitución no se aplicará a quien sea condenado por alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85, que también fue reformado en esa oportunidad. Analicemos, pues, este precepto.

El artículo 85 indica diversos supuestos de exclusión de la libertad preparatoria. Mediante el reenvío que formula el artículo 70, el 85 también gobierna la sustitución en lo que hace al extremo que aquí se comenta. Bajo la reforma de mayo de 1999, el artículo 85 del Código Penal presenta dos supuestos de exclusión de los sustitutivos y de la libertad preparatoria, y una condición para el otorgamiento de esta última, en lo que corresponde a la Federación. El Distrito Federal cuenta con su propio texto en este artículo.

El primer supuesto de exclusión (artículo 85, fracción I) atañe a un buen número de delitos. De esta suerte prosigue la línea desacertada que se inició hace veinte años —desacertada en lo que respecta a la libertad preparatoria, no en lo que toca a los sustitutivos— en el sentido de excluir de este beneficio, de antemano, a ciertas categorías de infractores por el método de “prejuicio” legal, es decir, de juicio anticipado y absoluto, desvinculado de los efectos que el tratamiento penitenciario produzca en el reo. Esto último es, como se sabe, el sustento de la libertad preparatoria, asociada a la readaptación social del sujeto, que es, a su vez, el objetivo del sistema penal en los términos del artículo 18 constitucional, erosionado por las constantes reformas regresivas que soslayan este principio y sus consecuencias.

Las citadas exclusiones abarcan hipótesis diversas de uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo (artículo 172 bis, párrafo tercero, del Código Penal); contra la salud (artículo 194, “salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica”); corrupción de menores o incapaci-

ces (artículo 201); violación (artículos 265, 266 y 266 bis); homicidio (artículos 315, 315 bis y 320); secuestro (artículo 366, salvo los casos recogidos en los párrafos antepenúltimo y penúltimo, que aluden a la liberación espontánea del secuestrado); comercialización de objetos robados (artículo 368 ter); robo de vehículo (artículo 376 bis); robo (artículos 371, último párrafo, 372, 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI y XV, y 381 bis), y operaciones con recursos de procedencia ilícita (artículo 400 bis).

El segundo supuesto de exclusión (artículo 85, fracción II) sólo se relaciona con la libertad preparatoria, no con los sustitutivos, en virtud del reenvío que hace el párrafo final del artículo 70. Éste sólo invoca la fracción I del 85. En lo que atañe a la preparatoria, pues, se niega el beneficio a quienes “incurran en segunda reincidencia (entendemos: un primer delito y dos posteriores, en el marco del artículo 20 del Código Penal) o sean considerados delincuentes habituales”.

Este último concepto se halla en el artículo 21 del Código Penal. Ahora bien, en muchos casos habrá coincidencia entre la previsión inicial de la citada fracción II del artículo 85 y la hipótesis de la previsión final, porque tanto aquélla como ésta se actualizan cuando se han cometido tres delitos, además de que se requiere que haya reincidencia (no en el sentido criminológico de la expresión, sino precisamente en su acepción normativa penal) para que se actualice la habitualidad. Por otro lado, no parece razonable pretender que bajo esa habitualidad se abarque la categoría delictiva ausente del supuesto general de exclusión de libertad preparatoria derivado de la reincidencia, es decir, los delitos culposos, por cuanto la habitualidad implica la perpetración de delitos “procedente(s) de la misma pasión o inclinación viciosa” (artículo 21); no será fácil vincular la comisión culposa con determinada pasión o vicio.

Dije que el artículo 85 contiene también una condición para el otorgamiento de la libertad preparatoria. Se establece en el párrafo final del precepto: cuando se trate de los delitos comprendidos en el Título Décimo del Código Penal, es decir, delitos cometidos por servidores públicos, en general, sólo se concederá libertad preparatoria si se satisface la reparación del daño causado o se otorga caución que garantice el cumplimiento de esta obligación.

Sobre esta condición para el otorgamiento de la libertad preparatoria, conviene observar que no quedan comprendidos en ella, como sería adecuado bajo la preocupación que gobierna esta materia, los delitos realiza-

dos por servidores públicos contra la administración de justicia, que se localizan en el Título Decimoprimer del Libro Segundo.

En cuanto a la reparación del daño, el párrafo final del artículo 85 acentúa la condición establecida, como hipótesis general, en la fracción III del artículo 84. Esta reclama la reparación del daño, pero también permite sustituir el pago inmediato con el compromiso del reo de efectuar dicha reparación “sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirlo desde luego”. Esta norma permite, pues, que se otorgue caución o se adopten medidas garantizadas de otro carácter; no sucede lo mismo al amparo del artículo 85 examinado, que sólo autoriza el sucedáneo de la caución, es decir, una garantía estrictamente patrimonial.

La reforma de mayo de 1999 abarcó además la revocación de la libertad preparatoria. Anteriormente, el incumplimiento de las condiciones fijadas al reo para otorgarle el beneficio traía consigo la posibilidad de revocación o amonestación con apercibimiento (artículo 86, fracción I, en relación con el artículo 90, fracción IX). En la actualidad, la fracción I del artículo 86 gradúa las consecuencias jurídicas del incumplimiento injustificado, que no se aplican, lógicamente, al justificado. Si se trata de un primer incumplimiento, la autoridad podrá “amonestar al sentenciado y apercibirlo de revocar el beneficio en caso de un segundo incumplimiento. Cuando el liberado infrinja medidas que establezcan presentaciones frecuentes para el tratamiento, la revocación sólo procederá al tercer incumplimiento”.

Como se ve, la autoridad (ejecutora, se entiende) puede revocar sin más la libertad preparatoria cuando ocurre un primer incumplimiento (salvo el caso que inmediatamente mencionaremos), pero también puede limitarse a la amonestación y el apercibimiento, si lo juzga pertinente a la luz de los objetivos que la preparatoria pretende alcanzar, que son los inherentes a la readaptación social. Cuando se presenta el segundo incumplimiento, la autoridad deberá revocar el beneficio, necesariamente. De este régimen se aparta el supuesto fijado al final de la fracción I, como caso de salvedad: cuando se trate de las medidas que ahí se mencionan, la revocación “sólo procederá” al tercer incumplimiento. Acaso sería excesivo entender que si ocurre ese tercer incumplimiento y se actualiza la procedencia de revocar la preparatoria, la autoridad podrá optar todavía —como en el primer supuesto de la fracción I— por la amonestación y el apercibimiento.

La misma reforma que ahora comento incorporó modificaciones en la fracción II del artículo 86. Persiste la revocación de la preparatoria cuando se incurre en nuevo delito doloso y existe, por este concepto, condena en sentencia ejecutoriada. El cambio atañe a la forma para la revocación o persistencia de la preparatoria en el caso de comisión de delito culposo. Se decía que la autoridad podría, “según la gravedad del hecho, revocar o mantener la libertad preparatoria, fundando su resolución”. Ahora se dice que podrá, “motivadamente y según la gravedad del hecho, revocar o mantener la libertad preparatoria”. Ninguna de estas fórmulas es afortunada, y en todo caso ambas contienen disposiciones innecesarias (que quizá llegaron a la ley penal para subrayar las obligaciones de la autoridad desatenta). En efecto, todo mandamiento de autoridad que afecta derechos de un particular —como es el caso cuando se trata de la libertad del reo— debe estar motivado y fundado, no sólo motivado ni únicamente fundado.

Cambió, asimismo, el último párrafo del artículo 86. El cambio sólo introduce aclaraciones con respecto al alcance de los términos originales del precepto. Este decía que una vez revocada la preparatoria, el reo debería “cumplir el resto de la pena”, y que “los hechos que originen los nuevos procesos a que se refiere este artículo interrumpen los plazos para extinguir la sanción”. En los términos de la reforma de 1999, se aclara que el reo “deberá cumplir el resto de la pena en prisión, para lo cual la autoridad considerará el tiempo de cumplimiento en libertad”, y precisa, además, que “los hechos que originen los nuevos procesos a que se refiere la fracción II de este artículo interrumpen los plazos para extinguir la sanción”.

Hay que tomar en cuenta, igualmente, las modificaciones incorporadas en el sistema de la condena condicional, uno de los sustitutivos de mayor abolengo y relevancia. Interesa mencionar que los más modernos códigos penales del país, aquellos que han sistematizado mejor los sustitutivos de la prisión, como son los de Morelos (1996) y Tabasco (1997), incluyen bajo este concepto a la condena condicional o suspensión condicional de la ejecución de la sentencia condenatoria. En cambio, nuestros códigos —federal y del Distrito Federal—, con técnica envejecida, todavía regulan separadamente instituciones que tienen, es obvio, un tronco común.

La reforma en esta materia afectó requisitos para el otorgamiento de la condena condicional, contenidos en el inciso b de la fracción I del artículo

lo 90. Erróneamente, el decreto de reformas comprende, como modificado, el inciso c del mismo precepto, que sin embargo conservó —según se advierte en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de mayo de 1999— su redacción anterior.

Antes de 1999, el inciso b señalaba que el beneficio de la condena condicional se otorgaría a quien no fuese reincidente por delito doloso y hubiera evidenciado “buena conducta positiva, antes y después del hecho punible”. La reforma ignoró el sentido de la conducta calificada como “positiva”, que significa algo más que abstención de vicios o delitos, y amplió el número de las prohibiciones al amparo de un extenso “prejuicio legal”, al que ya me he referido en otros lugares del presente estudio. En efecto, ahora se dice que para la concesión de esa condena es menester que el sentenciado, no reincidente por delito doloso, “haya evidenciado buena conducta antes y después del hecho punible y que la condena no se refiera a alguno de los delitos señalados en la fracción I del artículo 85 de este Código”, cuyo amplio catálogo de infracciones fue expuesto *supra*.

En el segundo decreto reformador del 13 de diciembre, publicado el 17 del mismo mes, aparecieron cambios a la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Esta ley (que fue el cimiento del moderno derecho penitenciario mexicano, cuya edificación, diferida por más de un siglo, comenzó en 1971, año en que se expidió aquella ley) conserva su vigencia en el orden federal, aun cuando la haya perdido en el plano local del Distrito Federal, en favor de una defectuosísima ley ejecutiva penal, a la que me referiré *infra*, cuando examine la regulación relativa a la capital de la República.

En 1999 fueron modificados, pues, los artículos 8o. y 16 de la Ley de Normas Mínimas, como se le conoce generalmente. Aquel precepto instituye las medidas de tratamiento preliberacional. A este respecto, se agregó un nuevo párrafo que excluye dichas medidas, condiciona su aplicación y previene su revocación.

En lo que corresponde al condicionamiento, queda establecido que el traslado a institución abierta y la concesión de permisos de salida se supeditan a los requisitos fijados en los incisos del a al d de la fracción III del artículo 84 del Código Penal, al que todavía se denomina ahí, de manera expresa, Código Penal “para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal”, a pesar de que veinticuatro horas más tarde se convertiría en Código Penal Federal, por mandato del otro decreto expedido en la misma fecha, cosa que no

podía ignorar el legislador que aprobó ambos ordenamientos. Es verdad que el anterior —en fecha de publicación— no podría anticipar las novedades que traería el posterior, pero también lo es que pudo referirse en general al Código Penal, si añadir referencias que carecería de sentido unas cuantas horas más tarde.

Tales condiciones son, como se ha dicho, sendos requisitos previstos para el otorgamiento de la libertad preparatoria, a saber: residencia, trabajo, abstención del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de narcóticos —salvo por prescripción médica— y orientación y supervisión de la conducta. Este condicionamiento es, en principio, razonable.

Los casos de exclusión son los mismos instituidos a propósito de la libertad preparatoria. En consecuencia, les son aplicables las críticas que ya se formularon en el examen de ésta. Es obvio que el legislador ha perdido de vista la razón de ser de la preparatoria y de la preliberación, o de antemano desconfía absolutamente de la eficacia readaptadora de las sanciones que el Estado ejecuta, y por ello la desacredita. Finalmente, la revocación de las medidas preliberatorias se actualiza en los casos y términos establecidos para la revocación de la preparatoria. Por ello me remito a lo expuesto *supra* sobre este punto.

Por lo que concierne a la revocación de la remisión, el nuevo párrafo último del artículo 16 de la Ley de Normas Mínimas reenvía al artículo 86 del Código Penal —que nuevamente se identifica como del Distrito Federal y de la Federación, en la víspera del cambio de nombre—, precepto que menciona los supuestos de revocación de la libertad preparatoria. En este extremo tenemos una doble referencia a un mismo asunto en un solo precepto. Efectivamente, desde 1984 se indicó en el propio artículo 16 que “la remisión es revocable por la autoridad que la otorga, en los casos y conforme al procedimiento dispuestos para la revocación de la libertad preparatoria”. Por lo tanto, era completamente innecesaria la adición de un nuevo párrafo a ese artículo, para insistir en un punto ya resuelto.

#### D. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Dije ya que en 1996 fue expedida la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (promulgada el 6 de noviembre y publicada al día siguiente, sin *vacatio legis* que permitiese preparar razonablemente el inicio de la vigencia: entró en vigor el 8 de noviembre, en los términos del artículo

único transitorio del respectivo decreto). A ese ordenamiento he dedicado el libro *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México* (México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997). Existe asimismo una excelente tesis profesional sobre esta misma cuestión, bajo el título de “Aspectos sustantivos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada” (presentada en la Facultad de Derecho, en 1998), de la que es autora la licenciada Leticia Adriana Vargas Casillas, quien ha colaborado conmigo en diversos trabajos de investigación jurídica.

En mi concepto, esa ley constituye —y así se ha visto en los hechos— el anuncio de un nuevo sistema penal, paralelo al sistema de justicia penal democrática, en el que se acentúa el autoritarismo persecutorio y se reducen y modifican las garantías penales y procesales. El artículo 1o. de dicho ordenamiento previene que éste fija las “reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada”; en suma, abarca el conjunto del orden jurídico penal, proyectado a una de sus vertientes delictivas: el crimen organizado. Empero, algunas instituciones aportadas por esa ley inquietante han comenzado a emigrar al derecho ordinario, en una preocupante metástasis.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada elimina los beneficios de condena condicional, libertad preparatoria, remisión parcial y prelibertad que pudieran corresponder a los condenados por delitos previstos en ese ordenamiento (artículos 43 y 44); se pliega, pues, al régimen de “prejuicio legal”, que desecha el principio de readaptación social como referencia para guiar la duración de la pena privativa de libertad, e igualmente ignora las razones en que descansa la condena condicional, sustitutivo de la privación de libertad. Existe, sin embargo, una salida a estas limitaciones: la “negociación penal”, que es uno de los datos característicos más deplorables de la ley contra la delincuencia organizada. En efecto, la fracción IV del artículo 35 resuelve que “cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sancionar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta”, esto es, de manera más generosa que la establecida por el sistema ordinario aplicable a la remisión. Y los mismos artículos 43 y 44, que antes invoqué, devuelven la posibilidad de disfrutar de condena condicional, li-

bertad preparatoria, remisión y prelibertad a “quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada”.

### 3. *Regulación del Distrito Federal*

#### A. *Código Penal*

El Distrito Federal expidió un decreto de reformas, adiciones y derogaciones relativo a la legislación penal de esta jurisdicción, de fecha 15 de septiembre de 1999, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 17 de septiembre, y en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 del mismo mes, que aprobó la Asamblea Legislativa en ejercicio de sus nuevas atribuciones, a las que ya me referí. En el mismo número de la *Gaceta* y del *Diario* se publicó la nueva Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, que sustituye, en lo que toca a esta jurisdicción, a la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Por principio de cuentas, el decreto de referencia manifiesta que el Código Penal al que se aplican estas reformas, es decir, el ordenamiento para la Federación y el Distrito Federal expedido en 1931 y reformado innumeradas veces —hasta ser, en 1999, un nuevo código penal, sobre todo a partir de las profundas reformas de 1983—, se denominará Código Penal para el Distrito Federal. A partir de este momento ya se puede hablar, en consecuencia, de un código para la capital de la República, distinto del federal —aunque ambos tengan una notoria mayoría de artículos comunes—, y con ello cesa la tradición legislativa inaugurada en 1871 con el Código de Martínez de Castro.

Las reformas constituyen un abigarrado conjunto de novedades discutibles y en ocasiones francamente desacertadas. No es mi propósito examinar aquí tan desafortunada modificación penal, sino sólo presentar lo concerniente a los sustitutivos penales.

En este rubro figura la derogación del artículo 73, que contenía (y contiene aún, en lo que respecta a la Federación) el sistema de conmutación de la pena de prisión por confinamiento, y de ésta por multa, en el caso de delitos políticos. Sucede que la reforma local que ahora examino suprimió de plano los artículos 130 y siguientes, entre otros, relativos a sedición, motín, rebelión y conspiración para cometer dichos delitos, así



como el artículo 144, que disponía que tales ilícitos delitos se consideran políticos.

Esta supresión absurda —difícilmente se le podría calificar de otra manera—, que deja un grave vacío en la ley penal del Distrito Federal, probablemente obedeció a la idea de que los referidos delitos tiene carácter federal o son un resabio de antiguas tentaciones autoritarias. No es verdad ni lo uno ni lo otro. Los bienes jurídicos que tutelan aquellos tipos existen lo mismo con respecto a la Federación que al Distrito Federal. A mayor abundamiento, digamos que están contemplados en los códigos penales de las entidades federativas que guardan similitud —por su ámbito de vigencia material y espacial— con el ordenamiento del Distrito Federal. Por otra parte, el tratamiento jurídico penal de los delitos políticos es más benévolo, hoy día, que el correspondiente a los restantes ilícitos, como se veía en el régimen de conmutación, entre otros extremos.

Esta reforma no se volcó sobre los preceptos esenciales del sistema de sustitución, y con ello nos ahorramos algunos despropósitos, pero también perdimos la oportunidad de mejorar los errores de varias reformas incorporadas al Código Penal en los últimos años, a las que ya me he referido y que se mantienen en sus términos. Hay una salvedad sin mayor relevancia: en la fracción V del artículo 90 se sustituyó la alusión a la Dirección de Prevención y Readaptación Social —de la Secretaría de Gobernación—, órgano federal, por la referencia a la “autoridad ejecutora” como instancia a cargo del cuidado y la vigilancia de los individuos sujetos a condena condicional.

Como vimos, el primer párrafo del artículo 85 de la versión federal del Código Penal contiene una relación de delitos a cuyos autores se niega la libertad preparatoria. Este sistema de exclusión por “prejuicio legal” se recoge también en el propio primer párrafo de la versión distrital, cuyo catálogo es ligeramente menor, a lo que también contribuye, claro está, la exclusión de los casos que conciernen exclusivamente a la jurisdicción federal.

La norma aplicable al Distrito Federal comprende: violación (artículos 265 y 266 bis, fracción I); delitos graves que dolosamente afecten la integridad física o emocional de los menores (impertinente redacción, que en lugar de citar preceptos, como lo exige la seguridad jurídica, remite a valoraciones judiciales sobre los sujetos victimados, el bien jurídico protegido y —peor aún— las consecuencias de la conducta ilícita); plagio o secuestro (artículo 366, salvo los casos de liberación espontánea del se-

cuestrado que figuran en los párrafos antepenúltimo y penúltimo, conforme a la versión del Código Penal para el Distrito Federal); y robo con violencia en las personas, en un inmueble habitado o destinado para habitación (artículo 367 en relación con los artículos 372 y 381 bis). Igualmente se excluye del beneficio de la libertad preparatoria “a los habituales y a quienes hubieran incurrido en segunda reincidencia”. Esta solución local es peor que la federal, porque no señala que tal reincidencia se refiere a delitos dolosos; en los términos amplios de la norma local, quedan también abarcados los culposos, consecuencia a todas luces deplorable. Finalmente, en el artículo 87 se alude a la autoridad ejecutora, expresión con la que se sustituye la referencia a la Dirección de Prevención y Readaptación Social.

### B. Ley de Ejecución de Sanciones

No es este el lugar para analizar, en su conjunto, la deficiente Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, promulgada el 15 de septiembre de 1999 y publicada en la *Gaceta Oficial* el día 17 y en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de dichos mes y año. Sólo mencionaré las disposiciones que tienen que ver con los sustitutivos y los correctivos de la prisión. Aquéllas conciernen, naturalmente, sólo a la ejecución de las sanciones impuestas. Empero, esta legislación ejecutiva ha cometido, según adelante se verá, algunos deslices al incorporar normas de carácter sustantivo, como son las que definen una sanción y no sólo la forma de ejecutarla.

Al referirse a las “instituciones que integran el sistema penitenciario”, el artículo 24 incluye las de mínima y baja seguridad, y señala que en éstas “se ubicará a quienes hayan sido sentenciados por delitos no considerados como graves por la ley o a penas que compurguen en régimen de semilibertad, o estén en la fase final de la ejecución de la pena en internamiento”.

Es un error flagrante, por supuesto, resolver el destino del interno en función del carácter no grave del delito cometido y llamar “pena” al internamiento, que es una típica medida de seguridad asociada a la atención de inimputables, como lo asegura el inciso 3 del artículo 24 del Código Penal, precisamente en los términos de las reformas incorporadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Por otra parte, los inimputables y enfermos psiquiátricos —supongo que la referencia a dos catego-

rías obedece al deslinde entre quien comete un delito en situación de inimputabilidad y quien era imputable al momento de realizarlo, pero posteriormente presenta enfermedad mental— deben ser recluidos en “instituciones de rehabilitación psicosocial” (artículo 27). Supongo, asimismo, que en lo que concierne a seguridad estas instituciones —diferentes de los establecimientos para imputables e individuos que no padecen enfermedad psiquiátrica— se clasificarán también en establecimientos de alta, media, baja y mínima seguridad.

La alusión a las “penas que compurguen en régimen de semilibertad” es ambigua, en cuanto puede referirse lo mismo a la condena a semilibertad, sustitutiva de la prisión, o a la semilibertad que se produce en la etapa final de la ejecución de la pena privativa de libertad. Por lo demás, el legislador pasó por alto que los individuos sometidos a semilibertad pudieran estar asignados —y hasta debieran estarlo— a instituciones de mínima seguridad (una categoría que expresamente previene el artículo 24, al lado de las de alta, media y baja), tomando en cuenta que buena parte de su tiempo transcurre en libertad. ¿A qué viene hablar en estos casos de establecimientos de baja seguridad?

El Título Tercero de la ley ostenta esta denominación: “De los sustitutivos penales, tratamiento en externación y la (*sic*) libertad anticipada”. Esta distinción, que ciertamente no guarda la relación que debiera con las normas sustantivas del Código Penal, se desenvuelve en los correspondientes capítulos. A la cabeza de ellos figura el referente a los sustitutivos penales, que el legislador despacha con unas cuantas disposiciones inocuas.

En esta serie de normas escuetas, que no dicen nada más de lo que ya señala el Código Penal o sugiere el sentido común, quedan depositadas las prevenciones que en seguida menciono. Los sustitutivos penales —dice el artículo 29— “se ejecutarán por la Dirección” (General de Prevención y Readaptación Social de la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal: artículo 2o., fracción IV), señalamiento supérfluo en cuanto ya se ha dicho, en la propia ley, que ese órgano tiene a su cargo la aplicación de aquélla. Para establecer la forma y los términos en que deba ejecutarse el tratamiento en libertad y la semilibertad, la citada Dirección “se ajustará a las disposiciones jurídicas de la materia” (artículo 30), con lo cual nada se agrega ni se aclara. La referida Dirección determinará el trabajo que se desempeñará en favor de la comunidad, así como el lugar en el que éste se realizará, “bajo las condiciones que establezca la resolución judi-

cial” (artículo 31), lo cual es obvio y no resuelve lo que debiera resolver una ley ejecutiva: cómo se ejecutará esa sanción. El reo sujeto a condena condicional debe “cumplir con (*sic*) las condiciones y obligaciones que le fueron impuestas por el Órgano Jurisdiccional” (artículo 32).

A cambio de ese laconismo —que es insuficiencia, y por ende ineficacia— acerca de los sustitutivos penales, el legislador ejecutivo del Distrito Federal echó a volar su imaginación en el régimen de varias instituciones. Una de ellas es el llamado “tratamiento en externación”, que lejos de ser una forma de ejecutar sanciones previstas en el Código Penal constituye una sanción diferente, con perfil propio, que asociada a otras medidas incorporadas en la propia ley ejecutiva puede significar la exclusión, *de facto*, de la privación de libertad prevista en el código sustantivo y en la sentencia de condena.

El artículo 33 define el tratamiento en externación como un “medio de ejecutar la sanción penal, de carácter eminentemente técnico, por el que se somete al sentenciado ejecutoriado a un proceso tendiente al fortalecimiento de los valores sociales, éticos, cívicos y morales, que le permitirá una adecuada reinserción en la sociedad”. A mayor abundamiento, el artículo 35 dispone que esa medida “se diseñará y aplicará por profesionales”, lo cual no es precisamente un gran hallazgo del legislador, y a continuación insiste en que “tendrá como finalidad la readaptación social, en (*sic*) base al trabajo, la capacitación para el mismo, la educación y la responsabilidad social”. Evidentemente, lo que se dice de esta medida se puede decir, sin ahorro de palabras, acerca de cualquier otra sanción penal, especialmente las que entrañan privación de libertad y/o libertad sujeta a condiciones o modalidades.

La ley distingue dos hipótesis para el tratamiento en externación. En un caso, se aplica al sentenciado a no más de cinco años de prisión (artículo 34, fracción I); en otro, al condenado a no más de siete años de privación de libertad (artículo 36, fracción I). Además, la ley exige otras condiciones en cada una de estas hipótesis, cuyo examen no haré en este momento.

El tratamiento en externación, resuelto por la autoridad ejecutora en los supuestos señalados, comprende: salida diaria para trabajar o estudiar, con reclusión nocturna; salida para los mismos efectos, con reclusión el sábado y el domingo; y “tratamiento terapéutico institucional” durante el tiempo en que el sentenciado no labore o estudie (artículo 37). En suma, el legislador ejecutivo ha creado una versión propia de la sanción

de semilibertad: un nuevo sustitutivo, no previsto por el código de la materia. La conexión entre éste y otras medidas ejecutivas desemboca en la supresión, por vía ejecutiva, de la privación de libertad ordenada por vía judicial. Así, la ley de ejecución deviene, en parte, en código penal sustantivo.

El artículo 38 añade más precisiones a la descripción del tratamiento en externación (“tiene como finalidad mantener o poner en libertad bajo control de la Autoridad Ejecutora —con mayúscula en la publicación oficial— al sentenciado que por sus características así lo requiera”). Lo más relevante de ese precepto es que el tratamiento “durará hasta en tanto se tenga derecho a obtener alguno de los beneficios de libertad anticipada que esta ley contempla”. Ahora bien, si se toma en cuenta que esos beneficios son el tratamiento preliberacional, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena (artículo 41), se advertirá que en no pocos casos la condena a prisión se traducirá en semilibertad fuera de los supuestos recogidos en el Código Penal.

En seguida, la ley ejecutiva se ocupa en la libertad anticipada. Previene, en un precepto absolutamente innecesario, que los beneficios amparados bajo ese rótulo “no se otorgarán cuando exista prohibición expresa en el Código Penal para el Distrito Federal u otras leyes” (artículo 42). El primer beneficio de libertad anticipada, según el orden de aparición en la escena de este ordenamiento, es el tratamiento preliberacional. Además de algunas condiciones adecuadas, que se mencionan en las cinco últimas fracciones del artículo 44, este precepto establece como supuesto esencial para el otorgamiento del beneficio, que se “haya compurgado el 50% de la pena privativa de libertad impuesta” (fracción I). El tratamiento preliberacional tiene diversas expresiones, entre ellas la adscripción del sentenciado a una institución abierta con otorgamiento de permisos de salida, diaria o al final de la semana (en este caso, “para convivir (el sentenciado) con su familia”, supuesto que implícitamente excluye del beneficio a quienes carecen de aquélla). Entre los desaciertos de la ley figura la vinculación indispensable —según se desprende del artículo 36, fracción IV— entre la institución abierta y los permisos de salida, a pesar de que una y otros pueden —y deben, en muchos casos— aplicarse en forma separada.

Por otra parte, es impracticable —o difícilmente practicable—, e incluso indeseable, una semilibertad que se prolongue durante varios años. La imprevisión del legislador en este punto tiene consecuencias relevan-

tes en los casos en que se deba llevar a cabo un tratamiento preliberacional de este carácter a lo largo de la mitad de la duración de la pena de prisión fijada por el juzgador, cuando ésta sea de larga o muy larga duración.

Independientemente de celebrar la tendencia a reducir el uso de la prisión, ajustada a sus términos estrictamente indispensables, no deja de llamar la atención que esto se haga, impetuosamente, en un ordenamiento ejecutivo —a pesar de que hubo reformas al Código Penal, contemporáneas de la nueva ley ejecutiva— y que se llegue a deducir de la privación de libertad nada menos que la mitad del tiempo de condena. Puesto que no hay otro límite que las prohibiciones expresas de la ley, aquella deducción pudiera resultar excesiva. En todo caso, no guarda relación alguna con las reformas sustantivas y procesales, que acentúan cada vez más el rigor del sistema penal. En síntesis, una vez más queda de relieve la falta de un criterio político-penal que conduzca el conjunto de la legislación de la materia.

Bajo el mismo concepto de libertad anticipada, la ley regula la libertad preparatoria. A pesar de que el ordenamiento ejecutivo proviene del mismo legislador que dispuso los cambios al Código Penal publicados el 17 de septiembre de 1999, el tema de la libertad preparatoria quedó distribuido en los dos ordenamientos, en vez de concentrarse finalmente en uno solo, tomando en cuenta que se trata de un correctivo de la prisión, aplicable en la etapa ejecutiva.

Así las cosas, algunos requisitos o condiciones de la libertad preparatoria quedaron en el artículo 84 del Código Penal y otros en el 46 de la Ley de Ejecución, que no modifica aquéllos, pero agrega exigencias tales como “haber acreditado niveles de instrucción durante el tiempo de reclusión” (fracción I): la voz “niveles” es particularmente oscura y se olvida que en ocasiones no habrá etapa de reclusión, propiamente, si opera el sistema de tratamiento preliberacional; y “haber participado en el área laboral educativa o cultural” (fracción II): el término “área” carece de sentido preciso en este caso.

Las causas de exclusión de la libertad preparatoria se hallan dispersas, asimismo, en el Código Penal y en la Ley de Ejecución. Hay, desde luego, reiteraciones que un trabajo legislativo más pulcro pudo haber evitado: por ejemplo, el artículo 85 del Código Penal excluye de libertad preparatoria a quienes incurran en segunda reincidencia y a los habituales, y eso mismo hace el artículo 48, fracción I, de la Ley de Ejecución.

La tercera forma de libertad anticipada, esto es, la remisión parcial de la pena privativa de libertad se recoge en el artículo 50 de la ley, que nada aporta —por fortuna— a lo que ya disponía el artículo 16 de su antecedente, la Ley de Normas Mínimas.

En la ley ejecutiva existe un caso de “adecuación y modificación no esencial de la pena de prisión” (artículo 63), que corresponde al supuesto contemplado en el artículo 75 del Código Penal Federal, que se conserva literalmente (con la salvedad de la denominación de la autoridad ejecutora) en el precepto del mismo número del Código Penal para el Distrito Federal. Se ha tratado de un oscuro artículo, siempre inaplicado. Dice que “cuando el reo acredite plenamente que no puede cumplir alguna de las modalidades de la sanción que le fue impuesta por ser incompatible con su edad, sexo, salud o constitución física (la autoridad) podrá modificar aquélla, siempre que la modificación no sea esencial”.

Hubiera sido deseable que el legislador ejecutivo precisara en qué consiste esa incompatibilidad y esa modificación no esencial. No fue así. La Ley de Ejecución, que no se arriesga a resolver este problema, lo agrava en la medida en que su redacción difiere de la adoptada por el Código Penal en un precepto también revisado por la Asamblea en el proceso que condujo a las reformas publicadas el 17 de septiembre, y que por lo tanto tuvo a la vista, en la misma oportunidad, ambas disposiciones. El artículo 63 de la Ley de Ejecución restringe la incompatibilidad a la edad o el estado de salud. Cuando aquélla se presente, la autoridad “podrá modificar la forma de ejecución estableciendo las condiciones y el lugar para tal efecto”. En consecuencia, la oscuridad permanece, agravada por la diferencia en las fórmulas utilizadas por ambos códigos.

El mismo artículo 63 remata en una rara prevención, anunciada en la denominación misma del capítulo al que pertenece. Aquél resuelve que la sanción penal impuesta “podrá adecuarse cuando se esté ante los supuestos previstos en el Código Penal vigente”. No se indica en qué consiste semejante “adecuación”. Habrá que esperar las nuevas reformas al Código Penal para saber en qué casos se adecuará la sanción, así como las reformas a la Ley de Ejecución, para desentrañar el contenido de la novedosa figura denominada adecuación.

La revocación de las medidas que estamos analizando nos coloca ante nuevos problemas generados por la muy deficiente legislación ejecutiva, mal concordada con la tampoco muy afortunada reforma penal sustantiva. Sucede que el artículo 86 del Código Penal —que no fue alterado en

1999, en lo que corresponde al Distrito Federal—, precepto que se refiere a la revocación de la libertad preparatoria (y gobierna también, por el método de reenvío, la revocación de la remisión parcial) contiene fórmulas de más amplio y generoso alcance que las establecidas en el artículo 65 de la Ley de Ejecución, que alude, por cierto, a la revocación del tratamiento en externación y de la libertad anticipada (olvidando, dicho sea de paso, que en un precepto anterior —artículo 50 *in fine*— resolvió el tema de la revocación de la remisión por reenvío al artículo 86 del Código Penal).

Cotejemos ambos preceptos, en lo que ahora interesa e inquieta. La fracción I del artículo 86 del Código Penal— a la que ya me referí en otro lugar de este trabajo— ordena revocar la libertad preparatoria cuando el liberado “incumpla injustificadamente” las condiciones impuestas para otorgarle el beneficio, y añade que la autoridad “podrá, en caso de un primer incumplimiento, amonestar al sentenciado y apercibirlo de revocar el beneficio en caso de un segundo incumplimiento”; finalmente, esa norma dispone una salvedad benévola: “Cuando el liberado infrinja medidas que establezcan presentaciones frecuentes para tratamiento, la revocación sólo procederá al tercer incumplimiento”.

En cambio, el expedito artículo 65, fracción I, de la Ley de Ejecución fija sumariamente el caso de revocación con esta fórmula estrecha: “Cuando (el liberado) ha dejado de cumplir con (*sic*) alguna de las obligaciones que se le fijaron”. ¿Se debe estar a lo que dice esta disposición de la ley ejecutiva, tomando en cuenta que fue expedida después de la fecha en que lo fuera el texto vigente del mencionado artículo 86?

Al lado de tan numerosos y evitables desaciertos, la Ley de Ejecución presenta algunas novedades convenientes en materia procesal ejecutiva. Me refiero al procedimiento para la concesión del tratamiento en externación y la libertad anticipada. En estos casos se fija un procedimiento, con los términos (*rectius*, plazos) respectivos (artículo 57), que de observarse permitirá abatir el rezago y resolver el viejo problema, aquí como en otros extremos, del silencio de la autoridad; y se dispone que la resolución definitiva que a estos respectos dicte la autoridad ejecutora “surtilirá sus efectos desde luego y puede ser impugnante ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal” (artículo 55). Esto último significa un importante avance hacia el control jurisdiccional de los actos de la administración penitenciaria, sin olvidar, desde luego, que éstos, como los de cualquier otra autoridad, con pocas excepciones, se hallan sometidos al régimen del amparo.



## FUNCIÓN DE LA PENA Y LA READAPTACIÓN SOCIAL

Hoy, en la circunstancia de un nuevo esfuerzo penitenciario, se inquiere una vez más acerca de la readaptación social. Vale la pena explorar este asunto, redefinir sus temas y sus problemas, destacar sus posibilidades. Lo vale al examinar el caso de la prisión, porque ésta seguirá siendo, en la más amplia extensión del futuro previsible, una de las sanciones principales del aparato punitivo. Acaso no la más frecuente, porque ya se progresa, crecientemente, en los sustitutos del encarcelamiento y en las nuevas sanciones directas —ya no sólo sustitutos, pues— en libertad. Yo también abrigo la esperanza de que algún día desaparezca la prisión, relevada por medios más benéficos y eficientes para la recuperación social del infractor.

Pero esto es, ahora, apenas una expectativa ilusionada. Falta mucho —si acaso sucede algún día— para llegar a ese otro “cabo de buena esperanza”, doblarlo en la travesía y consumir una nueva era de la punición. Digo consumir, porque la nueva era fue emprendida ya. En México, por lo pronto, lo fue a partir del proyecto de Código Penal para Veracruz, elaborado en 1979 por una comisión reunida en la hospitalidad del Instituto Nacional de Ciencias Penales, otra estupenda novedad de los últimos tiempos, que alguna vez, por supuesto, renacerá.\* Aquel texto devino Código para Veracruz en 1980. Contenía los sustitutos de la privación de libertad.

Finalmente, la reforma penal de 1983 trajo al ordenamiento punitivo esos sustitutos: libertad bajo tratamiento, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad. Esto queda en la cuenta de esa gran reforma, que estableció, de una vez, los nuevos horizontes de la legislación penal sustantiva. La reorientación de la pena figuraría desde entonces —y no podía ser menos— en el ámbito de las más apremiantes preocupaciones. Esto, en el espacio de la ley. La realidad, en cambio, se ha resistido tercamente.

\* Por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de abril de 1996 se “creó” el INACIPE. En realidad se reinstaló.

Cuando me referí a este tema en una mesa redonda en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (6 de octubre de 1993), insistí en la necesidad de abordar ante todo, como punto de referencia para cualquier desarrollo, la función social del sistema penal, que explica su presencia jurídica y política. Este es el telón de fondo, el principio de elaboración e interpretación, que deben considerar el jurista y el aplicador de la ley.

Establecidas las nociones y expresiones de la licitud y la ilicitud, un crucero a partir del cual se desarrolla el orden jurídico, surgen los problemas del control social. Este se resume en el conjunto de medios para contener y orientar la conducta conforme al pacto social, es decir, según el acuerdo básico implícito y sus manifestaciones expresas que fundan la vida en comunidad.

En este punto figuran los medios de lo que pudiéramos denominar la “sociedad moral”, primer frente en el trabajo del control de la conducta, y lo que cabría llamar, dentro de la misma línea de convenciones, la “sociedad jurídica”, segundo frente en ese control. Este ya no se vale solamente de los principios éticos y las hondas convicciones axiológicas —que aparejan, en todo caso, un autocontrol de la conducta—, sino se sirve de las normas, las instancias impositivas, el acervo de las sanciones, que implican, necesariamente, un heterocontrol del comportamiento.

En el amplio elenco de los medios del control se presentan los no punitivos y los punitivos. Aquéllos recogen, sin amenaza inmediata, las políticas sociales: los desiderata de la sociedad y el Estado. Son, por decirlo de algún modo, el sector de la solidaridad activa, las propuestas y realizaciones de la justicia; esperan que florezcan la justicia y el buen vivir a través de la familia, la educación, el trabajo, la cultura. Los segundos, en cambio, se reconocen en los instrumentos de la fuerza directa que tiende a vencer la resistencia y forzar la conducta. El límite de éstos —que en una sociedad primitiva son desenfrenados— radica en el Estado de derecho: aquí y sólo aquí se fundan la calidad y la cantidad de los medios punitivos. Del estatuto que admita ese Estado de derecho (debiera ser, desde luego, un Estado de “Derecho justo”) derivan puntualmente el espacio de libertad de los individuos y el ámbito de funciones del poder formal.

El sistema penal presenta, en sus normas y entre líneas, las preocupaciones y esperanzas de la sociedad y el Estado, sus convicciones humanistas o transpersonalistas, sus compromisos democráticos o autoritarios, su fe o su desconfianza en las potencialidades del ser humano y en la condición preservadora y redentora de la sociedad. Todo esto se manifiesta,

claramente, en los tipos penales, las causas que excluyen la incriminación, el régimen de la participación delictuosa y el orden de las penas y medidas de seguridad, por ejemplo.

El proceso penal (no me refiero al enjuiciamiento, sino al proceso de creación y aplicación del sistema punitivo) va de la mano de los procesos sociales. A la luz de éstos, aquél debe resolver dos capítulos de su competencia: la transgresión y la rectificación. Se trata, en el fondo, de dos selecciones con sentido moral y práctico. La selección de la transgresión se expresa en la tipificación legal de las conductas (y su contrapartida, la destipificación), es decir, en la incriminación (o la desincriminación) del comportamiento. La tipificación es su método característico. La selección de la rectificación, a su vez, se manifiesta en el catálogo de las consecuencias jurídicas de la conducta reprochada. Es el recinto de las penas y las medidas. Su método característico es la penalización (y su contrapartida, la despenalización: por reducción o por supresión de la pena).

Así las cosas, esa selección de la rectificación o penalización ha de resolver una serie de puntos para concretar, finalmente, las penas y las medidas en el triple peldaño legal (establecimiento de las consecuencias jurídicas posibles), jurisdiccional (fijación de la consecuencia debida) y administrativo (ejecución de esa consecuencia, a la luz del objetivo dominante de las sanciones). Se trata de precisar, entonces, la identidad, la intensidad y la finalidad de las sanciones.

La identidad tiene que ver con la naturaleza y la eficacia de las sanciones. Aquí nos hallamos ante dos extremos (y una serie de concreciones intermedias): demolición y recuperación. El modelo de aquel extremo es la sanción capital, que suprime al delincuente; la institución típica del segundo es la medida terapéutica o pedagógica en internamiento o en libertad, que no quiere eliminar, sino recuperar al infractor.

En cuanto a la intensidad de las sanciones, es decir, a su carácter más o menos aflictivo, restrictivo o doloroso, se contraponen los propósitos de sufrimiento, por una parte, y de racionalidad, por la otra. Aquél extrema el dolor inherente a la pena: parece concentrarse más todavía en la forma de ejecución que en la esencia de la medida. Piénsese, por ejemplo, en la pena capital ejecutada en forma cruel y espectacular, ante el pueblo y por los medios que mayor y más prolongado sufrimiento imponen al ejecutado. En el otro extremo se localiza el propósito de racionalidad: la pena moderada, suficiente, “sin exasperación”.

En cuanto a las finalidades de la sanción, es bien sabido que hay, por lo menos, cuatro objetivos posibles y no necesariamente excluyentes entre sí, sino coexistentes. Cambian, a lo largo de la historia —la doble historia de las ideas y de las prácticas penales—, los grados de atención, visibilidad y compromiso con respecto a cada uno de estos propósitos posibles.

El fin jurídico típico de la pena, consustancial a ésta, es la retribución. Bajo la fórmula jurídica estricta hay un enlace lógico necesario entre cierto supuesto y determinada consecuencia. A esto se llama retribución: la correspondencia entre la causa jurídica (el delito) y la consecuencia jurídica (la pena). Existe, asimismo, una finalidad política: intimidar a quienes no han delinquido, exponiendo las consecuencias indeseables del delito, para que se abstengan de cometerlo. Aquí ocurre una paradoja: la sanción “piensa” más en los inocentes que en el culpable, en cuanto aquéllos pudieran ceder a la tentación de infringir la ley. Hay, igualmente, una finalidad acentuadamente moral, a saber: la expiación de la culpa. Se trata de un fin asociado con el pretérito (donde radica la culpa), aunque vea también hacia el porvenir (al que se llega “purificado”). En torno a esta idea han girado concepciones de la pena con raíz religiosa, puesto que aquí el delito se equipara, simbólicamente (o realmente) al pecado, y la pena a la expiación moral del pecador.

Por último mencionemos a la primera —hoy día— de las finalidades asignadas a la pena y a la medida de seguridad, que es tanto como decir al sistema punitivo del Estado: la readaptación social, decididamente asociada al futuro del infractor. En este punto aparecen diversas expresiones, separadas por diferencias de mayor o menor hondura, pero coincidentes en el proyecto recuperador de la sanción: readaptación, rehabilitación social, reinserción, regeneración, repersonalización, etcétera. Este objetivo tiene, ciertamente, un alto valor jurídico (tómese en cuenta que es el propósito “querido” y “escriturado” por el legislador: existe, inclusive, a partir del artículo 18 constitucional, un derecho público subjetivo a la readaptación social). Y también posee valor moral y político: expresa decisiones de la sociedad y el Estado comprometidas con la dignidad del ser humano y la preservación de sus valores fundamentales.

En la Constitución Política, donde se depositan las decisiones políticas fundamentales y otros acuerdos de crecida importancia para marcar las preferencias, el rumbo y los tiempos de la nación, así como los medios de los que ésta se vale para realizar su proyecto, ha existido la “opción”

entre la pena de muerte y la sanción privativa de libertad. Hay aquí, en apariencia, una “duda”, fuente de la contradicción entre una ley suprema de orientación humanista y una norma de esa ley que aún permite la supresión penal de la vida. No deja de llamar la atención que las reformas de 1993 —acertadas unas, desacertadas otras— no hayan tocado la norma sobre pena de muerte, a pesar de la convicción liberal que alentó esas modificaciones constitucionales.\*

Esta alternativa entre muerte y prisión expresa la disyuntiva social —constante en la opinión pública— fundada en la eficacia de la pena para preservar la paz y la seguridad. Tal es el antiguo y persistente problema, que se actualiza en todos los debates sociales, ostensibles o subterráneos, acerca de la punición.

La más evidente formulación sobre esta alternativa se presentó en el artículo 23 de la Constitución de 1857. Ahí se depositó la confianza, todavía, en la pena capital. La prisión —el sistema penitenciario— que relevaría a aquélla quedó como simple esperanza del Constituyente liberal, trabajo para el porvenir. Por ello se encomendó al poder administrativo que estableciera a la brevedad posible el sistema penitenciario, para que entonces —y sólo entonces— se aboliera la pena de muerte. Pero no ocurrió tal cosa, a pesar de que en los años siguientes —particularmente en la etapa porfiriana— se alzaron nuevos reclusorios con los que se creyó satisfecho el propósito de contar con un sistema penitenciario. Sólo en Puebla, bajo la mirada del dictador, la inauguración de la nueva penitenciaría coincidió con la supresión de la pena de muerte.

La Constitución de 1917, en pasos sucesivos, recogió las dos grandes corrientes constitucionales a propósito de los delincuentes y las penas. En primer término, recibió de la tradición constitucional mexicana el signo humanitario: proscripción de malos tratos; cuidado de los reclusos; en suma, reglas para el trato del ser humano prisionero. Estas prevenciones son oriundas de la piedad, la filantropía, pero no acogen aún los “modernos” proyectos recuperadores de la sanción. Tal cosa ocurriría a través de un ideal: la regeneración del delincuente, objetivo del sistema penal; es decir, una nueva generación, una reconstrucción del hombre. Esto ya apunta hacia el tratamiento, no sólo hacia el trato: apareja una función activa del Estado, al paso que las reglas sobre el trato bien pueden quedar

\* Lo mismo se puede decir de las reformas constitucionales realizadas en 1996 y 1999.

como prohibiciones, inhibiciones: no tocar, no maltratar, no humillar. He aquí la orientación finalista, no sólo piadosa, de las sanciones.

En el *iter* renovador del artículo 18 se reforzaría y actualizaría, valga la expresión, el designio recuperador de la pena. En la reforma de 1964-1965 quedó establecido el propósito de “readaptación social”, en vez de la idea constitucional original de “regeneración”. Ésta tiene un acento excesivo; quiere demasiado, y lo que quiere es inquietante, peligroso, a pesar de la nobleza y belleza de su formulación. Readaptar socialmente —como luego indicaré— es menos que regenerar, y con ello basta. Al autorizar la celebración de convenios entre la Federación y los estados para que los sentenciados del fuero común cumplieran sus condenas en establecimientos federales —casi la antigua pretensión del proyecto de Carranza—, esa misma reforma puso en segundo lugar el principio de ejecución territorial de las sanciones —enlazado con la cuestión de la autonomía de los estados—, y colocó en primer término el principio de la readaptación social.

La reforma al artículo 18 de 1976-1977, innovadora en el derecho constitucional de América, avanzó un gran trecho en el designio de readaptación. Aquí se fue mucho más lejos que en 1964-1965: no sólo quedó trascendida, como ocurriera en ésta, la cuestión de territorialidad ejecutiva interna, sino se antepuso la readaptación social a la territorialidad ejecutiva nacional. En efecto, como se sabe, esa modificación constitucional permitió la celebración de convenios internacionales para la ejecución extraterritorial de sentencias; así ha sido posible desdoblarse el *ius puniendi*: queda a un Estado —el de comisión del delito— la tarea punitiva de juzgar y sentenciar, y queda a otro Estado —el de origen o residencia del reo— la tarea punitiva de ejecutar. Sólo así tiene sentido la readaptación social, vinculada con el destino del sujeto, no con el escenario del delito.

Otra novedad relevante de esta última reforma fue el reconocimiento de que la repatriación del condenado es, aunque sólo en parte, un derecho público subjetivo del condenado. Para que la repatriación ocurra es preciso que se unan en el mismo sentido tres voluntades: la del Estado que juzgó, la del Estado que ejecutará y la del individuo sentenciado, que puede oponerse al traslado, aunque no pueda determinar, por sí sola, la repatriación.

Nuestra legislación, pues, destaca el objetivo de la readaptación social como “razón” de la pena. En tal sentido se orientará —dice el artículo 18— el sistema penal que establecerán el gobierno federal y los go-

biernos de los estados, aun cuando es evidente que el legislador pensó la norma sobre todo a propósito de la prisión, no tanto del sistema penal en su conjunto. Es preciso, entonces, caracterizar esa readaptación social que desde hace tiempo se reclama en el mundo entero y particularmente en México.

Considerar el sentido que reviste la función penal de la sociedad y el Estado en una comunidad regida por ideas e ideales humanistas, por convicciones democráticas, que destierran el avasallamiento y se esfuerzan en la libertad, readaptación social, no puede significar cancelación de capacidades y decisiones personales, supresión del albedrío, exterminio de la aptitud de elegir entre la subordinación a la norma o la transgresión jurídica. Semejante supresión convertiría al ser humano en un simple depositario y ejecutor de las decisiones ajenas, sin capacidad para conducir su propia vida. Así, el “lavado de cerebro”, la neurocirugía, el terror, se convertirían en los instrumentos a propósito para alcanzar semejante readaptación, sinónimo de conversión, mutación, a través de una suerte de “cirugía del alma” que convirtiese al infractor, inexorablemente, en un “dócil ciudadano”.

No es eso lo que se quiere. La readaptación, en el sentido en que la entiendo, sólo implica poner al sujeto en condiciones de elegir, con preferencia y suficiencia, el cumplimiento de la norma justa. Apareja dotarlo con los medios cuya falta o estrechez le condujeron al suceso delictivo. Si éste obedeció a la ignorancia o la ineptitud, por ejemplo, se procurará darle la ilustración y brindarle la preparación laboral que le permitan afrontar los requerimientos de la vida común. Así, readaptación no es ejercicio de una tiranía social, sino dotación y liberación. No extingue el arbitrio, sino lo enriquece y ensancha. Sólo de esta manera devendrá el infractor, como se dice, en un “buen ciudadano”.

En fin, no se pretende, so pretexto de readaptación social, modificar la personalidad, alterándola. Sólo se busca colocar al individuo en condiciones de no delinquir; ponerlo en el rumbo de la conducta lícita. Este modo de ver las cosas tiene numerosas consecuencias en el tratamiento del delincuente común, y las tiene, además, en la atención del delincuente político y social. De esto me he ocupado en mi libro *El final de Lecumberri. Reflexiones sobre la prisión* (México, Porrúa, 1979), en el que aludo tanto al tema de los presos políticos como a una experiencia concreta y útil en el tratamiento de reclusos de esta categoría.

Desde luego, queda en claro que no todos los infractores son readaptables. Para que lo sean se requiere de ciertas condiciones mínimas en las que se sustenta esa capacidad de optar por la conducta lícita. Difícilmente se podría hablar de la readaptación del psicópata, salvo que la psiquiatría moderna consiga —con pruebas a la mano— otra cosa.

El proyecto de readaptación del delincuente condiciona, a su vez, la estructura, el perfil y la operación de todos los elementos del sistema penal, principalmente los del régimen penitenciario y sus correctivos y sustitutivos.

Hay lo que pudiéramos denominar “instituciones rectificadoras de la prisión”, esto es, medidas para evitar, aliviar o mejorar aquella. Aquí entra en juego, a veces, la franca sustitución de la cárcel por otras sanciones eficaces y menos lesivas. También puede suceder que se opte por correctivos que no suprimen de plano la sanción privativa de libertad, pero la moderan: exaltan sus posibles ventajas y apresuran la liberación para reducir sus evidentes desventajas. En el caso de los sustitutivos se hallan varios medios introducidos en México desde hace tiempo o recientemente, como la antigua condena condicional —que se amplía— y la libertad bajo tratamiento, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, que también tienden a ensancharse. En el supuesto de los correctivos figuran la preliberación —que es una moderación en el ejercicio mismo de la privación de libertad—, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena.

Todas estas instituciones, nuevas o renovadas, se fundan en un diagnóstico y un pronóstico de readaptación. En todas anima la idea de la recuperación del infractor, por encima —o sin perjuicio— de la retribución, la prevención general o la expiación. No se resumen en la excarcelación mecánica de los presos, con motivo de la sobrepoblación penitenciaria, que es una forma de abandonar la misión de la cárcel en la defensa social y dejar al garete la seguridad pública. Para usar un símil, diré que la excarcelación sin readaptación —cualquiera que sea la fuente de ésta— equivale a dar de alta a los enfermos antes de que estén curados.

También se proyecta la idea de readaptación, obviamente, sobre las instituciones y los instrumentos aplicadores de la prisión. El sistema penitenciario queda sujeto a esa idea: se tratará de un proceso, un continuo, gradual y deliberado, no apenas un ejercicio mecánico de reclusión, ni mucho menos una administración del sufrimiento sólo comprometida con la pretensión de castigo. A la misma idea se subordinarán la integración y



la actuación de los organismos ejecutivos y asesores: tanto el órgano central, rector de la política de readaptación y contralor de las actividades particulares, como el órgano institucional, que ensaya la readaptación en el caso concreto a través de la individualización penal.

El propósito readaptador deberá gobernar la selección, formación, adscripción, actuación y evaluación del personal que “readapta” en las prisiones, en la inteligencia de que “todo” el personal penitenciario se halla vinculado, de alguna manera, con la tarea de readaptación. Para aplicar un castigo, basta al Estado con disponer de verdugos, como ocurrió durante mucho tiempo. Para contener a los delincuentes en las prisiones, basta con carceleros. Pero la readaptación exige de profesionales de este servicio público: los readaptadores sociales, que constituyen, en el interior de las prisiones, un verdadero equipo terapéutico.

La suerte de las prisiones —que ha sido generalmente mala o pésima, hasta ahora, sobre todo por el culpable abandono de la misión penitenciaria, entendida como un servicio público especializado, con alta calidad técnica y ética— depende en la mayor medida de la existencia de una auténtica profesión de readaptadores sociales. No menos que la suerte de la medicina depende de la competencia profesional y la calidad moral de los médicos. Los vicios más profundos del sistema penal ejecutivo no se hallan tanto en la idea misma de la privación de libertad —que debe ser revisada, sin duda—, sino en las aberrantes aplicaciones cotidianas de la prisión. Para el fracaso de ésta no importa que el error se cometa de buena o de mala fe. El resultado es lo que cuenta, como en cualquier otro servicio que brinda el Estado.

También debe dominar la idea de readaptación los proyectos conforme a los cuales se diseñen y construyan las instalaciones penales, que con tanta frecuencia caen en manos de una alegre imaginación. Se debiera distinguir entre los antiguos locales para el castigo o la custodia, que tienen fórmulas propias, y los modernos recintos para la readaptación. Es la distancia que media entre un pozo profundo en el que se deposite al penado, y una institución que eduque al hombre para la libertad.

Finalmente, la readaptación presidirá —lo dispone la propia ley fundamental— los medios que orientan, encauzan, acompañan, la vida en reclusión. Estará presente aquella noción rectora en todas las decisiones, generales y particulares, a propósito del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como señala el artículo 18 de la Constitución, y en las tareas de otro género destinadas al recluso —así, la atención médica,

las relaciones con el mundo libre—, e incluso al liberado —la asistencia posliberacional—. El conjunto de estos instrumentos actúa bajo una idea que los reúne y les confiere sentido y destino, como las reglas de la armonía conducen la ejecución de los variados instrumentos que concurren en una orquesta. Esa idea es la readaptación social.

## EL SISTEMA PENITENCIARIO. SIGLOS XIX Y XX\*

SUMARIO: I. *El tema de la pena.* II. *Sentido de la pena.* III. *La prisión en la primera etapa del México independiente.* IV. *Primera codificación penal.* V. *La prisión en los textos constitucionales.* VI. *La idea del “sistema penitenciario”.* VII. *La cuestión penitenciaria en la Constitución de 1857.* VIII. *Algunos desarrollos en el final del siglo XIX.* IX. *La cuestión penitenciaria en la Constitución de 1917.* X. *Legislación y prisiones en el periodo 1917-1964.* XI. *La primera reforma al artículo 18 constitucional (1964-1965).* XII. *Legislación y prisiones en el periodo 1964-1976.* XIII. *La segunda reforma al artículo 18 constitucional (1976-1977).* XIV. *El penitenciarismo en los años recientes.* XV. *Conclusión.*

### I. EL TEMA DE LA PENA

La sociedad política aparea un proyecto de justicia. Se constituye como un sistema para procurarla y alcanzarla. Por eso los hombres originales contrataron entre sí, antes que verse diezmados por la ley de la selva.<sup>1</sup> Debieron crear una forma, la mejor que pudieron, de preservar su existencia. Luego se acostumbraron a reconocer derechos y obligaciones —siempre recíprocos— y advirtieron la conveniencia, por el imperio de la razón y el consejo del instinto, de instituir una sociedad que les asegurase la supervivencia en condiciones de moralidad y justicia.<sup>2</sup> Esto implica la institución de obligaciones y derechos, y en definitiva la posibilidad y necesidad de

\* En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXII, núm. 95, mayo-agosto de 1999, pp. 357-395.

1 “Se supone que los hombres han llegado —escribió Rousseau en *El contrato social*— al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir, y el género humano perecería si no cambiaba su manera de ser”, 5a. ed., México, Porrúa, 1977, p. 9.

2 Advirtió Rousseau: “La transición del estado natural al estado civil produce en el hombre un cambio muy notable, sustituyendo en su conducta la justicia al instinto y dando a sus acciones la moralidad de que antes carecían”. *Ibidem*, p. 11.

garantizar a cada quien su derecho. Luego haría fortuna la fórmula romana de esta decisión,<sup>3</sup> hasta resolverse en una costumbre que llegaría a nuestros días.

Esa historia se reproduce cada vez que se funda una república. Los nuevos protagonistas republicanos deben ensayar cierto sistema de justicia; un orden propio, tal vez inspirado en el orden antiguo al que se añaden novedosos ingredientes, característicos de los motivos que condujeron al pueblo en la insurgencia: la seguridad, la libertad, la justicia. En fin de cuentas, cada Constitución deviene un proyecto de justicia.<sup>4</sup> Así las cosas, es natural que la nación, conducida por los padres fundadores —ideólogos, estadistas, generales— establezca el catálogo de los delitos, plegado a los bienes que más estima la nueva república, y disponga la relación de las penas, para el caso de que se vulneren o pongan en peligro esos bienes preciados.

Si se observan los derechos fundamentales del individuo, por una parte, y la composición del sistema penal, por la otra, se advertirá desde luego que aquéllos proponen la defensa de la vida y la libertad de los hombres. En su turno, el sistema penal —con todo el aparato que denominamos “justicia penal”— se dirige a preservar los bienes seleccionados en los derechos fundamentales y a resolver por qué, cómo, por quién y hasta dónde pueden ser reducidos o cancelados. Al primer propósito sirven los “tipos penales”, las “figuras delictivas”; y al segundo las consecuencias jurídicas del delito, las sanciones, las penas y medidas. Por ello —y por más que eso— el sistema penal anuncia, con gran eficacia, el carácter autoritario o democrático de una sociedad política.<sup>5</sup>

En consecuencia, una vez resuelto el asunto de las conductas incriminables —resolución necesariamente histórica, contingente, inacabada— es preciso ponderar la reacción del poder político frente a quien incurre en una conducta de ese género. Esa ponderación se desarrolla en dos di-

3 La expresión es de Ulpiano, en el Digesto: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Se suele destacar el dato objetivo del concepto: dar a cada quien lo suyo; reconocer a cada uno su derecho (*ius*); es preciso recuperar y destacar el dato subjetivo: la firme y perseverante voluntad.

4 Expongo esta opinión en “El tema de la justicia en la Constitución”, en Varios autores, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones. Doctrina constitucional*, 3a. ed., México, LII Legislatura, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1985, pp. 201 y ss.

5 En términos de Lardizábal, “nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal”. *Discurso sobre las penas*, México, Porrúa, 1a. ed. facsimilar, 1982, p. III.

recciones. Por una parte, es preciso conocer el sentido, el propósito, la finalidad de la pena; el Estado, ente al servicio de la razón, debe proponerse determinado objetivo cuando sanciona al delincuente, como debe proponérselo cuando cumple cualquiera otra de sus funciones naturales. Pero no basta con ello, obviamente. En seguida es necesario fijar la relación de las penas, determinar sus características, en forma consecuente con el fin que se pretende.<sup>6</sup>

La pena es un gran tema del derecho punitivo, obviamente; pero también lo es de la filosofía,<sup>7</sup> la política, la ética, la pedagogía, la sociología, la psicología, la economía. Todas estas disciplinas se afanan sobre el castigo: una, para definir su naturaleza; otra, para fijar su congruencia con la moral dominante; alguna más, para medir sus efectos; la última, para conocer el costo de la pena en relación con el costo del delito, y sacar de todo ello determinada conclusión aleccionadora.

## II. SENTIDO DE LA PENA

Se ha dicho que la pena tiene un carácter eminentemente retributivo: es un mal que corresponde a otro mal; es la consecuencia exacta de la violación de un supuesto jurídico: no matarás, no robarás, no mentirás; si lo haces, serás sancionado. Esta teoría parece —me parece, por lo menos— inexpugnable. Tiene en su favor la lógica rigurosa. Se sustenta en una fórmula jurídica, la estructura misma de la norma. Posee, además, una ventaja apreciable: de ella se llega naturalmente a la proporcionalidad entre el crimen y el castigo; la calidad y cantidad de retribución deben ser parejas, o al menos semejantes, a la calidad y cantidad de la lesión causada o el peligro corrido. Si se rompe la proporción, la justicia se pervierte.<sup>8</sup> He aquí una teoría jurídica de la pena.

También se asegura que la pena debe influir en los otros hombres, para darles un mensaje y una lección que prevengan nuevos delitos. Tiene, pues, una virtud pedagógica. Se inscribe en la denominada “preven-

6 Sobre estos extremos, me remito a las consideraciones que hago en *El itinerario de la pena*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1997.

7 Cfr. el panorama que suministra Fausto Costa, en *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, trad. de Mariano Ruiz Funes, México, UTEHA, 1953.

8 De ahí la racionalidad del talión establecido en la Biblia (entre otros textos clásicos): “Se pagará ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”. *Éxodo*, XXVI, 24 y 25. Cfr. en el mismo sentido, *Deuteronomio*, XIX, 21.

ción general” de la delincuencia.<sup>9</sup> No hay duda sobre esta pretensión del castigo, aun cuando los estudiosos de la pena no coinciden sobre la verdadera eficacia intimidante de ésta. Asimismo, se observa que bajo el concepto que ahora comento se corre el riesgo de incurrir en injusticia: porque no se sanciona al criminal por lo que ha hecho, sino se le sanciona para que los demás —sus conciudadanos— tomen nota del castigo y no delincan. En fin, el destinatario último de la pena es el pueblo, no el delincuente. De tal suerte, es posible y hasta probable que se extreme el castigo para que sea irresistible —si pudiera serlo— la elección dirigida a quienes lo contemplan.<sup>10</sup> Ésta es, en suma, una teoría política de la pena.

Igualmente se quiere que la pena permita al hombre expiar su culpa. Es una “medicina del alma”:<sup>11</sup> ésta, enferma por el delito cometido, debe curarse con la pena infligida. Tal idea se toma de otras fuentes; así, la religiosa. Cuando hay confusión —e incluso cuando no la hay— entre delito y pecado, o bien, entre delito, enfermedad y pecado, parece natural equiparar la pena a la absolución y la penitencia, o al remedio que administra la ciencia para devolver la salud al paciente. Este es un concepto moral acerca del castigo.

En el progreso de las ideas penales, se atribuye a las sanciones una función de rescate. Por ellas se recupera al penado, se le devuelve a la sociedad de sus semejantes, nuevamente capaz —o competente por primera vez— para convivir con ellos, sin poner en peligro la vida colectiva. Esta idea, que toma elementos de las otras, se ha traducido en muchas palabras; cada una pone su propio acento, su matiz, su intención en el diseño de la pena: rehabilitación, readaptación, regeneración, reinser-

9 Valga una formulación de este principio, en las Partidas: se impone penas a los hombres por dos razones: una, para que reciban escarmiento por sus yerros; “la otra es porque todos los que oyeren, e vieren, tomen exemplo, e apercibimiento, para guardarse que non yerren, por miedo de las penas”. Setena Partida, tit. XXXI, ley I, en *Las Siete Partidas del rey D. Alfonso el Sabio, glossadas por el Sr. D. Gregorio Lopez, del Consejo Real de las Indias*, Valencia, Imprenta de Benito Monfort, 1767, p. 225.

10 Esta noción acerca del objetivo y la eficacia de la pena llevó a convertirla en espectáculo; en los años de la “piedad” penal, cesó la contemplación pública de las sanciones; hoy día reaparece en algunos lugares: así, bajo el título de “Justicia humana”, el periódico *Reforma* del 4 de septiembre de 1997 difunde esta noticia: “Soldados chechenos ejecutan a un joven y su esposa en Grozni, acusados de asesinato. Cientos de personas se reunieron en Plaza Amistad, en el centro de la ciudad, para ser testigos de la primera ejecución pública. Los cadáveres serán expuestos por un tiempo antes de ser enterrados, como parte de una campaña para detener la criminalidad”.

11 Sócrates dice que “el castigo es la medicina del alma”. Platón, “Gorgias o de la Retórica”, *Diálogos*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 284. El derecho canónico previene penas expiatorias y penas “medicinales”. Canon 1312 del Código de Derecho Canónico.

ción, recuperación, etcétera. En rigor, siempre se pretende “rehabilitar”, esto es, “volver hábil” a quien no lo es, con determinado objetivo: que pueda convivir razonablemente en la sociedad de los hombres comunes, los “normales”, los que no delinquen. Así tenemos una teoría integral de la pena; digo esto, porque recoge elementos de las restantes y los aporta a una concepción integradora que no descuida la retribución, el ejemplo, la redención; todo ello se deposita en un proyecto practicable: la “prevención especial”, que corrige y previene.<sup>12</sup> Al referirme a la reforma al artículo 18 constitucional de 1964-1965, que recogió para el derecho mexicano la noción de readaptación social, volveré sobre este asunto.

También se asigna a la pena un propósito defensor de la sociedad. Por mucho tiempo se empleó el concepto, hoy declinante, de “defensa social”; hubo códigos que así se titularon —el antiguo código cubano, y varios mexicanos—, movidos por el positivismo criminológico. En síntesis, la pena debe proteger a la sociedad contra el delito, y por ende, contra el delincuente, o más suavemente: frente a él.<sup>13</sup> Lo primero es la sociedad; sólo después importa el infractor; o bien, en otros términos: interesa rehabilitar al delincuente porque interesa preservar a la sociedad; se trata de que aquél no reincida para que ésta no padezca. En su versión extrema, la idea defensista puede simpatizar con la pena capital, que de plano suprime al “enemigo social”, o traducirse en prisión perpetua, cautiverio de por vida, que deja segura y tranquila a la sociedad, al menos en lo que respecta a quien vivirá y morirá en prisión. Esta es una teoría biológica sobre la pena, si se me permite la expresión: suprime lo que hay que suprimir y cultiva lo que hay que cultivar.

### III. LA PRISIÓN EN LA PRIMERA ETAPA DEL MÉXICO INDEPENDIENTE

La justicia penal suele figurar en el alba de las revoluciones, las insurgencias, las revueltas populares. Si el pueblo es oprimido y si la justicia penal es el instrumento más solicitado para la opresión, es natural que los rebeldes, los insurgentes, los revolucionarios arremetan contra las instituciones y las costumbres penales. En los *cahiers de doléances* que pre-

<sup>12</sup> Cfr. *El itinerario de la pena, cit.*, pp. 38 y 39.

<sup>13</sup> La idea defensista aparece meridiana en un texto de Santo Tomás de Aquino: no es lícito encarcelar a un hombre “a no ser que se haga por orden de la justicia, sea como castigo o para evitar que el reo cometa otros daños”. *Tratado de la justicia*, 2a. ed., trad. de Carlos Ignacio González, México, Porrúa, 1981, p. 180.

cedieron la instalación de los Estados generales en 1789, no sólo se hallaban las reclamaciones tributarias —tema natural de los Estados generales—, sino también la impugnación de las leyes del enjuiciamiento.

En este orden de cosas, la prisión ha tenido un desenvolvimiento y un aspecto ambivalentes: por un lado, fue bienhechora, en tanto sustituyó a la pena de muerte; pero por otro fue malhechora, en cuanto sirvió para recluir y olvidar a los adversarios de un régimen o de un señor, o simplemente para aliviar una molestia o corresponder a un capricho. De ahí que la multitud en armas desemboque en las prisiones y excarcele a los reclusos. Lo hizo la Revolución francesa en un acto emblemático, inaugural: arremetió contra La Bastilla, prisión de Estado, en la que sólo se hallaban unos cuantos reclusos.<sup>14</sup> Los insurgentes americanos —Hidalgo a la cabeza— también liberaron a los presos. Hay un invisible vaso comunicante entre el insurrecto y el castigado: por distintas causas —pero en ocasiones por una sola—, ambos combaten al mismo tirano y han sufrido por la misma ley; en tal virtud, es comprensible que militen en el mismo ejército.

Cuando se inició la independencia en Nueva España, los insurgentes tenían ante sí —y sobre sí— una sociedad estricta, que administraba privilegios y castigos, apoyada en picotas y patibulos. Los novohispanos conocían de sobra los autos de fe; había diversidad de tribunales y proliferación de cárceles. México mismo, el corazón de la Nueva España, que fue calificada como “ciudad de los palacios”, también pudo serlo como ciudad de las prisiones.<sup>15</sup> Tenía la suya el tribunal del Santo Oficio —con la composición descrita por un verso conocido: “Un Santo Cristo/dos candelabros y/ tres majaderos” —; sus cárceles secretas eran espanto de inconformes, licenciosos, blasfemos, herejes, liberales y demás enemigos de la Cruz, asistida por el Espada. Existía la cárcel de La Acordada, henchida, bulliciosa, que en nada envidiaba a las enormes y promiscuas prisiones peninsulares, tema de la picaresca, o a sus equivalentes inglesas, que suscitaron la obra benéfica de John Howard.<sup>16</sup> En los edificios palaciegos, sede de los poderes temporales, había también re-

14 Cfr. *Las prisiones de Estado*, México, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1855, t. I.

15 Sobre esta materia, cfr. Malo Camacho, Gustavo, *Historia de las cárceles en México. Etapa precolonial hasta el México moderno*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979.

16 La revisión que hizo Howard de algunas prisiones de su tiempo quedó recogida en la célebre obra *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of some Foreign Prisons*. Una edición reciente corresponde a Professional Books Limited, Milton Trading Estate, Abingdon, Oxon, 1977.



clusorios.<sup>17</sup> Hallaron asiento en el palacio virreinal de México y en las casas consistoriales.<sup>18</sup>

Los habitantes del virreinato estaban familiarizados con el espectáculo de las penas. Rivera Cambas refiere que:

las ejecuciones de justicia se hacían con un aparato imponente... á las once del día (los criminales) eran sacados de la cárcel con los cómplices sentenciados á presenciar la ejecución; precedíanlos y seguíanlos guardia á pié y á caballo, oficiales de justicia y muchas personas que llevaban faroles con velas encendidas como en las procesiones; los criminales iban montados sobre asnos y revestidos con trajes de lana blanca, llevaban en la cabeza bonetes de la misma tela, todo cubierto con cruces rojas; adherida á la montura se levantaba una barra de fierro á la cual iban atados por el cuello y en las piernas llevaban gruesas cadenas de fierro. Gran número de clérigos ó religiosos de diferentes órdenes los acompañaban recitando plegarias y máximas religiosas, que los reos repetían con voz muy débil según era la situación del espíritu, pues apenas podían sostenerse sobre los animales que los conducían.<sup>19</sup>

Alcanzada la independencia, México no pudo ocuparse de las leyes penales y de la justicia que éstas prevenían. La nueva república estaba demasiado atareada en las luchas internas y en la construcción del edificio político. Toda la pasión de los nuevos ciudadanos se destinó a fraguar leyes constitucionales, sin perjuicio de que éstas tuvieran corta vigencia y aplicación limitada. El gobierno emergente, que quiso heredar el Real Patronato Indiano ejercido por la Corona, indudablemente heredó las prisiones que desocuparon los juzgadores y los adversarios de aquélla; esa sí fue una herencia recibida sin beneficio de inventario; no figuró en ella la prisión del Santo Oficio, expulsada por los vientos liberales que acudieron desde Cádiz. La Acordada, sin embargo, perseveró hasta bien entrado el siglo XIX. En una visita, la marquesa Calderón de la Barca advirtió que “allí se apiñaban en informe mezcolanza centenares de presos, sin

17 Cfr. mi ensayo “Palacios de gobierno: arquitectura del poderío”, en Varios autores, *Palacios de gobierno de México*, México, CVS Ediciones, 1994, t. I, p. 15.

18 José María Marroquí, ilustre descriptor del Palacio Nacional de México, señala: “Era una deformidad que al lado de los Supremos Poderes de la Nación estuviesen los criminales, como en los tiempos feudales encerraban los señores á los reos que ellos mismos juzgaban en los calabozos de sus castillos”. “El Palacio Nacional”, *Escritos literarios*, 2a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 594. Sostengo una opinión diferente en “Palacios de gobierno: arquitectura del poderío”, *op. y loc. cit.*

19 *México pintoresco, artístico y monumental*, México, Ed. del Valle de México, 1974, t. I, p. 249.

que se les tomen en cuenta la naturaleza particular de sus delitos; el saltador de medianoche con el ratero que hurta pañuelos; el famoso bandido con el reo político; el deudor con el monedero falso...”<sup>20</sup>

Las disposiciones comunes de la época virreinal se mantuvieron hasta bien entrado el siglo XIX. Los tratadistas de entonces observan que en el México independiente se aplicaban las disposiciones penales de la Novísima y la Nueva Recopilaciones, las Siete Partidas e incluso el remoto Fuero Juzgo. A medio siglo XIX, Ramón Francisco Valdés pasa revista de las leyes españolas, desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación, y se duele de que “nosotros por desgracia no tenemos aún código alguno, y nos regimos por todas aquellas leyes, con algunas variantes..., mientras llega el día feliz en que se consume esa gran obra”.<sup>21</sup>

Sin embargo, el gobierno de la naciente República no ignoró el posible aprovechamiento de los delincuentes para atenciones apremiantes; en este sentido, acogió la tradición colonial de los presidios. En su mensaje al Congreso, al cierre de las sesiones ordinarias, el 23 de mayo de 1926, el presidente Victoria advirtió que “se ha hecho iniciativa para que los reos que se sentencien a presidio por los Tribunales de los Estados, sean destinados a las fortificaciones y trabajos que exige nuestra defensa para las costas y fronteras”.<sup>22</sup>

#### IV. PRIMERA CODIFICACIÓN PENAL

Hubo numerosas leyes penales especiales, prohijadas por las circunstancias —homicidios, vagancia,<sup>23</sup> asaltos en caminos— o por el interés de incorporar instituciones asociadas con los aires de renovación en Europa o Estados Unidos de América —el Ministerio Público francés y el jurado popular—. Pero debieron pasar muchos años antes de que algunos esta-

20 *La vida en México durante una residencia de dos años en ese país*, 6a. ed., trad. de Felipe Teixidor, México, Porrúa, p. 335.

21 *Diccionario de jurisprudencia criminal mexicana: común; militar y naval; mercantil y canónica; con todas las leyes especiales que rigen en la República en materia de delitos y penas*, México, Tipografía de V. G. Torres, 1850, p. 127.

22 *Los presidentes de México ante la nación*, 2a. ed., México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985, t. I, p. 57.

23 El mismo general Guadalupe Victoria anunció en su discurso de cierre de sesiones del Congreso, el 21 de mayo de 1828, que “la ley que arregla los procedimientos contra vagos, va á mejorar visiblemente la moral pública y á preservarla de los ataques que esa clase de hombres le dan continuamente por sus vicios y ociosidad, y muy pronto espera el Gobierno ver afianzados por esa saludable disposición el crédito y el espíritu del Sistema Republicano”. *Ibidem*, p. 86.

dos expidieran verdaderos códigos penales y de procedimientos penales. Destaca el caso ejemplar de Veracruz, con los códigos del magistrado Fernando Corona, en 1869. En la Federación y en el Distrito Federal se constituyó una comisión redactora del Código Penal; la tarea quedó en suspenso durante la intervención francesa; removido el espurio gobierno de Maximiliano, se volvió a la empresa interrumpida, bajo la dirección de Antonio Martínez de Castro, ministro de Justicia del presidente Juárez. Así se pudo contar finalmente, en 1871, con un ordenamiento sustantivo, de corte clásico, generalmente elogiado por los penalistas.

Cuando Martínez de Castro elaboró la celebrada exposición de motivos del Código Penal, no dejó de referirse a un ordenamiento punitivo que quedaba pendiente: el código penitenciario.<sup>24</sup> La ley procesal debió aguardar todavía: sólo en 1880 apareció el primer Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que sería relevado por otro ordenamiento de este carácter, en 1894. Y el famoso código penitenciario no llegaría en un siglo; hasta 1971 —cien años después del ordenamiento penal juarista— se promulgaría la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, el breve ordenamiento que renovó —o innovó, mejor dicho— el derecho penitenciario mexicano.

## V. LA PRISIÓN EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

Dejaré en este punto la exposición de nuestras normas secundarias, para retomar el hilo de la materia a propósito de las disposiciones constitucionales. La entraña de una Constitución son los derechos humanos; y entre éstos —los de la primera generación, oriundos del *bill of rights* de Virginia, de los documentos equivalentes de las otras excolonias estadounidenses y de la *Déclaration* francesa—, figuran con especial prominencia los derechos asociados a la justicia penal. En la *Déclaration*, esas prerrogativas del hombre quedaron bajo el concepto general de seguridad, al lado de otros derechos naturales e irreductibles: libertad, propiedad y resistencia a la opresión. En el conjunto fueron apareciendo, cada vez más explícitas, las disposiciones sobre cárceles y ejecución de penas. Al fin y

24 Los códigos penal, de procedimientos penales y penitenciario, “que reglamente todo lo concerniente a las prisiones... constituyen verdaderamente la legislación represiva, y son tan íntimamente conexos entre sí, que faltando uno de ellos queda trunco el todo que deben formar”. “Exposición de motivos del Código penal”, *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales*, México, Herrero Hermanos, Sucesores, 1906, p. 46.

al cabo, en éstas culmina la justicia penal cuando emite sentencia de condena; e incluso llega antes a la prisión, por medio de la reclusión preventiva, que sigue siendo el más grave desafío contra el principio liberal recogido en la presunción de inocencia.

En el catálogo constitucional, las normas acerca de los presos y las prisiones han tenido también un importante desarrollo. En la primera etapa se vincularon con la preocupación humanitaria: se debía rescatar y exaltar la dignidad del ser humano, a pesar del cautiverio. En este orden de cosas, el tema es el trato al prisionero —y en general al delincuente—: que no se le torture, maltrate, ofenda, violente sin necesidad que justifique el empleo de la fuerza y el agravamiento de las inclementes condiciones de vida que la prisión —cualquier prisión— aparea. He aquí una inquietud tradicional y un derecho humano de la primera generación.<sup>25</sup> Esa sería la única corriente acogida en las leyes fundamentales de México —o en los proyectos de éstas— desde el principio hasta 1917.

Después llegarían a esas normas las inquietudes finalistas desenvueltas a propósito de la pena. No basta con que se trate bien al preso, hasta donde lo permite la situación anómala y severa que la reclusión entraña. Es necesario volver la mirada hacia el propósito de la privación penal de la libertad, y dejar constancia de ello en la norma constitucional. Es decir: lo que ahora importa sobremanera —sin perjuicio, por supuesto, del trato digno al recluso— es el tratamiento del delincuente. Si se quiere orientar la prisión como centro de readaptación social, es necesario decirlo así en la ley fundamental; con ello se compromete y obliga al Estado y se protege al recluso, armado con un nuevo derecho. Este ya pertenece a la segunda generación de los derechos humanos: los que implican una prestación, una acción, una promoción del Estado —readaptar al penado— y no sólo, como los de primera generación, una abstención del poder público —no lastimar, no maltratar, no exceder con nuevos sufrimientos la escueta condena a prisión que consta en la sentencia—. Esta corriente —sumada a la que antes dejamos vista— se instalaría en la ley suprema de 1917; nuevos pasos adelante se darían, como luego veremos, en 1964 y 1976.

Veamos el curso que sobre esta materia adoptaron las normas y los proyectos de más alto rango, sin olvidar la inquietud redentora que hubo, a cada paso, en sueños, planes y programas que no fueron, propiamente,

25 El interés humanitario tiene una manifestación culminante en el artículo 5o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o innecesarios”.

ordenamientos constitucionales, como la “Constitución imaginaria”, de Fernández de Lizardi, en el principio del siglo XIX,<sup>26</sup> y el Programa del Partido Liberal Mexicano, en el inicio del XX.<sup>27</sup> En aquél constó la idea benévola del Pensador Mexicano, cuyo *Periquillo* llegó a ser un preso experimentado;<sup>28</sup> y en el segundo figuró el ánimo generoso de Ricardo Flores Magón, que a menudo vivió en prisión y desde luego, como parecía escrito, murió en ella.<sup>29</sup> Entre uno y otro mediaba un siglo. Ha transcurrido otro desde Flores Magón hasta nuestro tiempo. En doscientos años no hemos alcanzado la redención carcelaria que soñó el Pensador Mexicano.

Los elementos constitucionales de Rayón, de 1811, proscibieron la tortura, por bárbara (artículo 32).<sup>30</sup> En el artículo 297 de la Constitución de Cádiz, de 1812, se ordenó disponer las cárceles “de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos: así el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneos ni malsanos”. El artículo 298 de ese mismo ordenamiento constitucional, de raíz liberal, se dedicó a un régimen tradicional de supervisión de prisiones; dijo: “La ley determinará la frecuencia con que ha de hacerse la visita de cárceles, y no habrá preso alguno que deje de presentarse a ella bajo ningún pretexto”. En seguida, el artículo 299 estipuló que el juez o el alcaide que no cumpliesen lo dispuesto en los preceptos anteriores “serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal”.

Morelos, en sus “Sentimientos de la Nación”, reiteró la prohibición de la tortura (punto 18). En la vertiente humanitaria del trato a los reclu-

26 Cfr. “Constitución imaginaria”, en Varios autores, *El nacionalismo revolucionario mexicano. Antología*, México, Partido Revolucionario Institucional, 1987.

27 En este documento, del 1 de julio de 1906, se prevenía, entre las reformas constitucionales por hacer: “6. Abolición de la pena de muerte, excepto para los traidores a la patria”; y entre los puntos generales que figuran al final del Plan: “44. Establecer, cuando sea posible, colonias penitenciarias de regeneración, en lugar de las cárceles y penitenciarías en que hoy sufren el castigo los delincuentes”.

28 Fernández de Lizardi describió las duras condiciones que prevalecían en la Cárcel de Corte: “Había en aquel patio un millón de presos. Unos blancos, otros prietos; unos medio vestidos, otros decentes; unos empelotados, otros enredados en sus pichas; pero todos pálidos y pintando su tristeza y su desesperación con los macilentos colores de sus caras”. *El periquillo sarniento*, 17a. ed., México, Porrúa, 1981, p. 158.

29 Al respecto, cfr. Valencia, Tita, *Testimonio carcelario de Ricardo Flores Magón*, México, Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, Serie Testimonios 1, Secretaría de Gobernación, 1977.

30 Las disposiciones han sido tomadas de Tena Ramírez, Felipe, *Leyes constitucionales de México*, 5a. ed., México, Porrúa, 1973.

sos, el artículo 22 de la Constitución de Apatzingán, de 1814, estableció: “Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados”. Por su parte, la fracción V del artículo 133 del proyecto de reformas constitucionales de 1840 atribuyó a las juntas departamentales la obligación de disponer la construcción y mejora de cárceles y presidios. La fracción VIII del artículo 7 del proyecto constitucional mayoritario de 1842 señaló que “los reos no serán molestados con grillos, ni otra especie alguna de apremio sino en cuanto fueren necesarios para asegurar su persona; y sólo podrán ser castigados por faltas nuevamente cometidas. Los trabajos útiles al establecimiento y al individuo, y la incomunicación, no se comprenden en las prohibiciones anteriores”. El proyecto minoritario de ese mismo año resolvió, en la fracción XI del artículo 5o., que:

ni a los detenidos ni a los presos puede sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena. La ley especificará los trabajos útiles a que los jueces pueden sujetar a los formalmente presos para su ocupación, y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y disciplina de las prisiones. En otro lugar, el mismo documento sostenía —anticipándose a la Constitución de 1857— que “para la abolición de la pena de muerte, se establecerá a la mayor brevedad el sistema penitenciario...” (fracción XIII, tercer párrafo). El proyecto unificado de 1842 reprodujo, esencialmente, las prevenciones del minoritario.

Las Bases Orgánicas de 1843 pusieron a cargo de las asambleas departamentales la función de “crear y reglamentar establecimientos de beneficencia, corrección o seguridad” (artículo 134, fracción VIII). El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 1856, en la víspera de la carta de 1857, reiteró disposiciones anteriores y avanzó en materia de clasificación, que luego sería recuperada y desarrollada por la Constitución de 1917; en efecto, el artículo 49 ordenó:

Se arreglarán las prisiones de manera que los detenidos estén separados de los presos y que a ninguno se obligue a la comunicación con los demás presos o detenidos; y ni a unos ni a otros podrá sujetarse a tratamiento alguno que importe una pena. Las leyes fijarán los trabajos útiles a que puede obligarse a los presos y los medios estrictamente necesarios para la seguridad y policía de las prisiones. Adelante, el artículo 55 de ese ordenamiento sostuvo la corriente humanitaria que recibió de otras normas y reiteró el propósito —presente a todo lo largo del siglo XIX— de contar con un sis-

tema penitenciario: ‘Quedan prohibidos los azotes, la marca, la mutilación, la infamia trascendental y la confiscación de bienes. Se establecerá a la mayor brevedad el sistema penitenciario’.

El mismo Estatuto Provisional atribuyó a los gobernadores facultades relacionadas con el tema que ahora nos interesa; así, la fracción XI del artículo 117 les encomendó: “Crear y reglamentar establecimientos de beneficencia, corrección o seguridad”; y la fracción XXX, instituyendo una medida de seguridad informada en el derecho peninsular sobre vagos y gitanos, ordenó a aquellos funcionarios: “Destinar a los vagos, viciosos y sin oficio, por todo el tiempo necesario a su corrección, a los establecimientos destinados a este objeto, o a los obrajes o haciendas de labor que les reciban voluntariamente, quedando al arbitrio del destinado, escoger entre el campo o el obraje”.

Adelante me referiré con algún detalle a las disposiciones de la Constitución de 1857, que orientaron los afanes —y las frustraciones— de los hombres de Estado del siglo XIX en lo que atañe a esta materia. En su hora, el artículo 66 del Estatuto Provisional del supuesto imperio mexicano pretendió: “Las cárceles se organizarán de modo que sólo sirvan para asegurar a los reos, sin exacerbar innecesariamente los padecimientos de la prisión”.

## VI. LA IDEA DEL “SISTEMA PENITENCIARIO”

Como se ve, el constitucionalismo mexicano, tan accidentado, no careció de previsiones sobre privación penal de la libertad, otro sector azaroso de los trabajos públicos. Es verdad que en la República convulsa jamás desmayaron las aspiraciones humanitarias de los espíritus más avanzados; la necesidad de aliviar la suerte de los presos, como lo propone la dignidad humana, siguió a nuestros legisladores en el curso de aquella centuria de formación nacional. Los estudiosos estaban al tanto del desarrollo que este asunto tenía en Europa y sobre todo en Estados Unidos de América, país que se presentaba como modelo del penitenciarismo humanitario, aunque difícilmente sostendríamos, hoy día, que la prisión celular haya sido un ejemplo de trato benévolo o siquiera racional. Sin embargo, acaso lo era o lo parecía para los pueblos que apenas abandonaban la tradición represora de la monarquía absoluta o el desorden y la promi-

cuidad de las viejas prisiones en que se hacinaban individuos de toda naturaleza, sanos y enfermos, adultos y menores, delincuentes y deudores.

Vale la pena recordar que en el primer tercio del siglo XIX los franceses Beaumont y Tocqueville habían viajado a Estados Unidos, como otros observadores europeos, para apreciar de cerca los éxitos del penitenciarismo estadounidense.<sup>31</sup> Tocqueville dejaría mejor constancia de su genio en el análisis de la democracia en América. En fin, el paso diligente del penitenciarismo estadounidense resonaría en México; aquí, los estudiosos y los estadistas conocían las tareas carcelarias de aquel país y ponían sus esperanzas en la creación de un sistema penitenciario mexicano inspirado en los modelos del penitenciarismo celular y progresivo que se instalaron en Estados Unidos. Hubo una vez en que el gobierno mexicano encomendó su representación a especialistas estadounidenses para que recabasen las experiencias carcelarias en boga e informaran a nuestro país acerca de las doctrinas y prácticas correccionales.<sup>32</sup>

En rigor, la institución del sistema penitenciario no se concibió inicialmente como una gran tarea nacional, que hallara expresiones en toda la República. Más cautelosos, los hombres de la primera mitad del siglo XIX pretendían solamente la edificación de alguna gran prisión ejemplar, en la que se recogiese un verdadero sistema penitenciario, como los de Filadelfia o Auburn.

Al respecto, fueron verdaderamente notables los esfuerzos del ilustre Mariano Otero. Este joven patriota, formado en las luces de muchas disciplinas —fue jurista insigne, creador, con Rejón, del juicio de amparo; escribió páginas penetrantes sobre la situación social y política del pueblo mexicano; incursionó en la economía— asumió con vigor la propuesta de erigir una penitenciaría.<sup>33</sup> Para ello denunció el estado de las prisiones en México:

31 Sin embargo, Tocqueville confesó que “el sistema penitenciario era un pretexto: lo he tomado como un pasaporte que debía permitirme penetrar a todos los lugares de los Estados Unidos”. Jardín, André, *Alexis de Tocqueville. 1805-1859*, trad. de Rosa María Burchfield y Nicole Sancholle-Henraux, México, FCE, 1988, p. 79.

32 Cfr. Wines, E. C., *Informe que acerca de los sistemas penitenciarios rinde ante el Supremo Gobierno de la República Mexicana el Dr. M. E. C. Wines, como su comisionado oficial que fue en el Congreso Penitenciario Internacional de Londres*. Versión castellana hecha bajo la dirección de Enrique de Olavarría y Ferrari. Imprenta del Gobierno, en Palacio, México, 1873.

33 Cfr. Otero, “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, “Mejora del pueblo” y “Carta sobre penitenciarías”, *Obras*, 2a. ed., México, Porrúa, 1967, t. II.



Uno de los espectáculos que más frecuentemente hieren nuestra vista —escribió—, es el de esos desgraciados a los que la ley ha condenado como criminales. Sea que los contemplemos sumidos en nuestras lóbregas y hediondas cárceles, respirando un aire mortífero, sujetos a los más bárbaros padecimientos, y consumiendo su vida en la ociosidad y abyección más vergonzosas, o bien que los miremos cuando expuestos a la vergüenza pública y cargados de cadenas salen a emplearse en los más asquerosos trabajos y a adquirir el funestísimo hábito de la impudencia, siempre su estado lamentable debe excitar las más profundas conmociones y dar lugar a investigaciones de una naturaleza grave y severa.<sup>34</sup>

Otero ensayó normas, sugirió medios de financiamiento, promovió concursos, autorizó planos. Propuso adoptar el régimen de Filadelfia. A su empeño se debió que Guadalajara erigiera la primera penitenciaría del país, establecida en 1840.<sup>35</sup> El trabajo voluntarioso de Mariano Otero constituye un dato indispensable para entender el “estado de ánimo” que en esta materia presidiría los trabajos del Constituyente liberal. La misma idea gravitaba sobre los gobiernos de entonces; así se mira en el discurso del presidente José Joaquín Herrera, el 1 de enero de 1851, al abrirse las sesiones extraordinarias del Congreso:

La reforma de las cárceles ocupó al Gobierno desde los primeros días de su instalación; aunque obra muy larga el establecimiento de Penitenciarías, cuando no se podía disponer para él de fondos considerables, se ha avanzado lo posible, existiendo ya una casa de corrección para jóvenes delincuentes, y estando en vía de ejecución los trabajos para ir planteando los demás establecimientos que previene la ley.<sup>36</sup>

## VII. LA CUESTIÓN PENITENCIARIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1857

El Congreso Constituyente de 1856-1857 se propondría los asuntos más delicados en la relación entre el hombre y el poder político, y un poco menos los relativos a la relación entre los individuos; ésta sería recuperada, profundizada, renovada por el Congreso de 1916-1917. En todo caso, el tema de las penas corresponde a la primera categoría, por las ra-

34 “Mejora del pueblo”, *Obras, cit.*, p. 685.

35 Cfr. González Navarro, Moisés, “El porfiriato, La vida social”, en Cosío Villegas, Daniel, *Historia moderna de México*, 2a. ed., México, Ed. Hermes, 1970, p. 446.

36 *Los presidentes de México ante la nación, cit.*, p. 358.

zonas que ya vimos. Hay que advertir, además, que el ilustre Constituyente liberal, compuesto por algunos de los mejores hombres de la República, no sólo tenía en mente las doctrinas filosóficas con más hondo compromiso humanista, que sugerían racionalidad y benevolencia, sino tenía a la vista —aguda y dominante— la difícil situación de un país atravesado por guerras civiles, mal administrado y difícilmente gobernado, en cuyos campos y en cuyas calles abundaban los delincuentes, y este otro panorama sugería rigor y cautela. No parecía posible, pues, que aquellos espíritus selectos cedieran completamente a sus convicciones, sin hacer de paso alguna concesión —pero muy grande— a las exigencias de una sociedad atribulada.<sup>37</sup>

El Congreso se dividió entre quienes admitían —sin entusiasmo alguno— la dura necesidad de mantener la pena de muerte, porque no había buenas alternativas penales, y quienes urgían a suprimirla sin tardanza. El problema de la pena capital no ha cesado de agitarse en el mundo entero; México no fue —ni es— excepción a esta regla. Contra la corriente favorable a la conservación de la pena de muerte, el diputado Prieto preguntó —refiere Zarco— “qué motivo tenía la comisión para hacer recaer sobre los reos el descuido del gobierno en la mejora de las cárceles”. En la misma línea, Ramírez, el Nigromante, impugnó la idea que “podemos matar mientras no haya buenas cárceles”. Y Prieto, una vez más, censuró la decisión de gobierno implícita en la pena de muerte: “No te doy trabajo ni educación, pero te doy cadenas; no te puedo dar moralidad; pero te doy horca. Muere y paga mi indolencia y mi abandono”.<sup>38</sup>

Finalmente, el Congreso adoptó, por mayoría, un texto que tiene antecedentes, como ya señalé, en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana: “Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el sistema penitenciario” (artículo 23, primera parte). Ciertamente no hubo plazo para ese establecimiento, aun cuando Vallarta había propuesto en el Constituyente que se fijara en un lustro.<sup>39</sup>

37 Análisis de la consideración de este asunto por el Congreso Constituyente de 1856-1857 en mi libro *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, Coordinación de Humanidades, 1967, pp. 45 y ss.

38 Cit. Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857*, México, Talleres de “La Ciencia Jurídica”, 1899, t. III, pp. 456 y ss.

39 Cfr. *ibidem*, p. 465. El propio Zarco solicitó al Congreso, sin éxito, que se fijara un plazo para establecer el sistema penitenciario.

En los siguientes años proseguiría el debate sobre este asunto. Vallarta, que como legislador y tratadista fue adverso a esta sanción, debió sostener su legalidad como ministro de la Suprema Corte de Justicia: “en este tribunal no soy el filósofo que discute teorías, ni siquiera el legislador que examina hasta dónde las costumbres y necesidades del pueblo para el que legisla, puedan aceptar las teorías de la ciencia...”. En suma, debía aplicar la ley, precisamente en sus términos.

La pena de muerte se sustentó en dos órdenes de argumentos: la necesidad irresistible, que admitieron los constituyentes, a falta de sistema penitenciario confiable; y las condiciones de la sociedad mexicana. Este último alegato se muestra claramente en una expresión de Macedo:

la penalidad debe relacionarse con las condiciones de cada pueblo, y siendo una de las características del nuestro la insensibilidad y el poco respeto y apego a la vida no parece prudente acoger las teorías que sostienen la conveniencia de mitigar las penas, sino que se impone la necesidad de hacerlas más y más severas, hasta que lleguen a producir su efecto intimidante.<sup>40</sup> En la opinión pública probablemente prevalecía la posición favorable a la pena capital, con o sin penitenciarías; no se aceptaban con facilidad las propuestas “sensibleras” y “utópicas” de los abolicionistas, que siempre los hubo.<sup>41</sup>

Con respecto a la fórmula de 1857 se preguntaron los intérpretes a qué gobierno correspondería establecer el sistema penitenciario: el federal o los estatales. Vallarta consideró que esto era de la incumbencia local, aunque también advirtió con gran razón que la existencia de penitenciarías no es ya existencia de un sistema penitenciario. “Bien puede estar concluida la fábrica material de una penitenciaría —señaló—; pero si no existen las leyes, nadie puede sostener que sólo con mantener a los presos guardados en ese edificio, hayan quedado cumplidas las condiciones del legislador constituyente sobre este punto”.<sup>42</sup> José María Lozano sostuvo que:

una vez construida en un Estado su penitenciaría, y puesto en vigor en ella el régimen penitenciario, están llenadas las condiciones de nuestro artículo

40 “La criminalidad en México”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, t. XIII, 1897, pp. 181 y 182.

41 Cfr. González Navarro, “El porfiriato, La vida social”, en Cosío Villegas, *Historia moderna de México*, cit., pp. 448 y ss.

42 *Votos*, México, Imprenta y Litografía de Ireneo Paz, 1896, t. I, p. 52 y t. III, p. 46.

23; y mediante la declaración de estos hechos por el gobierno de la unión, debe quedar abolida en el Estado respectivo la pena de muerte para todo género de delitos.<sup>43</sup>

### VIII. ALGUNOS DESARROLLOS EN EL FINAL DEL SIGLO XIX

La disposición adoptada por el Constituyente en 1857 subsistió hasta 1901. La reforma constitucional del 14 de mayo de ese año suprimió la primera frase del precepto, que en lo sucesivo sólo diría: “Queda abolida la pena de muerte para los delitos políticos...”. De esta suerte se afianzó en la ley fundamental la posición favorable a la pena de muerte —o en todo caso la admisión desganada—, aunque su recepción se hiciera discretamente; por cierto, esa fórmula perdura en el artículo 22 de la carta de 1917.

Bajo las ideas que gobernaron la carta de 1857 se trabajó en la última mitad del siglo XIX y los primeros años del XX. Dominó, sin concretarse plenamente, la ilusión de constituir el famoso sistema penitenciario, *conditio sine qua non* para la abolición de la pena de muerte. En eso estaba comprometido el dictador Díaz cuando anunció a la nación, en 1877, que pronto se establecería el sistema penitenciario.<sup>44</sup> Varios estados pusieron manos a la obra. Desde antes se contaba, como mencioné, con la penitenciaría de Guadalajara; años más tarde se agregaron otras grandes prisiones: Salamanca, Mérida, Saltillo, Chihuahua, San Luis Potosí.<sup>45</sup> No deja de llamar la atención que en un Informe del presidente Díaz ante el Congreso, el 16 de septiembre de 1878, se haya ocupado en manifestar que México participaría en el Congreso Penitenciario de Estocolmo por conducto de su representante diplomático en Alemania.<sup>46</sup> Entre los proyectos más notables de esa etapa figura el de Antonio y Carlos Medina y Ormaechea.<sup>47</sup>

43 *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio, de Dublín y Compañía, 1876, pp. 203-205.

44 Cfr. González Navarro, “El porfiriato, La vida social”, en Cosío Villegas, *Historia moderna de México*, cit., p. 449.

45 Cfr. *ibidem*, pp. 446 y 447.

46 Señaló: “Creo conveniente dar conocimiento al Congreso de que, invitado el Gobierno por el de Suecia y Noruega, á hacerse representar en el Congreso Penitenciario, que debe haberse instalado en Estocolmo el 20 de Agosto último, se confirió esta misión á nuestro Ministro en Alemania, quien debe estarla desempeñando en la actualidad”. *Los presidentes de México ante la nación*, 21a. ed., México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985, pp. 38 y 39.

47 *Proyecto para el establecimiento del régimen penitenciario en la República Mexicana*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1881.

Un caso notable se vio en Puebla. El 2 de abril de 1891 —aniversario de la batalla de Puebla ganada por el general Díaz para la República— se inauguró la penitenciaría de aquella ciudad, con asistencia del dictador. En esa misma fecha se promulgó el decreto que abolía la pena de muerte en Puebla. Se había cumplido el compromiso contraído, casi cuarenta años antes, bajo el artículo 23 de la Constitución federal.

Otra poderosa prisión de aquel tiempo, en la que pusieron esperanzas los penalistas y penitenciaristas del porfiriato, fue la penitenciaría de Lecumberri, que llegó a relevar —en lo correspondiente a reos sentenciados— al reclusorio de Belén. Este subsistiría hasta 1933 como cárcel para procesados. Lecumberri se inauguró el 1 de septiembre de 1900. Fue día de discursos y festejos.<sup>48</sup> El gobernador del Distrito Federal, Rafael Rebollar, dijo que ese reclusorio se sujeta “al sistema penitenciario, reconocido como mejor por la mayor parte de los sabios en todos los congresos internacionales; al sistema conocido en Irlanda y ensayado con éxito por el capitán Croffton...”<sup>49</sup> Entusiasta, Miguel Macedo advirtió que el penal de Lecumberri “marcará una etapa en la historia de las instituciones penales de nuestro país: aquí por vez primera va a implantarse un régimen completo, orientado hacia la corrección moral y que abarque todas las fases de la vida del hombre a quien la justicia ha declarado delincuente...”<sup>50</sup>

Por supuesto, una cosa fueron los discursos —y las obras materiales— del porfiriato, y otra las realidades del sistema represivo en ese tiempo. No sólo se fueron poblando los grandes reclusorios construidos bajo la consigna de modernizar el régimen penitenciario, sino se utilizó profusamente el instrumental paralelo, sin miramientos técnicos; me refiero a San Juan de Ulúa, la llamada “cárcel particular” de don Porfirio, así como la transporación a Valle Nacional y Quintana Roo, e incluso el traslado a la colonia penal de Islas Marías, cuya adquisición anunció al Congreso el presidente

48 Sobre la circunstancia de la penitenciaría y su inauguración, *cfr.* Díaz y de Ovando, Clementina, “La ciudad de México en el amanecer del siglo XX (inauguración de la Penitenciaría)”, en Varios autores, *Lecumberri: un palacio lleno de historia*, México, Archivo General de la Nación, 1994, pp. 11 y ss.

49 “Alocución pronunciada en la ceremonia inaugural por el señor gobernador del Distrito Federal, Lic. D. Rafael Rebollar, al hacer entrega de la Penitenciaría de México al Ejecutivo de la Unión”, *Boletín del Archivo General de la Nación*, México, tercera serie, t. V, núm. 4 (18), octubre-diciembre de 1981, y t. VI, núm. 1 (18), enero-marzo de 1982, p. 16.

50 “Discurso pronunciado en la ceremonia inaugural de la Penitenciaría de México, por el Presidente del Consejo de Dirección del mismo establecimiento, Lic. D. Miguel Macedo”, *Boletín del Archivo General de la Nación, rev. cit.*, p. 11.

Porfirio Díaz.<sup>51</sup> Por cierto, la idea de enviar a los sentenciados a las islas mexicanas había atraído a los analistas del problema desde muchos años antes. En el Constituyente de 1856-1857, lo sugirió Mata.<sup>52</sup>

## IX. LA CUESTIÓN PENITENCIARIA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

En 1916, año de cita del Congreso Constituyente revolucionario, la situación de las cárceles era ruinosas. Muchos de los diputados reunidos en Querétaro habían padecido prisión y maltrato. Por ende, clamaban contra la represión de la dictadura y solicitaban la destrucción de los viejos penales y la adopción de un nuevo sistema carcelario. En su mensaje al Congreso, Venustiano Carranza planteó un ambicioso proyecto centralizador. Así, el segundo párrafo del propuesto artículo 18 decía: “Toda pena de más de tres años de prisión se hará efectiva en colonias penales o presidios que dependerán directamente del gobierno federal y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los Estados a la Federación los gastos que correspondan por el número de reos que tuvieran en dichos establecimientos”.<sup>53</sup>

La idea de Carranza sublevó al Congreso; tocaba algunos puntos delicados: la soberanía de los estados y la mala experiencia acerca de las colonias penales. No bastó la defensa del proyecto que hicieron algunas voces autorizadas, como Macías y Terrones. La comisión reprobó el proyecto y ensayó un nuevo texto, que tampoco prosperaría. En el debate, para impugnar la sugerencia del Primer Jefe, se escuchó a Medina, Jara,

51 En la apertura de las sesiones ordinarias, el 16 de septiembre de 1905: “Con objeto de establecer una colonia penal, á fin de disminuir el número de presos en los establecimientos del ramo en el Distrito Federal, y de que sirva de complemento al sistema represivo de nuestra legislación, se adquirieron por compra las Islas Marías, en el Océano Pacífico, y el Gobierno tomó ya posesión de ellas”. *Los presidentes de México ante la nación, cit.*, t. II, p. 690. En el mensaje del 16 de septiembre de 1908, en la apertura de sesiones ordinarias del Congreso, Díaz recordó que se había establecido (por decreto del 20 de junio de 1908) la pena de relegación; con este apoyo legal, “ha salido de México la primera remesa de reos, condenados a la nueva pena de relegación...”. *Ibidem*, p. 779. Se espera que con esta medida disminuya la delincuencia, “no sólo por su eficacia en el aspecto punitivo, sino porque los delincuentes, durante la extinción de su condena, pueden contraer hábitos de moralidad y de trabajo y, cuando menos, adquieren una manera lícita de subvenir á las necesidades de la vida”. *Ibidem*, p. 780.

52 Mencionó la esperanza de que pronto quedase suprimida la pena capital, “si se activa la construcción de penitenciarías, si los criminales se emplean en el servicio de las minas y se les envía a alguna de nuestras islas”. Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente de 1856 y 1857, cit.*, t. III, p. 271.

53 Estudió el proceso que condujo a la formulación del precepto constitucional, en *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores, cit.*, pp. 50 y ss.

Colunga, Mújica, De la Barrera, Calderón, Truchuelo, Rodríguez.<sup>54</sup> Al cabo, el 3 de enero de 1917 fue aprobado el texto que regiría durante cerca de medio siglo, hasta 1965: “Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal —colonias, penitenciarías o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración”.

Como se ve, esa fórmula procuraba reservar a cada plano o nivel del Estado la autonomía que le corresponde, proyectada hacia la ejecución penal, como existía en los dos espacios previos de esta misma materia: el derecho sustantivo y el régimen procesal. Se habló de “respectivos territorios”, expresión que es por lo menos opinable en lo que concierne a la Federación. La idea del trabajo redentor es antigua en la experiencia penal y penitenciaria. Por otra parte, el precepto adoptaba un concepto difícil, controvertible, que va mucho más lejos de donde puede llegar, verdaderamente, la acción recuperadora del Estado: “regeneración” es demasiado. Esta idea moral, apreciable por muchos motivos, no parecía la más afortunada para dirigir los trabajos penitenciarios de la República.

## X. LEGISLACIÓN Y PRISIONES EN EL PERIODO 1917-1964

En el tiempo transcurrido entre 1917 y 1964, año en que se iniciaría la reforma del artículo 18, el país expidió una nueva legislación penal y construyó buen número de reclusorios, aunque no se podría decir que instituyó el sistema penitenciario soñado antes de entonces y anhelado todavía hoy. Las Islas Marías sirvieron generalmente como penal de desahogo;<sup>55</sup> pasaría mucho tiempo hasta que una consideración más prudente y afortunada reservase las Islas para reclusos seleccionados al “derecho”, no al “revés”.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Cfr. *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, México, 1922, t. I, pp. 646-667, y t. II, pp. 36-55.

<sup>55</sup> El gobierno de Calles entendió que la colonia de Islas Marías debería convertirse en “prisión de todos los reos federales diseminados en las cárceles de la República”. Castañeda, Carmen, *Prevención y readaptación social en México*, México, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, p. 24.

<sup>56</sup> Es decir, que se aprovecharan las condiciones de las Islas para la unión del recluso con su familia en adecuadas viviendas unifamiliares, dentro de una circunstancia social que permitiese el éxito de esta experiencia: escuela, servicios públicos, trabajo, recreación, etcétera. Para ello resultaba preferible el poblamiento de la isla con reclusos voluntarios, bien seleccionados, sujetos a condenas relativamente breves (pero no mínimas, por supuesto), sanos, sin problemas de personalidad que pusieran en predicamento la vida comunitaria.

En aquel lapso entraron en vigor dos ordenamientos penales para la Federación y el Distrito Federal: los códigos de 1929, debido en buena medida a José Almaraz, y 1931; éste influyó a fondo en la revisión de las leyes penales de las entidades federativas, que al cabo de algunos años prácticamente habían adoptado los principios y hasta los detalles del código de 1931.

Un destacado penalista, Juan José González Bustamante, sostuvo que el efímero código de 1929 fue el primer intento firme para la organización científica de la ejecución de sentencias penales;<sup>57</sup> creó el Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, antecesor del Departamento de Prevención Social<sup>58</sup> y de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación. Además, ese código —insuficientemente ponderado por los estudiosos, que suelen cargar la mano en la presentación de sus defectos, no así en la exposición de sus virtudes— tuvo el mérito indisputable de suprimir la pena de muerte.<sup>59</sup>

En su turno, el código de 1931 acogió el sistema de clasificación o belga, señaló Raúl Carrancá y Trujillo.<sup>60</sup> Sin embargo, el país careció por mucho tiempo de ordenamientos suficientes, específicos, sobre ejecución de penas en general, y particularmente acerca de la ejecución de la pena privativa de libertad, que ya entonces era —y seguiría siendo— la sanción “clave” del sistema penal mexicano. Hubo, es cierto, algunos avances nominales; así, la Ley de Ejecución de Sanciones para el Estado de Veracruz, de 1947, y las Bases para el régimen penitenciario y para la

57 Cfr. *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1949, p. 320.

58 En el periodo presidencial de Ortiz Rubio se transformó en Departamento de Prevención Social el Consejo Supremo creado por la legislación de 1929; sin embargo, ese gobierno tuvo la sensatez de ratificar la designación de los magistrados que integraron el Consejo: licenciados Crisóforo Ibáñez, Luis Ramírez de Alba y José Almaraz, y doctores Manuel Gamio y Matilde Rodríguez Cabo. Cfr. Castañeda García, *Prevención y readaptación social en México*, cit., p. 34.

59 En el Informe ante el Congreso de la Unión, el 1 de septiembre de 1929, el presidente Emilio Portes Gil dio cuenta sobre los lineamientos de la nueva legislación penal. Entre otros puntos, señaló: “VIII. De la legislación penal expedida se ha desterrado la pena de muerte; el Gobierno estima que esta medida que se adopta en el nuevo Código, se deriva de aquella tendencia de humanización en las penas y en los procedimientos; además, en el deseo de darle mayor valor y respeto a la vida humana, el Estado se siente obligado a dar el primer ejemplo, consagrando una protección decidida a ésta, aun en presencia de elementos de difícil readaptación y no obstante la obligación impuesta por la defensa social, convencido de que los resultados de esta actitud nos pueden conducir a un perfeccionamiento moral respecto de la apreciación de aquel valor, sin peligro de que surja un recrudescimiento en la criminalidad”. *Los presidentes de México ante la nación*, 2a. ed., México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985, t. III, p. 936.

60 Cfr. *Derecho penal mexicano. Parte general*, 4a. ed., México, Antigua Librería Robredo, 1955, t. II, p. 213.



ejecución de las sanciones privativas o restrictivas de la libertad, de 1948, del estado de Sonora.

En el terreno de los hechos, seguía siendo deplorable, en términos generales, el estado de los reclusorios. Los de la capital no eran ejemplo de orden y buen trato. El penal de Belén reproducía las malas condiciones que la mayoría de los reclusorios habían arrastrado desde el siglo XIX. Refiriéndose a este viejo reclusorio, un cronista manifiesta:

ese edificio de leyenda, que clama ya por su jubilación, como la sociedad clama también por que se arranque del centro de la capital ese tumefacto que constituye una vergüenza para México. Ojalá que en esas tierras, que han sido regadas con lágrimas y con sangre, se levante en breve una cárcel que responda a nuestra condición de país culto, de país civilizado, y que sepulte para siempre el estigma de dolor, de venganza y de sangre, que guardan los viejos muros que aún quedan en pie.<sup>61</sup>

En 1933, los reclusos de Belén fueron trasladados a Lecumberri, que de esta forma quedó convertido en penal para procesados y sentenciados. En ese tiempo, el Plan Sexenal del Partido Nacional Revolucionario, que habría de conducir la acción de gobierno de Lázaro Cárdenas, abordó el asunto de las prisiones:

El PNR —se dijo— considera el trabajo como el medio más adecuado para la regeneración de los delincuentes y aprecia la necesidad de estudiar las condiciones que deben llenar los establecimientos correccionales y presidios, a fin de que se logre obtener la regeneración de los individuos confinados en ellos.<sup>62</sup>

Un autor señala que a ese periodo corresponde el establecimiento de la visita íntima en la penitenciaría del Distrito Federal,<sup>63</sup> celebrada por muchos y combatida por algunos; sin embargo, esa visita se había instituido tiempo atrás.<sup>64</sup> En ese periodo asumió la dirección de Lecumberri el

61 Mellado, Guillermo, “Belén por dentro y por fuera”, México, cuadernos *Criminalia*, Ed. Botas, 1959, p. 21.

62 Cit. Castañeda, *Prevención y readaptación social en México*, cit., p. 45.

63 Es el dato que figura en *ibidem*, p. 56.

64 Fue establecida por acuerdo entre el Departamento de Prevención Social de la Secretaría de Gobernación y el gobierno del Distrito Federal, del 8 de septiembre de 1924. En diciembre de 1929, el sistema figuró en un reglamento, cuya exposición de motivos señalaba: “En la práctica se ha observado que el procedimiento contribuye a la moralidad y disciplina de los reclusos, sobre todo los de larga sentencia para los cuales el más severo castigo es el verse privado de su visita conyugal”. En

jurista Carlos Franco Sodi, que dejó una crónica memorable de su paso por tan difícil cargo.<sup>65</sup> En la etapa de Ávila Camacho, los problemas penitenciarios persistieron. Carmen Castañeda hace un duro resumen de la situación prevaleciente en los estados del país:

Los edificios eran inadecuados. Muchas prisiones estaban instaladas en viejos conventos. Casi ninguna tenía talleres, ni escuelas, ni enfermerías. La mayoría se encontraban con sobrepoblación. Era rara la que tenía reglamento interior y más aún la que observaba algún sistema de clasificación.<sup>66</sup>

El presidente Ruiz Cortines observó, en su primer Informe de gobierno, correspondiente al 1 de septiembre de 1953, que “es manifiesta la carencia de establecimientos penales en todo el país”; por ello el gobierno federal se propuso el desarrollo agrícola e industrial de las Islas Marías; “con este sistema, que puede ser utilizado por los Gobiernos locales que lo deseen, se confía en obtener una máxima y auténtica reincorporación social de los delincuentes, y reducir al mínimo el costo de su sostenimiento, al desarrollarse el programa de producción”.<sup>67</sup> En esa etapa se construyeron dos instituciones relevantes en el Distrito Federal: el Centro Femenil de Rehabilitación Social —popularmente conocido como “Cárcel de Mujeres”—, que comenzó a funcionar en 1954; y la penitenciaría para varones, ocupada desde 1958.

## XI. LA PRIMERA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL (1964-1965)

En 1964, el presidente Adolfo López Mateos —que creó el Patronato para Reos Libertados—<sup>68</sup> planteó la primera reforma al artículo 18 consti-

1933, este régimen abarcó a procesados y sentenciados. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de 1931, encomendó al citado Departamento de Prevención Social “reglamentar las relaciones sexuales de los delincuentes” (artículo 674).

65 Son muy interesantes las apreciaciones de Franco Sodi en dos obras suyas: *El problema de las prisiones en la República*, México, cuadernos *Criminalia*, Ed. Botas, 1941; y *Don Juan delincuente y otros ensayos*, México, Ed. Botas, 1951, libro en el que figura un artículo impresionante, bajo el título de “Por qué fracasé en la Penitenciaría”.

66 *Prevención y readaptación social en México*, cit., p. 69.

67 *Los presidentes de México ante la nación*, 2a. ed., México, LII Legislatura de la Cámara de Diputados, 1985, t. IV, pp. 775 y 776.

68 Hubo un inoperante reglamento del Patronato para Reos Libertados, de 1934; en la etapa presidencial de López Mateos se expidió el de 1963, bajo cuyo amparo funcionó el patronato al que me refiero.

tucional. No obstante los trabajos aislados que se realizaban en diversas entidades, era evidente que aún no se instituía un sistema penitenciario. Los estados carecían de los recursos para ello; la Federación contaba con mayores medios, pero no poseía las atribuciones necesarias para constituir un amplio régimen federal en esta materia, más allá de los reclusorios de la ciudad de México —que distaban de ser un modelo— y de la colonia de Islas Marías.

Por ende, el Ejecutivo recogió las inquietudes que cincuenta años antes movieron a Carranza para intentar la centralización parcial del sistema penitenciario. Esas inquietudes conservaban vigencia. Empero, López Mateos no intentó la asunción inmediata y directa del manejo carcelario nacional por parte de las autoridades federales. Sugirió una figura tranquilizadora, que ha prevalecido en el desarrollo de las relaciones entre la autoridad federal y la autoridad local: el convenio. La época moderna del federalismo mexicano se halla vinculada a ese concepto, tan elástico y pragmático; el pacto no implica pérdida de la autonomía, sino ejercicio de ella; así se sostiene tanto para los efectos de la actuación interna en un país federal, como para los fines de la relación externa en la comunidad de las naciones.

La iniciativa presidencial propuso agregar al artículo 18 un tercer párrafo, como sigue: “Los gobernadores de los estados, con la previa autorización de sus legislaturas, podrán celebrar convenios con el Ejecutivo federal para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos penales de la Federación”.<sup>69</sup> El autor de la iniciativa acreditó el equilibrio de su propuesta, anticipándose a las objeciones que naturalmente podría suscitar. Observó, por una parte, que los estados “conservan el derecho de resolver la situación jurídica de los delincuentes locales con base en las disposiciones legales de la respectiva entidad federativa”; y señaló, por la otra, que la iniciativa permitiría la reforma penitenciaria, con el mejor aprovechamiento de recursos técnicos y económicos: así será posible

el funcionamiento de grandes penales en los que de manera eficaz se oriente el trabajo de los reclusos, atendiendo a su oficio o vocación socialmente útil, y de cuyo beneficio podrá disfrutar el delincuente cuya peculiar condi-

69 Examino esta reforma en *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, cit., pp. 53 y ss.

ción exija un tratamiento especial, independientemente del lugar en que hubiese cometido el delito y de la autoridad a la cual estuviera sujeto.<sup>70</sup>

Las comisiones dictaminadoras modificaron la propuesta, incrementándola y sin alterar su esencia en lo que respecta al sistema de convenios. Aportaron la idea de “readaptación social”, en vez de regeneración. Asimismo señalaron, con acierto, la doble vertiente de la garantía que recogería el precepto al referirse a la ejecución penal extraterritorial con sustento en los convenios: “Mientras la territorialidad es una garantía implícita y no expresa y tutelar de un bien jurídico individual de valor temporal, la regeneración (debieron decir: readaptación) es una garantía explícita que tutela, además de un bien individual, un interés público y ambos de valor permanente”.<sup>71</sup>

En el proceso de la reforma se produjo un voto particular de diputados de la oposición, que solicitaron tomar en cuenta diversas situaciones específicas no contempladas en la iniciativa ni en el dictamen; entre ellas, el régimen aplicable a las mujeres y a los menores. Uno y otro ingresaron a la Constitución, pero con expresiones diferentes de las propuestas en el voto particular. Es relevante la diferencia en lo que respecta a los menores: sobre ellos, el voto de los diputados de Acción Nacional iba en el rumbo de la legislación penal; el parecer de los miembros de las comisiones, que prevaleció, sostuvo los principios del sistema tutelar.

El texto aprobado por el Constituyente Permanente se halla en vigor; hoy el artículo 18 cuenta con un nuevo párrafo final, cuyas características analizaré adelante. Aquél no habla ya de sistema penal en los “territorios” de la Federación y de los estados, sino en las respectivas jurisdicciones. Sustituye —como dije— el concepto de regeneración por el de readaptación social; esto es, transita de una noción esencialmente moral a otra sustancialmente jurídica. Entre los factores de la readaptación social mantiene el trabajo, y agrega: la capacitación para el mismo y la educación; todo ello viaja en una sola dirección: habilidad para la vida en liber-

70 *Iniciativa de adición al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enviada por el C. Presidente de la República, México, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, 1964.*

71 (Primer) *Dictamen de las Comisiones unidas, Primera de Puntos Constitucionales, Segunda de Gobernación y Primera de Justicia, relativo a la iniciativa del Ejecutivo Federal para adicionar el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y voto particular de los CC: Diputados, Lic. Guillermo Ruíz Vázquez, Lic. Felipe Gómez Mont y Lic. Adolfo Christlieb Ibarrola, México, Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, 1964, p. 5.*

tad. Ordena la separación entre varones y mujeres. Autoriza la celebración de convenios —núcleo de la propuesta de López Mateos—, que podrán suscribir los gobernadores en los términos que dispongan las leyes locales aplicables.

No es este el lugar para desenvolver con detalle los conceptos contenidos en la norma constitucional. Este artículo tiene un carácter panorámico y sintético. Sin embargo, es necesario recordar el alcance de la readaptación, a menudo confundida con proyectos o actuaciones que la desbordan o desnaturalizan. Readaptación —reitero—<sup>72</sup> no es conversión, transformación, adoctrinamiento; si lo fuere, el “lavado de cerebro” sería su instrumento más eficaz. Readaptación sólo es prisión de medios para elegir entre la conducta debida y el comportamiento ilícito; se trata de poner en manos del sujeto —un sujeto informado y competente, en los términos que caracterizan al promedio de sus conciudadanos— la capacidad para resolver sobre su vida; no se suprime el albedrío —tan relativo, por lo demás—, sino se provee a la persona con los elementos para ejercerlo responsablemente: curación, educación, formación laboral, etcétera. Sólo eso: nada más, pero nada menos.

Obviamente, la readaptación no se concreta en la buena conducta del reo en el establecimiento carcelario; mucho menos en la adhesión del sujeto a la vida en cautiverio, que implica una “prisonalización” del individuo, por completo ajena al concepto y al proyecto de readaptación social. Semejante adhesión a la cárcel —ampliamente documentada en la literatura general y penitenciaria, así como en las noticias cotidianas—<sup>73</sup> constituye una desadaptación radical a la vida libre.

## XII. LEGISLACIÓN Y PRISIONES EN EL PERIODO 1964-1976

En el intervalo entre las reformas constitucionales iniciadas, respectivamente, en 1964 y 1976, hubo algunos acontecimientos notables en el ámbito penitenciario del país, campo de problemas arraigados. Un estudio

<sup>72</sup> Cfr. García Ramírez, *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, México, Secretaría de Gobernación-CVS Publicaciones, 1996, pp. 58-61; e *Itinerario de la pena*. Seminario de Cultura Mexicana, México, 1997, pp. 37-40.

<sup>73</sup> Bajo el título de “Un preso alemán rehusa ser liberado”, el periódico *Excelsior* del 20 de octubre de 1995 suministra la siguiente noticia: “Bruchsal (AFP). Un preso de la cárcel de esta ciudad alemana se opuso violentamente a que lo liberen y amenazó con cometer más delitos en cuanto estuviera en la calle, dijo hoy la policía. El reo peleó con los guardianes que lo llevaban a rastras a la puerta del penal y, una vez fuera, se puso a saltar furiosamente sobre el toldo de un automóvil”.

sobre trece reclusorios, en esa época, arrojó inquietantes resultados: “los edificios de las cárceles no eran apropiados y estaban superpoblados; en un mismo edificio, aunque separados, se alojaba a procesados, sentenciados, hombres, mujeres y menores de edad; no existían talleres o eran insuficientes para dar trabajo a todos los reos”; corrupción en los penales y dirección inadecuada.<sup>74</sup>

Alrededor del primer año mencionado se habían erigido nuevas prisiones importantes, como la penitenciaría de Morelia. En 1966 se construyó —y funcionó desde 1967— la más relevante institución penal con que ha contado el país, a juicio de propios y extraños: el Centro Penitenciario del Estado de México,<sup>75</sup> reclusorio de la jurisdicción local.

La experiencia penitenciaria en el Estado de México se sustentó, inicialmente, en la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, de 1966.<sup>76</sup> Este ordenamiento sería reformado en 1969 para alzar novedades —que desde luego tienen antecedentes nacionales y extranjeros— de suma relevancia, a saber: la remisión parcial de la pena privativa de libertad y el régimen preliberacional, que comprende, entre otras medidas, los permisos de salida y la institución abierta.<sup>77</sup>

Con apoyo en los desarrollos penitenciarios alcanzados en el Estado de México (que permitieron advertir lo que siempre debió resultar evidente: las ventajas de asociar teoría y práctica en el desenvolvimiento de instituciones específicas, que sólo de esta forma pueden ser exitosas), en 1971 se expidió la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Este breve ordenamiento —sólo 18 artículos principales y 5 transitorios— impulsó la formación de la rama jurídica ausente en el sistema penal mexicano: el derecho penitenciario.<sup>78</sup> A este

74 Cfr. Castañeda, *Prevención y readaptación social en México*, cit., p. 93.

75 El notable criminólogo venezolano Elio Gómez Grillo escribió: “Si alguna vez un periodista me preguntase cuál de las cárceles que he conocido en el mundo entero me ha producido mejor impresión, yo le respondería sin vacilar: Toluca, señor”. *Diario de criminología*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1977, p. 236.

76 Cfr. González Bustamante, Juan José et al., *La Ley de Ejecución de Penas del Estado de México*, Toluca, gobierno del Estado de México, 1969.

77 Una interesante revisión colectiva sobre diversos aspectos destacados de este reclusorio innovador se puede ver en Varios autores, *El Centro Penitenciario del Estado de México*, Toluca, gobierno del Estado de México, 1969.

78 Cfr. el examen de este ordenamiento en mi libro *Legislación penitenciaria y correccional comentada*, México, Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1978, pp. 21, 27, 81 y ss. En su informe al Congreso de la Unión, el 1 de septiembre de 1973, el presidente Echeverría manifestó: “Prosigue el programa de perfeccionamiento de los sistemas penitenciarios del país, con apoyo en la Ley que estableció las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados”. *Los presidentes de México*

fecundo texto siguieron numerosas leyes en las entidades federativas; en algún caso se dispuso la internación al derecho mexicano de los principios proclamados por la Organización de las Naciones Unidas en materia de ejecución de sanciones.<sup>79</sup> Como antes dije, la Ley de Normas Mínimas —así se le denomina generalmente— fijó el propósito de crear un sistema penitenciario realmente nacional; pieza maestra de esta pretensión es la Dirección General (de Servicios Coordinados, originalmente) de Prevención y Readaptación Social, dependencia de la Secretaría de Gobernación.

Sobre este último punto conviene subrayar que la ejecución de penas en México ha quedado a cargo de autoridades administrativas; en el ámbito federal, la autoridad ejecutora es la Secretaría de Gobernación por medio de las unidades a las que me he referido, instituidas, reguladas y modificadas por la legislación de 1929, 1931 y 1971; en los planos locales son bien conocidas las direcciones o departamentos de prevención y readaptación social, organizados a la manera de la autoridad federal. No se ha introducido aquí, pues, la intervención judicial en la ejecución de sanciones —ampliamente aceptada en otros países—,<sup>80</sup> más allá de alguna injerencia ocasional que no implica conducción del tratamiento.<sup>81</sup> Empero, en los últimos años han surgido algunas propuestas para adoptar la figura del juez de vigilancia o ejecución, bajo diversas modalidades.

El ímpetu que en aquellos años tuvo la reforma penal, procesal y penitenciaria, más el desenvolvimiento de los estudios criminológicos en México —de los que fue figura central el recordado profesor Alfonso Quiroz Cuarón—<sup>82</sup> se tradujo en abundantes novedades; así, entre 1971 y

ante la nación, *cit.*, t. V, p. 282. En el informe del 1 de septiembre de 1974, señaló: “Son ya 16 los Estados que han incorporado en su legislación los principios de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados”. *Ibidem*, t. V, p. 318.

<sup>79</sup> Al respecto, *cf.* mi comentario en “Examen de la Ley de Ejecución de Penas del Estado de Jalisco”, *Manual de prisiones*, 3a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 462.

<sup>80</sup> Sobre este punto, al que concurren las corrientes administrativista y jurisdiccionalista o procesalista en la ejecución de sanciones, *cf.* García Ramírez, *La prisión*, México, FCE, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, pp. 36 y ss.

<sup>81</sup> Me refiero, *verbi gratia*, a la reaparición del juez penal en el incidente para la concesión de la condena condicional o la sustitución de la pena privativa de libertad, una vez que se ha dictado sentencia condenatoria y el reo se encuentra en la fase ejecutiva (artículos 74 y 90, fracción X, del Código Penal).

<sup>82</sup> Una reseña acerca de este eminente criminólogo, figura destacada en la reforma penitenciaria, puede verse en mis artículos “Quiroz Cuarón, la gran ausencia” y “Testimonio sobre Alfonso Quiroz Cuarón”, *Manual de prisiones, cit.*, pp. 719 y ss.

1976 aparecieron los reclusorios de Sonora, el “reclusorio tipo” —proyectado en la Secretaría de Gobernación—,<sup>83</sup> que sirvió de orientación o modelo a las prisiones de Saltillo, La Paz, Campeche, Colima, León, Querétaro y Villahermosa;<sup>84</sup> los Reclusorios Preventivos Norte y Oriente<sup>85</sup> en la ciudad de México, que alojaron a los procesados del Distrito Federal y permitieron la clausura de Lecumberri,<sup>86</sup> en cuyo local, debidamente acondicionado, habría de alojarse el Archivo General de la Nación;<sup>87</sup> las viviendas familiares y los nuevos planteles de trabajo en las Islas Marías; el Centro Médico de los Reclusorios del Distrito Federal —primera institución del conjunto de instituciones de la capital, inaugurada el 11 de mayo de 1976—; el Centro de Observación del entonces Consejo Tutelar para Menores Infractores;<sup>88</sup> tres congresos nacionales penitenciarios (cuarto, en Morelia, quinto, en Hermosillo, y sexto, en Monterrey); las Jornadas Regionales de Estudios Penitenciarios; la Escuela para Personal Penitenciario de la ciudad de México —creada bajo la dirección del esclarecido maestro Javier Piña y Palacios, quien fuera director de la Penitenciaría del

83 Cfr. Sánchez Torres, David *et al.*, *Reclusorio tipo. Planeación, diseño, realizaciones*, México, Secretaría de Gobernación, 1976.

84 En el informe del presidente de la República al Congreso de la Unión, del 1 de septiembre de 1976, se mencionó: “El Ejecutivo a mi cargo ha puesto en marcha un plan nacional de construcción y mejoramiento de penales para asegurar que cuenten con instalaciones acordes a una filosofía de dignificación humana. Celebramos convenios con 17 Estados de la República para canalizar recursos federales a estos fines. Al término de la presente administración se habrán edificado o adecuado 23 Centros de Readaptación Social correspondientes a 14 Estados”. *Los presidentes de México ante la nación*, *cit.*, t. V, p. 427.

85 Cuyos primeros directores fueron los licenciados Antonio Sánchez Galindo y Fernando García Cordero. El autor de este artículo era presidente de la Comisión de Reclusorios del Distrito Federal (tras haber sido director-fundador del Centro Penitenciario del Estado de México y último director de la Cárcel Preventiva de Lecumberri). Eran funcionarios directivos de la aquella Comisión el doctor Gustavo Malo Camacho y el licenciado Mario Crosswell Arenas.

86 En el mismo informe citado *sub* nota 84, el Ejecutivo refirió: “En la ciudad de México se ha puesto fin a la oscura tradición que desde la época de la dictadura representó el viejo penal de Lecumberri. Con su clausura hemos puesto fin a una larga secuela de injusticias y vejaciones a la dignidad humana... Los internos de la Cárcel Preventiva fueron trasladados a los nuevos reclusorios Norte y Oriente de la ciudad de México, que cuentan con las instalaciones más avanzadas para rehabilitarlos a través de la educación y el trabajo”.

87 Cfr. Medellín Sánchez, Jorge L., “La transformación del Palacio de Lecumberri: de Penitenciaría en Archivo General de la Nación”, en Varios autores, *Lecumberri: un palacio lleno de historia*, *cit.*, pp. 97 y ss.

88 Hoy Consejo Tutelar para Menores Infractores, conforme a la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia federal, promulgada el 19 de diciembre de 1991 (*Diario Oficial* del 24 de diciembre). Se trata de un cuestionable ordenamiento de orientación penal, no tutelar, cuyas características analizo en *Proceso penal y derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 287 y ss.



Distrito Federal—, y el Instituto Nacional de Ciencias Penales, inaugura- do el 25 de julio de 1976.<sup>89</sup>

### XIII. LA SEGUNDA REFORMA AL ARTÍCULO 18 CONSTITUCIONAL (1976-1977)

En 1976, el presidente Luis Echeverría inició la segunda reforma al artículo 18 constitucional. Se tuvo en cuenta el movimiento que comenza- ba en Europa —no así en América— para permitir el traslado de senten- ciados entre el país que pronunció la condena y el país del que era oriun- do el reo, a efecto de que la ejecución de la sentencia se cumpliera en éste.

En esta misma línea, la iniciativa presidencial del 4 de septiembre de 1976, consecuente con el *desideratum* de readaptación social que ya figu- raba en el artículo 18, señaló:

Conviene considerar que si la reincorporación social del sentenciado radica en la observancia de los valores medios de una sociedad determinada, no se podría readaptar a un individuo en establecimientos carcelarios ubicados en país extranjero, cuyas costumbres e instituciones sociales difieren aprecia- blemente de las imperantes en sus países de origen.<sup>90</sup> Por ello, el proyecto consultaba facultar al Ejecutivo para celebrar tratados de carácter general para la ejecución de sentencias en otros países.

Se trataba, en esencia, de una “repatriación” de reos. Una vigorosa idea moral, vinculada con la readaptación del sujeto, presidía este proyec- to y señoreaba el texto aprobado por el Constituyente Permanente. No se

89 Este Instituto, patrocinado en su origen por la Secretaría de Gobernación y años más tarde sectorizado bajo la Procuraduría General de la República, fue establecido por decreto presidencial del 21 de junio de 1976 (*Diario Oficial de la Federación del 22 de junio*). En el informe al Congreso, del 1 de septiembre de 1976, el presidente de la República señaló que “para el cumplimiento cabal de la reforma penitenciaria es indispensable contar con recursos humanos debidamente capacitados. A ello obedeció la creación del Instituto Nacional de Ciencias Penales que inició sus labores este año”. *Los presidentes de México ante la nación, cit.*, t. V, p. 427. El Instituto fue suprimido por una deplorable decisión burocrática, que privó al país de ese organismo bienhechor e hizo perder tiempo precioso en el desenvolvimiento de las disciplinas penales, el 17 de agosto de 1993 (*Diario Oficial de la Federación del 18 de agosto*). Reapareció por decreto del 9 de abril de 1996 (*Diario Oficial de la Federación del 11 de abril*), que se denomina, inexactamente, “Decreto por el que se crea el Instituto...”, cuando en realidad es un “Decreto por el que se restablece el Instituto...”.

90 *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1994, t. III, p. 785.

trata, obviamente, de sistemas de canje o intercambio de presos. Por otra parte, el concepto de ejecución extraterritorial de sentencias, jurídicamente correcto, no muestra el alcance pleno de la nueva norma. De ahí que resulte preferible hablar de “repatriación”.

La propuesta fue bien recibida en la Cámara de Diputados. El dictamen de las comisiones, del 25 de octubre de aquel año, recogió la idea que justificaba esta importante salvedad al principio de ejecución territorial de las condenas, hasta entonces sólo matizado en el interior de la república —por los convenios sustentados en la reforma de 1964—, y destacó:

Consistiendo la readaptación en la reincorporación a la vida social, en armonía con los intereses, circunstancias y valores colectivos de una sociedad determinada, que es aquella en la que el sentenciado va a convivir permanentemente, resulta por demás improbable que se obtenga en establecimientos de países extranjeros o que pueda lograrse su incorporación a una sociedad cuyas formas de convivencia (difieren), en ocasiones profundamente, de las del país del que es originario.<sup>91</sup>

Sólo los diputados del Partido Popular Socialista se pronunciaron en contra de la iniciativa y el dictamen: México no podría verificar el efectivo cumplimiento de las condenas más allá de sus fronteras —sostuvo el legislador Ildefonso Reyes Soto—; además, siempre cabría la posibilidad de que los extranjeros condenados regresaran al país para continuar sus actividades delictivas.<sup>92</sup>

Esta reforma al artículo 18 fue innovadora en el derecho estadounidense sobre ejecución de condenas. Permitió resolver constantes problemas en los reclusorios del país, cuya mala situación tradicional se agravaba por la presencia de reclusos extranjeros.<sup>93</sup> El primer tratado sobre esta materia se suscribió con Estados Unidos de América,<sup>94</sup> país del que eran nacionales la mayoría de los reos extranjeros en prisiones mexicanas; a partir de entonces, México ha celebrado convenios semejantes con numerosos países.<sup>95</sup>

91 *Ibidem*, p. 786.

92 *Ibidem*, pp. 788 y 789.

93 Cfr. mi reseña de este asunto en el capítulo “Extranjeros”, *El final de Lecumberri (Reflexiones sobre la prisión)*, México, Porrúa, 1979, pp. 159 y ss.

94 Suscrito el 25 de noviembre de 1976 y aprobado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1977. El texto del tratado se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de diciembre de 1977.

95 En la bibliografía nacional, puede consultarse González Vidaurri, Alicia, y Sánchez Sando-DR © 2000.

#### XIV. EL PENITENCIARISMO EN LOS AÑOS RECIENTES<sup>96</sup>

En la siguiente etapa hubo más desarrollos penitenciarios. Así, se formó la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal —en sustitución de la Comisión Técnica de los Reclusorios, que a su vez había relevado a la correspondiente Comisión Administrativa—, se expidió el primer reglamento moderno para esas instituciones, se erigió el Reclusorio Preventivo Sur de la ciudad de México y entró en servicio la nueva penitenciaría de Guadalajara, sustituta del antiguo penal de Oblatos.<sup>97</sup>

El progreso de las instituciones penales y penitenciarias en el Estado de México informó otros avances que incidieron sobre el régimen de las penas y su ejecución; primero, en el proyecto del Código Penal para Veracruz, del Instituto Nacional de Ciencias Penales (1979), y en el Código Penal de la misma entidad (1980); luego, y sobre todo, en las reformas de 1983 al Código Penal Federal y del Distrito Federal, que son las más importantes que se hayan incorporado a ese ordenamiento en todo el tiempo transcurrido entre 1931 y 1997, que a su turno influyeron en la revisión de las leyes penales del país y en la adopción de sustitutivos de la prisión, como el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad.<sup>98</sup> De esta forma se inició, con vigor y profundidad, el nuevo capítulo de las sanciones en el sistema mexicano: sustitución de la privación de libertad por medidas restrictivas o no privativas de la libertad.<sup>99</sup>

val, Augusto, *Traslado nacional e internacional de sentenciados*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985.

96 En la actualidad la materia penitenciaria federal está contenida en la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, de 1971, con sus reformas de años posteriores. La relativa al Distrito Federal figura en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial* el 17 de septiembre de 1999 y en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 del mismo mes. En consecuencia, para conocer el ordenamiento de la capital de la República es preciso tomar en cuenta dicha ley ejecutiva y ya no la Ley de Normas Mínimas, cuya vigencia local cesó al entrar en vigor aquella.

97 Cfr. García Ramírez, “(Capítulo) XII. La readaptación social en los últimos años (1976-1979)”, en Castañeda, *Prevención y readaptación social en México*, cit., pp. 119, 124 y 125.

98 Sobre estos asuntos hay amplia bibliografía. Para una revisión panorámica, me remito a lo que digo en mis artículos “Breve consideración sobre las sanciones en el Código Penal de Veracruz”, *Justicia penal*, México, Porrúa, 1998, pp. 163 y ss.; y “La reforma penal sustantiva”, *Justicia y reformas legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, pp. 275 y ss.

99 Cfr. mi revisión del tema en “Desarrollo de los sustitutivos de la prisión”, en Varios autores, *Las penas sustitutivas de prisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 31 y ss.

En años recientes se han construido más prisiones, como respuesta a un incremento notable de la criminalidad y al envejecimiento de los reclusorios existentes, muchos de ellos asentados en antiguas e inadecuadas construcciones. Destacan los Centros Federales de Readaptación Social (CEFESOS). Éstos constituyen las primeras instituciones de seguridad máxima con que cuenta el país, independientemente de los viejos reclusorios-fortaleza y de las secciones de seguridad máxima en las prisiones comunes. Atienden a la existencia de reos que difícilmente podrían quedar alojados en los reclusorios ordinarios.

Los penales de alta seguridad han suscitado una polémica que no cesa.<sup>100</sup> En el juicio que sobre ellos se produzca entran en colisión diversas consideraciones; por una parte, la persistente tesis de la readaptación social, acogida por la propia Constitución, así como la necesidad de respetar con escrúpulo las normas de trato digno a los individuos privados de la libertad; y por otra, la lucha contra una delincuencia poderosa y agresiva, en la que a menudo figuran sujetos con graves perturbaciones de personalidad.

Últimamente se ha intensificado el interés por asegurar el respeto a los derechos humanos en los reclusorios, que son un escenario propicio a la decadencia o el franco desconocimiento de estas prerrogativas fundamentales. De ello dan cuenta sendas atribuciones de vigilancia a cargo del Ministerio Público, Federal y local, establecidas en las correspondientes leyes orgánicas, así como las funciones que en este sector cumplen —por conducto de una visitaduría *ad hoc*, en muchos casos— la Comisión Nacional de Derechos Humanos y los organismos equivalentes en las entidades federativas, inclusive el Distrito Federal.<sup>101</sup>

100 Sobre estos reclusorios, *cfr.* Torres Sasia, Armando, *El programa de los nuevos Centros Federales de Reclusión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1991; y Tavira, Juan Pablo de, *¿Por qué Almoloya? Análisis de un proyecto penitenciario*, México, Diana, 1995. Tómese en cuenta la opinión del juez italiano Giovanni Falcone, notable luchador contra la delincuencia organizada, tarea en la que perdió la vida: “introducir principios retóricos y teóricos de reinserción social contradictorios con la realidad que se vive en la prisión es absolutamente contraproducente... El problema está en que estos principios tienen que ser aplicados en el caso concreto y con respecto a la realidad social... En consecuencia, todo debe ser evaluado, aunque reconozco que es extremadamente más difícil, de una manera casuística”. *La lucha contra el crimen organizado. La experiencia de Giovanni Falcone*, 2a. ed., México, Procuraduría General de la República, 1995, p. 86.

101 *Cfr.* al respecto, Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Sistema penitenciario y derechos humanos. Balance de labores realizadas por la CNDH (1990-1996)*, México, 1996. El folleto se inicia con esta referencia: “La frecuencia y gravedad de las quejas recibidas en materia penitenciaria durante los primeros meses de labores de la CNDH, dieron lugar al establecimiento del Programa sobre el Sistema Penitenciario, que posteriormente originó la creación de una Visitaduría General —la

En los años que corren, el gobierno federal ha impulsado nuevamente la construcción de reclusorios, bajo el Programa de Infraestructura Penitenciaria. En la primera etapa figuran los de Nogales, Chihuahua, ciudad Nezahualcóyotl, Puerto Vallarta, Ciudad Guzmán, Morelia, Aguascalientes, Manzanillo, Tepic, San Luis Potosí, Monclova y Cuernavaca, así como el establecimiento para enfermos mentales delincuentes en la circunscripción de Cuautla, Morelos.<sup>102</sup> A este trabajo hay que agregar las obras locales; entre ellas, los reclusorios del Estado de México: uno, en operación, en Ecatepec; otro, en proyecto, en Chalco. Al tiempo de concluir este artículo —septiembre de 1997—, la Federación se aprestaba a emprender otro conjunto de reclusorios y proseguía las tareas de formación de personal penitenciario.<sup>103</sup>

## XV. CONCLUSIÓN

Aún no se ha definido el porvenir de la prisión. Poderosas corrientes proponen su abolición, e incluso sugieren, más todavía, la supresión del derecho penal. Sin embargo, esta posibilidad parece remota. A falta de relevo suficiente —no lo es, por supuesto, la pena de muerte—, la privación de libertad sigue siendo una sanción predilecta en el arsenal de las penas. Se ha sustituido en muchos casos, pero persiste en otros muchos, e incluso se incrementa el tiempo de reclusión en las nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada.<sup>104</sup>

Ha crecido notablemente la población penitenciaria. Su incremento supera, con mucho, el crecimiento de la población en México. En realidad, hoy día se modera la tasa de incremento neto de ésta, mientras sube

tercera—, especializada en la supervisión del respeto a los derechos humanos dentro de los centros de reclusión y las condiciones de vida de quienes ahí se encuentran internos, así como de la organización y el funcionamiento del sistema penitenciario”, p. 7.

<sup>102</sup> Cfr. García Ramírez, *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, cit., pp. 24 y 25.

<sup>103</sup> En el Distrito Federal existe un Instituto de Capacitación Penitenciaria, dependiente de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social. En el plano federal, se cuenta con el Programa Nacional de Capacitación Penitenciaria (PRONACAP), de la Secretaría de Gobernación, que dirige el licenciado Ignacio Carrillo Prieto. Asimismo, se prevé el establecimiento de un Instituto Nacional de Capacitación Penitenciaria. Cfr. “Lucha contra la corrupción en las cárceles” y “Proyectan profesionalizar a trabajadores penitenciarios”, en *Unomásuno*, México, 31 de agosto de 1997.

<sup>104</sup> Cfr. García Ramírez, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa, 1997, pp. 102 y ss.

sin cesar la correspondiente a la población penitenciaria. El Primer Censo Nacional Penitenciario, levantado en 1976, hizo saber que había 42,943 reclusos en 399 instituciones para varones y mujeres, reos federales y comunes.<sup>105</sup> En junio de 1991, la población penitenciaria era de 93,524 individuos.<sup>106</sup> En marzo de 1966 había subido a 98,375.<sup>107</sup> Poco más de un año después, en julio de 1997, la cifra era de 106,682.<sup>108</sup>

En el futuro habrá que definir claramente el sentido de la privación penal de libertad, y actuar en consecuencia. El artículo 18 de la Constitución mantiene vigente el *desideratum* de readaptación social; es preciso que los hechos se subordinen a ese propósito, que en nada pugna con la seguridad pública y la defensa social. Sobre aquella base se eleva y desarrolla, bajo las condiciones que sugiere cada etapa de la historia, el sistema penitenciario.

En mi opinión, los elementos radicales de un sistema penitenciario son: normas idóneas, establecimientos adecuados y personal competente. Disponemos de leyes modernas y suficientes; no es necesario llevar a cabo reformas mayores, sino adecuaciones menores por la fuerza de los cambios que naturalmente ocurren en este ámbito, como en todos. Se han erigido numerosos establecimientos modernos. No sobra la revisión de los proyectos rectores, para ajustarlos a las imperiosas necesidades del tratamiento penitenciario; además, es preciso que estas instituciones sean siempre funcionales y suficientes. No hay duda, me parece, sobre la necesidad de llevar adelante, en forma sostenida, la construcción de reclusorios que permitan evitar la sobrepoblación de los actuales, que milita contra la readaptación social de los reclusos. Asimismo, deberemos recuperar la mejor tradición mexicana en materia de selección y preparación del personal penitenciario, a sabiendas de que el sistema de tratamiento será lo que hagan de él quienes lo tengan a su cargo: desde las autoridades más elevadas hasta los modestos custodios, que cumplen, sin embargo, un papel descollante, porque conviven minuto a minuto, día tras día, año tras año —siempre, en fin de cuentas— con los internos.

105 “Censo Nacional Penitenciario”, en Secretaría de Gobernación, *Sexto Congreso Nacional Penitenciario. Ponencias Oficiales y Censo Nacional Penitenciario*, México, 1976.

106 Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Protección Civil, Prevención y Readaptación Social, *Programa Nacional Penitenciario 1991-1994*, t. I, p. 17.

107 Secretaría de Gobernación, Dirección General de Prevención y Readaptación Social, *Cuaderno mensual de información estadística*, marzo de 1996, p. 1.

108 Secretaría de Gobernación, Dirección General de Prevención y Readaptación Social, *Cuaderno Mensual de información estadística*, julio de 1997, p. 1.

Esos son los grandes “retos”, como se suele decir, que enfrenta el desarrollo penitenciario de México: desde la idea misma de la privación de libertad, hasta sus aplicaciones pormenorizadas en todo género de establecimientos y para diversas categorías de infractores. Es verdad que en este campo la realidad suele tirar hacia abajo; pero también lo es que la voluntad, el talento y la esperanza tienen la costumbre de apuntar siempre hacia arriba. La historia contiene ejemplos de ambas tendencias. El hecho de que los haya de la segunda, permite afirmar con certeza —por encima de la retórica y la doctrina— que el desarrollo de instituciones penitenciarias dignas y eficaces no es sólo un sueño, a pesar de todo.

## PENA Y PRISIÓN. LOS TIEMPOS DE LECUMBERRI\*

Hay ilusiones que nos persiguen, incansables. Entre ellas figuran la ilusión de las reformas penales, por una parte, y la ilusión de las prisiones, por la otra. Sueños perseverantes de penalistas —teóricos y prácticos, pero más aquéllos que éstos— diseñados para prevenir el delito y recuperar al delincuente. Sueños que han ocupado, a menudo, el esfuerzo que debiera modificar, ennoblecer, reconstruir la realidad. Reformas y prisiones. La unión de estos sueños tiene un producto antiguo, que periódicamente se reanima: la reforma penitenciaria.

Así sucede ahora y ocurrió cuando las esperanzas de la República, animada por la “ciencia positiva”, fincaron la flamante penitenciaría del Distrito Federal en un “lugar bueno y nuevo”, que son las raíces de la palabra Lecumberri en lengua vasca. Ahí habría, se creyó, una buena y nueva prisión, a la altura del siglo que comenzaba, también bueno y nuevo. ¿Quién lo dudaba? Aún no se avisoraba la avalancha. Fue mucho antes de las celebraciones del Centenario, cuando México, feliz, disfrutaba de orden y progreso. La divisa preparatoriana incluiría, en su proclamación positivista, el otro extremo de la salvación moral de la nación: amor. Tales eran los factores de la prosperidad.

Veamos la primera ilusión, que persiste: reforma de las leyes. Fervor de reformas, que deviene, a veces, furor reformista. En este trabajo se ha esforzado el penalismo mexicano, y a veces un pseudopenalismo oportunista. Se esfuerza aún, elevado o abismado. Labora bajo el síndrome de Penélope, que debiera ser patrona de la faena penal: hacer hoy y deshacer mañana. No impugno, por supuesto, toda reforma penal. ¡Sería locura! Pero no lo es menos cifrar toda la esperanza en la reforma de la ley penal. Y suele suceder.

Los árboles no nos dejan ver el bosque. Las modificaciones de la ley penal, a veces meros tecnicismos sin alcance mayor, sin ingreso cierto en la realidad, obnubilan o distraen de lo que nos debiera ocupar: la indómita

\* En Varios autores, *Lecumberri: un palacio lleno de historia*, México, Archivo General de la Nación, 1994, pp. 71-84.



realidad. Nos esforzamos tan a fondo y a menudo en hacer la ley —una vez, otra vez, otra más— que olvidamos, discretamente, lo que debiera venir en seguida, sin solución de continuidad: hacer que se cumpla. Pero es más sencillo aquéllo, labor de gabinete, de imaginación. Lo segundo, en cambio, es ir cuesta arriba o marchar contra la corriente. Es, en fin, demasiado. Mejor reformemos la ley penal. Una iniciativa, una discusión, una votación, una publicación. Y ya. Ha cambiado —diremos— el sistema penal mexicano. Peor para la realidad si ésta no se modifica en seguida.

Me cito a mí mismo, tomando palabras que puse en el prólogo al *Código penal comentado* por Marco Antonio Díaz de León. Dije y repito: “Las leyes se reforman y el crimen aumenta. Los reglamentos cambian y la policía sucumbe. Las normas se modifican y los reclusorios se desploman. Las penas se elevan y la corrupción avanza. Es obvio, pues, que el problema no reside en las leyes, sino en la realidad reacia a las normas”. Es obvio. ¿Se alcanza a ver?

Todo esto viene a cuentas cuando emprendemos la recordación del pasado de Lecumberri, porque en los reglamentos de ésta —la mayor prisión mexicana de su tiempo— se puso el más vivo entusiasmo, que fue también el más exaltado optimismo. El discurso penal de aquella hora se volcó en Lecumberri. Ha transcurrido casi un siglo. Entusiasmo y optimismo se concentraron, una vez más, en la regulación penal y en el régimen de la prisión. Los reglamentos que existen sólo tienen vida en el *Diario Oficial de la Federación*: vida de cuadratines. Son lo que Carrancá y Trujillo llamó, censurando las excesivas pretensiones del Código Penal Federal de 1929, “poética legislativa”. Ilusión, pues. La primera de la pareja.

Veamos ahora la otra ilusión: la cárcel redentora. Esta es, también, una larga historia. Vayamos un capítulo atrás, a la época en que no había prisión punitiva, o mejor dicho, escaseaba —era menos abundante y vistosa que hoy— la reclusión como castigo, aunque hubiera cárcel preventiva: prisión mientras se dictaba sentencia y se aplicaban, en tal virtud, las verdaderas sanciones. En el catálogo de las penas estas verdaderas sanciones eran la muerte, el destierro, las galeras, las obras públicas, la esclavitud, la marca, los azotes, el tormento, la infamia, la confiscación. En ambos mundos: el viejo y el nuevo, que estaba por descubrirse.

Sobre todo, la muerte. Pena favorita. Servía a todas las finalidades que la filosofía, la moral y el derecho —más la religión belicosa— depositaron en la pena. Ciertamente que no recuperaba, pero cierto que esto era irre-

levante. Ni siquiera se planteaba —salvo en círculos piadosos, cristianos de la vieja guardia— la posibilidad de rescatar al hombre para esta misma vida. La muerte satisfacía, pues, los otros designios de la pena: retribuía, intimidaba, purificaba. Vaya que lo hacía.

La pena es un mal que corresponde a otro mal, señaló Grocio: *malum passionis quod infligitur propter malum actionis*. Ya es mucho si el mal que inflige el Estado guarda proporción con el mal que causa el delincuente. El talión, primero, fue una “moderación”, una “racionalización” —dirían los positivistas, y diríamos ahora, aunque con otro alcance— de los castigos: “Se pagará ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe” (*Éxodo*, XXVI, 24 y 25).

La pena es también un medio de intimidación: se castiga para que otros no delincan, como ejemplo, como amenaza o conminación dramática. No se castiga, pues, con los ojos y la intención cifrados en el delincuente, sino puestos en la muchedumbre que sabe del castigo, lo presencia, lo celebra y sin duda lo teme. La pena es, así, una función a la que asiste el pueblo —como en el circo o en el auto sacramental—, excitado y acaso atemorizado.

Por último, la pena es un método seguro de expiación: el alma, oscurificada por el delito —el pecado, la locura— se recupera merced al sufrimiento que apareja la pena. Así el hombre se purifica. Así se salva, no tanto para esta vida, sino para la otra, que es, en definitiva, lo que importa. Dicen las *Leyes de Manú* que “la falta cometida a propósito y en un transporte de odio o de cólera, no se expía sino con penitencias austeras de diversas clases” (XI, 294).

Todo eso lo consigue la muerte. Y lo adquiere en grado supremo si se exagera el sufrimiento del ejecutado. En ciertas etapas de la “evolución” penal no importaba tanto la pena como la forma de infligirla: con infinita tortura, que provocase infinito sufrimiento; aunque no tanto que falleciera de inmediato el penado: había que administrarlo para que el espectáculo y la purificación perduraran. Al cabo vendría la reconciliación. Se aproximaría un crucifijo a los labios del moribundo para que reconociera a su Señor e intentara, besándolo, apurar la muerte y anticipar el largo camino del paraíso. Porque Dios, finalmente, es misericordioso.

Este orden de cosas comenzó a declinar cuando el Renacimiento descubrió, espigando en el derecho y en las prácticas canónicas, la reclusión en monasterio. La prisión fue inventada por el derecho canónico, mani-

fiesta Ruiz Funes. No fue exactamente así, pero es cierto que la prisión tomó vuelo al cabo de la Edad Media, y ya no cesaría en los siglos por venir.

Por otra parte, el pensamiento libre y el fervor humanista vinieron a impugnar a fondo los castigos crueles y a pensar, por ende, en alternativas razonables. De esta suerte, la gran renovación pasó a renovar, ante todo, el sistema de los juicios y las penas. Uno de sus primeros rescates se dirigió al procesado y al condenado. Era natural que la lucha del individuo contra el poder absoluto combatiera ante todo las expresiones más evidentes del poder dirigido contra el ser humano: la pena capital. Sin embargo, esa misma renovación saneadora puso en receso la filantropía mientras el pueblo estrenaba el poder: la guillotina del verdugo Sanson se ejerció con notable largueza. Primero el baño de sangre, luego la benevolencia, la democracia, la fraternidad y cualquier otra cosa. Primero Sanson; la República después; o bien, gracias al verdugo, la República.

Los *cahiers de doléances*, que son una especie de escritura adelantada de la Revolución francesa, no sólo pretenden correcciones en la exacción tributaria —función original de los Estados Generales—, sino también estipulan reformas en el sistema penal. Pasarían la necesidad de venganza —o aleccionamiento, si se prefiere; en todo caso, establecimiento de instituciones “liberales”— y el “gran miedo” que de aquí provino. Entonces y sólo entonces prosperaría la prisión con los mismos propósitos que tuvo la muerte: retribución, ejemplo —aunque se actuara a la sordina— y expiación.

Andando el tiempo se asomaría la readaptación social en el catálogo de intenciones de la pena: cuando la sociedad tomara conciencia de su capacidad de rescate, y el Estado asumiera la función del redentor y no sólo la del verdugo o el carcelero. Esta es, dicho sea de paso, una de las expresiones características del Estado benefactor: no hay mayor bien —*bene facere*— que la rehabilitación del infractor, enemigo social diplomado. La decadencia del Estado benefactor pudiera abarcar, entre otros desintereses, el desgano de readaptar, si se puede ahorrar energía política y descargar sobre el delincuente, con toda sencillez, un golpe de castigo. Siempre han estado a la mano la guillotina, la horca, la silla eléctrica, el fusil, el veneno. Por si acaso. Y ese acaso se presenta con alguna frecuencia.

Sobrevino, pues, la ilusión de la cárcel. La segunda ilusión. Aquélla lograría lo que no consiguió ni podía conseguir la muerte: devolver al hombre, recuperado, a la sociedad de sus semejantes. “Hacer hombres

útiles a la sociedad”, fue la creencia que puso en auge —de moda— las prisiones. Y esto lo consiguieron particularmente los estadounidenses. Auburn y Filadelfia se convirtieron en la playa del penitenciarismo filantrópico: en ella desembarcaron los buscadores del progreso.

Foucault ha hecho una de las mejores descripciones del cambio; no sólo de los signos, los datos visibles, sino además del sentido que tuvo el cambio. Las viejas penas, ruidosas, públicas, con una nutrida y avezada concurrencia, se concretan en el terrible suplicio de Damiens, el magnicidio. Condenado a muerte, la ejecución exagera el castigo. Intervienen caballos, para tirar de sus miembros, y verdugos, para lastimar su cuerpo, seccionarlo, dar paso a la muerte. Es el gran espectáculo, que se concentra en el cuerpo del penado. La nueva época se cifra en el espíritu del sentenciado. Su instrumento es la prisión silenciosa. Queda fuera de la mirada del pueblo. Confinado en la prisión, que sustituye al patíbulo.

Ha escrito Foucault: “Ha desaparecido el cuerpo como blanco mayor de la represión penal... El ceremonial de la pena tiende a entrar en la sombra, para no ser ya más que un nuevo acto de procedimiento o de administración”. Desaparece en el principio del siglo XIX “el gran espectáculo de la pena física; se disimula el cuerpo supliciado; se excluye del castigo el aparato teatral del sufrimiento. Se entra en la era de la sobriedad punitiva”.

Europa entera volvió los ojos a Estados Unidos, con la ilusión de la cárcel “moderna”. Alexis de Tocqueville, el autor de *La democracia en América*, un clásico formidable, no fue a Estados Unidos a estudiar democracia, sino sistemas penitenciarios. Entonces se percató, seguramente, de que el verdadero hallazgo estadounidense estaba en la democracia y no en las severas prisiones celulares.

Eso mismo ocurrió en México. Aquí —como en otras partes— lo que preocupó en primer término fue el trato a los presos. Luego, mucho después, preocupó el tratamiento. Aquél se asocia con los derechos humanos: el trato es el escollo puesto al capricho; el antídoto contra el “maltrato” que se abate sobre el hombre vencido. Un derecho a detener al Estado: contener su brazo punitivo. Un derecho humano de primera generación, como hoy se dice.

El tratamiento, en cambio, sirve a una inquietud finalista. Es la aventura, la hazaña, del penitenciarismo. Pone al Estado en trance de tutor, redentor, rehabilitador. Un derecho a exigir la acción del Estado. Un derecho de segunda generación, pues. Ya estamos en los dominios de la

prevención especial, que entra en la escena con las penas —revisada su naturaleza— y las medidas de seguridad. No es cosa sencilla, ni intentaré ahora explicar dónde quedó la frontera entre penas y medidas, cuando ambas —la pena inclusive— miran con reticencia la idea retributiva y se proponen, expresamente, la misión de readaptar.

La ilusión de la prisión coincide y coexiste con el nuevo concepto —o la nueva realidad, al menos anhelada— sobre el infractor convertido en sentenciado. No es “cosa” del Estado, de la víctima, de la sociedad, de la administración: no puede ser avasallado, o en todo caso no debe serlo. El hombre vencido, el enemigo titulado —su título es la sentencia de condena—, reingresa en la escena como titular de derechos que le reconoce un derecho —con mayúscula inicial: derecho objetivo, carta magna de los delinquentes— que no pudo obtener por sí mismo. Un derecho que ganan por él y para él las campañas del humanismo.

Los obreros, en pie de guerra, obligaron a construir un derecho laboral. Los campesinos, el agrario. Los arrendatarios, el inquilinario. Los comerciantes, el mercantil. Pero los presos no fraguaron el derecho penitenciario: luchar por él hubiera sido subversión, motín. Su debilidad política debió ser compensada por la fuerza moral de la sociedad. De ahí el enorme valor ético del derecho penitenciario y del penitenciarismo, sobre todo en un tiempo —que ha quedado atrás, sólo hasta cierto punto— en que no se multiplicaban los alzamientos carcelarios.

En México, ya lo dije, se comenzó por pedir la humanización en el trato a los delinquentes, el saneamiento de las cárceles. En el alba de la Independencia lo exigió Fernández de Lizardi. Más adelante, todos lo pidieron. Pero no ocurrió, pese al copioso trabajo de legislación carcelaria. Copioso e ineficaz. De nuevo los hechos le ganaron la partida a los códigos.

Entre los tratadistas que pusieron en el régimen penitenciario el talento y la mirada, figura el ilustre jalisciense Mariano Otero. Se le conoce mucho más por sus aportaciones decisivas al juicio de amparo, por sus trabajos de política y economía, por su rebelde, orgullosa conducta frente a los entendimientos en que México incurría —inexorablemente— para poner término a la invasión rapaz de los estadounidenses y evitar males mayores. Mucho menos se le celebra por las reflexiones que dedicó al asunto de las cárceles.

Otero, en su momento, advirtió con lucidez el papel de la ley penal en el quehacer político. Tiene —digo yo— una doble función elocuente. Recoge las preocupaciones, las necesidades, los clamores —las ilusiones,

desde luego— de la sociedad: los convierte en tipos penales y en sanciones. Además, impulsa ciertas conductas y disuade otras, a partir, justamente, de esos tipos y esas consecuencias jurídicas de la conducta ilícita. Ahí, en la llamada “tipificación” de los comportamientos y en la velocidad e intensidad de los castigos se halla una suerte de definición —al menos hipotética— sobre la condición autoritaria o liberal, democrática o tiránica, de la sociedad y el Estado.

Por todo ello, la doble marea de la tipificación y la destipificación, la penalización y la despenalización, son lecciones evidentes acerca de la calidad del trato entre el poder político y el ser humano. Lo son, al menos, en la decisión impresa en las leyes. Habrá que ver luego cómo se traslada ésta a la decisión expresa en la vida diaria.

En suma, acertó Otero —y recordó antiguas expresiones, que lo precedieron, y nuevas enseñanzas, que sobrevendrían— al asegurar que “la legislación criminal... es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales”. ¿Acaso no se trata del compendio sobre una versión de la seguridad pública, que es, a su turno, la idea nuclear en el pacto social, y por lo mismo el compromiso esencial del Estado?

Luego el tratadista aportaría sus luces al establecimiento de la prisión “ideal”. En su concepto, habría que adoptar el modelo de Filadelfia, el más estricto, por cierto, de los regímenes clásicos: soledad y silencio. Y añadió en una convocatoria expedida el 7 de octubre de 1848, bajo su firma, para el concurso destinado a “la formación del plano conforme al cual haya de edificarse en esta ciudad la cárcel para reclusión de detenidos y presos”, que la puerta del nuevo edificio estaría flanqueado por las estatuas de Howard y Bentham. He ahí sus inspiradores y sus inspiraciones. Recogía Otero —y recogería el penitenciarismo mexicano, hasta la introducción práctica de la corriente positiva— el humanitarismo y el utilitarismo que condujeron la reforma penitenciaria. De Howard, la filantropía; de Bentham, el buen ejercicio de las prisiones, desde la arquitectura hasta el reglamento.

No eran aquellos, sin embargo, buenos tiempos para que el país se aplicara a la construcción de cárceles. Primero había que reconstruir a México. Apenas regresábamos del desmembramiento en que culminó la guerra con Estados Unidos: desgarradura que no fue sólo geográfica. Nos hallábamos destrozados, melancólicos, sin certeza sobre el futuro. El colapso moral no era la circunstancia más propicia para la obra penitencia-

ria. Ésta requiere de una energía que no circulaba entonces por la venas de la República incierta.

Vayamos unos años adelante; menos de una década, cuando la energía acudió de nuevo y la República, animada por la revolución de Ayutla, recuperó el camino. Llegemos al Congreso Constituyente. Ahí entraron en colisión los dos instrumentos de castigo: la muerte y la privación de libertad. Dicho en forma gráfica: el patíbulo, tan fácil de construir y manejar, tan somero, tan barato, por una parte, y la prisión, tan compleja, tan costosa, tan exigente, por la otra. ¿La razón? Por una parte, el proyecto humanista de los humanistas del Congreso. Por la otra, la realidad estrecha: pululaban los salteadores en los caminos, la guerra civil jamás terminaba, los maleantes hacían de las suyas en la noche urbana, el erario desfallecía, la nación se ocupaba en sobrevivir apenas. ¿Cuál sería la decisión de la autoridad, puesta entre la pared y la espada?

Esa decisión se tomó en el Congreso Constituyente que hizo la carta de 1857. Para ello se reunió la más brillante generación política que ha dado México. Un Congreso de liberales, sobre todo; juristas, literatos, estadistas. Ahora bien, el Congreso —apremiado por la ola delictiva y la impotencia de contenerla— no se dejó llevar por su vocación abolicionista de la pena de muerte. Incurrió discretamente en la ilusión que prevalecía en el mundo, pero la estipuló sujeta a condiciones. Hizo su parte, con cautela y esperanza, dando encargos al gobierno. Puso, temeroso, los cimientos de las nuevas prisiones mexicanas. En la remota raíz política de Lecumberri se halla el Congreso de 1857.

Hasta la reforma de 1901, la primera parte del artículo 23 de la Constitución dijo: “Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario”. Pocas veces se verá un precepto tan claramente programático, tan propositivo como éste: propone, anhela y hasta dispone una cosa para el futuro, mientras resuelve otra para el presente. El Constituyente se hacía ilusiones sobre las ventajas del régimen penitenciario, pero no se las hacía sobre la capacidad del Estado en ese momento. Quedaba pendiente la supresión del patíbulo hasta que el gobierno reuniese recursos de todo género y erigiera el sistema penitenciario, que es más que construir cárceles monumentales. Y ni siquiera podía darse el lujo de hacer este género de monumentos.

La transacción entre muerte y cárcel —en favor de aquélla, por lo pronto— encendió los ánimos en el Congreso. En otra oportunidad he re-

cordado que Prieto preguntó “qué motivo tenía la comisión para hacer recaer sobre los reos el descuido de los gobiernos en la mejora de las cárceles”. Ignacio Ramírez censuró amargamente la conclusión subyacente en la norma deplorable: “Podemos matar mientras no haya buenas cárceles”. Y Prieto, como si se dirigiera a los condenados: “no te puedo dar moralidad; pero te doy horca. Muere y paga mi indolencia y mi abandono”. Pero los archiliberales Arriaga y Mata no pudieron menos que pedir paciencia: háganse las prisiones —lo más rápidamente que se pueda—, pero consérvase, entre tanto, la pena de muerte. Zarco quiso conciliar: fijemos un plazo, o al menos dispongamos el retiro progresivo de la sanción arrasadora, que cesará en los estados que cuenten con penitenciarías: “progresan” en Durango, Puebla y Jalisco, y “hay esperanzas fundadas de que empiecen en Nuevo León y otros Estados”.

Preocupado en abolir la pena de muerte, Gamboa invocó la posibilidad de adaptar, inmediatamente, diversas construcciones para fines penitenciarios. Con ello consagró una idea y una práctica que hemos observado puntualmente en el curso de muchos años: improvisar prisiones de cualquier modo. Para Gamboa, los edificios a la mano eran los viejos conventos. “Locales ya existen —dijo a sus colegas del Constituyente—: hay mil conventos casi abandonados por falta de religiosos, con todos los tamaños, con todas las condiciones necesarias para buenas penitenciarías...”. De este modo se recuperaba, por lo demás, la etapa inicial de las penitenciarías, que son una reproducción civil de los monasterios.

En fin, la fórmula del artículo 23, tan desmayada, tuvo al menos la virtud de recordar al “poder administrativo”, durante medio siglo, que debía darse prisa en establecer el sistema penitenciario, si quería —como lo quiso el Constituyente— dar muerte a la pena de muerte.

La historia penitenciaria debió aguardar tiempos menos turbulentos. Tiempos, pues, de don Porfirio. Pacificada la nación y disuadidos los ánimos más exaltados por la sanción capital —en sus diversas versiones porfirianas: “mátalos en caliente”, ley fuga y patíbulo en toda forma— o por otros métodos igualmente aleccionadores —la transportación a Valle Nacional o a Quintana Roo—, había llegado la hora de iniciar el establecimiento de modernas prisiones. Es decir, fortalezas que trajeran a México, en la víspera del siglo XX, los avances que el penitenciarismo “piadoso” aportó casi un siglo antes.

México se nutría con recomendaciones foráneas y proyectos nacionales, fincados en aquéllas. Hubo un momento en que la República ungió



como embajador penitenciario a un extranjero: Wines, comisionado oficial de México en el Congreso Internacional Penitenciario de Londres, rindió informe al supremo gobierno en un grueso volumen que vio la luz en 1873, traducido al español bajo la dirección de Enrique de Olavarría y Ferrari. Entre los mexicanos, Antonio y Carlos Medina y Ormaechea pusieron manos a la obra en un importante proyecto para el establecimiento del régimen penitenciario en la República mexicana, que giraba en torno al plantel carcelario.

Un caso destacado sobre lo que se creía y quería —hasta cierto punto— en esa etapa, es el de la Penitenciaría de Puebla, muy anticipada a la de México. También ahí fue preciso recorrer un larguísimo itinerario, desde que se encomendó la obra a José Manzo y se puso la primera piedra el 11 de diciembre de 1840, hasta la inauguración formal, con dictador presente, el 2 de abril de 1891. La fijación de fecha —2 de abril— no fue casual, por supuesto. Se trataba, como dijo la crónica de la inauguración, publicada en el *Periódico Oficial* poblano, de un “acto augusto”, acontecimiento “deseado por todos los buenos liberales”, conclusión “de una Obra que será en todo tiempo el más bello timbre de orgullo para su pueblo (el de Puebla) entusiasta, progresista y pundonoroso”.

En fin, de esta suerte se abría el camino para la abolición de la pena de muerte, en exacta correspondencia al deseo del Constituyente de 1857. Por ello, el día primero de abril se publicó el decreto abolicionista, “consecuencia de la importancia de una mejora debida a la prodigiosa civilización de los tiempos modernos”. La prodigiosa civilización había aportado una penitenciaría. El presidente Díaz —sigue narrando el *Periódico Oficial*— agradeció la comida que se le ofreció el 2 de abril y aprovechó la sobremesa para dirigir “sus elogios al poder público que, por medio de Bando solemne había declarado abolida en el Estado la odiosa pena de muerte”. Sin embargo, seguramente don Porfirio no la halló tan odiosa como para promover la misma abolición en el Código para la Federación y el Distrito Federal, que siguieron siendo más cautelosos que el ordenamiento poblano.

En la ciudad de México hubo varias prisiones, a todo lo largo de nuestra vida colonial e independiente. Algunas estuvieron asociadas a los tribunales que las utilizaban, en la era de los fueros; así, la Inquisición, el “Santo” Oficio. Otras tuvieron acomodo en las casas de gobierno, nada menos, y todavía hoy ocurre, en numerosos pueblos, que el palacio de gobierno aloja —aunque en recintos diferentes, es cierto— a los gober-

nantes y a los gobernados en desgracia, los presos por faltas administrativas y acaso por delitos mayores.

No debe extrañar esa coincidencia. Parece natural que un solo edificio solemne contenga, para lección del pueblo, a la justicia y a los justiciables y ajusticiados. Es una expresión natural del poder público, que concentra y exhibe así su capacidad de poner orden en la ciudad, para enseñanza y seguridad, en su caso, de todos los ciudadanos. Por eso no comparto la opinión de Marroqui, cuando se extraña de la existencia de una cárcel en Palacio Nacional, nada menos, donde se hallaban en vecindad apretada, además, los tres poderes de la Unión. “Era una deformidad —sostiene— que al lado de los Supremos Poderes de la nación estuviesen los criminales, como en los tiempos feudales encerraban los señores á los reos que ellos mismos juzgaban en los calabozos de sus castillos”. Pero la misma explicación que amparaba a los señores feudales alcanzaba a los señores de tiempos posteriores.

En la última parte del siglo XIX, la gran prisión era Belén. Venía, con esta función, de la era reformista. Había sido recogimiento para mujeres, que instituyó Domingo Pérez de Barcía el 25 de abril de 1683. Acabó esta misión cuando la Reforma puso un hasta aquí a buen número de obras religiosas. Regresemos a Marroqui. Este narra que el 15 de agosto de 1862 se comunicó al Cabildo de México la decisión adoptada por el presidente de la República sobre la nueva cárcel general de la ciudad. Enterado el Ejecutivo de “la conveniencia y necesidad que había de trasladar a los presos de la ex-Acordada á otro punto que tuviera mejores condiciones que éste para prisión”, determinó que ese otro punto fuera “el edificio de Belén y Casa de Ejercicio anexa”.

La decisión del gobierno liberal incomodó, por supuesto, a los conservadores. La censuraría José María Andrade en un Informe sobre los establecimientos de beneficencia y corrección de esta capital, presentado al supuesto emperador Maximiliano, según escrito de José García Icazbalceta. Se dice a propósito del Colegio de San Miguel de Belén y la casa anexa, que

la tempestad revolucionaria sopló sobre estos establecimientos, dispersó sus moradores, y transformó á gran costa el edificio, para convertirlo en encierro de malhechores. Sus esfuerzos dieron por resultado la desaparición de dos institutos benéficos, y la creación de una mala cárcel que tendrá que desaparecer a su vez.

No erraba Andrade: sería una mala cárcel y desaparecería a su vez, aunque después de mucho tiempo: casi tres cuartos de siglo. Esa sería también, dicho desde luego, la hazaña de su sucesora: ser una mala cárcel, durar tres cuartos de siglo y luego desaparecer. Parece ser el signo de las prisiones que con enorme bombo y platillo erigimos en el país: acaban siendo malas —malísimas— cárceles, aunque no todas duren tan largo tiempo hasta la fecha de su defunción, que es el momento en que se inaugura otra cárcel que pronto será malísima. Las hay que nacen así, sin remedio.

Los horrores de Belén los pagó su edificio. Puntualmente hemos destruido el patrimonio colonial, pero también los patrimonios posteriores. Del siglo XIX dejamos una que otra construcción valiosa. Belén tendría el mismo fin innecesario, aunque fuese necesario y noble el objetivo del edificio que la relevara: el Centro Escolar Revolución. Así se vinieron abajo el Palacio de Justicia y el poblado reclusorio. Quedan como recuerdo algunas fotografías, entre ellas la de una sala de jurados —sala de audiencias, que no las hay en los tribunales de nuestro país—, espaciosa, severa, bien dispuesta para la justicia. Recuerdos, como hoy Lecumberri es un haz de recuerdos, cada vez menos precisos, menos flagrantes. Pero ésta es ya otra historia.

Comenzaba el siglo. Siglo de luces, querían don Porfirio y los científicos. Se miraba, al cabo de una década, la conmemoración de la Independencia. La obra pública daba testimonio de una grandeza mexicana: la nueva grandeza, que llegó con la paz de un gobierno que había durado, milagrosamente, lustros, décadas. El precio había sido altísimo, pero ahí estaba el producto: paz y progreso. Las tierras de la república en manos de novecientas familias que vacacionaban en Europa. La industria y los ferrocarriles en manos de extranjeros. El poder en manos de generales y científicos, como se les decía, señoreados por un militar anciano que se cubrió de gloria en su juventud y su madurez remotas, luchando contra intervencionistas; y luego se llenó las manos de sangre. Un dictador glorificado, que gobernaba de espaldas al pueblo. El personaje central, la suma de los males concentrados en el *México bárbaro*: muchedumbre de esclavos, interdictos, vasallos. Para algunos de éstos —y para los enemigos, siempre los enemigos— era preciso culminar, por fin, la obra pública penitenciaria. Era la hora de Lecumberri. Pocos años más tarde se diría, según el testimonio Creelman, que era también la hora de la democracia. Tal, el contexto.

La comisión designada por el gobierno del Distrito Federal, con anuencia de la Secretaría de Gobernación, para formular el proyecto de penitenciaría, entregó su trabajo el 30 de diciembre de 1882. Se integró con los licenciados Joaquín M. Alcalde, José María Castillo Velasco, José Y. Limantour, Luis Malanco y Miguel Macedo, los generales Pedro Rincón Gallardo y José Ceballos, los ingenieros Remigio Sáyago, Antonio Torres Torija y Francisco P. Vera, y el señor Agustín Rovalo. Comenzó la obra en 1885. Fue dirigida, en diversas etapas, por los ingenieros Antonio Torres Torija, Miguel Quintana y Antonio M. Anza. Costó dos y medio millones de pesos. Al principio se previó que tendría 724 celdas; el número subió a 1000.

No fue tarea fácil la construcción de la penitenciaría. En el viejo potrero de San Lázaro, en la “tierra buena y nueva”, tierra fértil que había quedado al retirarse las aguas que la cubrían, resultó preciso resolver primero complicados problemas de drenaje. Se aguardó a que concluyeran las obras del Gran Canal, al que tributarían las aguas negras de la penitenciaría. En la edificación participaron —como en otras labores de la república— contratistas estadounidenses, especializados —siempre especializados— en asuntos que los mexicanos no dominaban. Se consumó un enorme inmueble bajo los conceptos de la arquitectura funcional: nada de adaptaciones en conventos, iglesias, casonas, cuarteles; aquella era una auténtica penitenciaría, a la altura de los tiempos. Otro orgullo de la dictadura, siempre cuidadosa de lo que pensarían las “naciones extranjeras”.

He dedicado a Lecumberri, de la que fui el último director, un libro de reflexiones. Se llama: *El final de Lecumberri*, y cuenta con aquel subtítulo necesario: *Reflexiones sobre la prisión* (México, Porrúa, 1979). Tengo especial aprecio por este libro. No es el resultado de lecturas, ni rebosa citas. Es el producto, sencillamente, de mi paso de varios meses por la dirección del reclusorio —el mayor del país en su época: setenta y cinco años, como dije— hasta que cerró sus puertas. O mejor dicho, hasta que abrió las puertas de par en par al cabo de tres cuartos de siglo en estricta clausura. De ese libro tomaré algunos párrafos, para auxiliar mi memoria.

Entonces recogí la siguiente descripción de la penitenciaría del Distrito Federal, en sus primeros días.

La cárcel quedó circundada por alta muralla, interrumpida a trechos con pequeños torreones de vigilancia, sin zonas verdes ni campos deportivos ni

superficies de recreo, con largas y rectas galerías que en dos pisos agrupaban la sucesión de celdas destinadas a ocupantes solitarios, forradas con plancha de acero, cerradas por puertas metálicas espesas y seguras, cuya mirilla, operada desde fuera, permitía al vigilante observar la presencia del cautivo, inquirir sobre su estado, hacerle llegar objetos diversos y examinar sus movimientos.

Contaba cada celda con un camastro y con servicio sanitario, y todas las de un mismo piso y costado podían ser cerradas con una barra de acero. En otros sectores se alzaban los edificios de gobierno, con amplia y solemne sala de espera, y secciones de atención médica..., de trabajos variados en talleres donde se laboraba en común, y otras necesarias.

Destacaban también en este diseño original, al que después se agregaron ajustes y novedades, dos edificios redondos, a los que se llamó circulares, para el aislamiento en celdas seguras de quienes merecieran ser segregados: una cárcel dentro de otra, en la más profunda manifestación de la soledad compatible con las ideas piadosas del sistema progresivo irlandés. Por último, dominándolo todo, la torre central de acero, muy alta y esbelta, que incorporaba tanques de gran capacidad para el aprovisionamiento del agua que la prisión requería; en su base, una estación de vigilancia que observaba, mediante vueltas en redondo, todas las crujías desplegadas bajo forma de estrella por el sistema radial, y en la cúspide un puesto de custodia, que presidía la red completa de edificios. En el plano inferior podía igualmente apostarse el vigilante para observar a los reclusos, que instalarse el sacerdote para officiar la misa y ser a su vez observado por los feligreses cautivos. Entre la base de la torre, un polígono que sería generalmente conocido con este nombre, y el interior de las crujías, se alzaron varias zonas enrejadas en tramas espesas, inexpugnables, y accesos difíciles por medio de puertas pequeñas, perfectamente custodiadas. Esta suma de piedra y acero era en la fecha de su inauguración, el 29 de septiembre de 1901, la flamante Penitenciaría del Distrito Federal.

Agregaré dos palabras sobre las características de esta institución, para que se entiendan su misión en el sistema penal y la buena y mala vida que tuvo. Antes dije algo acerca del empleo histórico de los reclusorios. Agregaré que hay, dicho en términos generales, dos categorías de reclusorios para individuos “sanos” o “normales”, es decir, para quienes no están “locos” (denominamos a éstos, con asepsia penalista, “inimputables”). Dichas categorías se hallan previstas en la Constitución misma, en cuanto el artículo 18 previene —aunque la realidad lo contradiga con rara perseverancia— que se hallarán separados los procesados de los sentenciados.

La primera de esas categorías es la de prisiones para procesados, individuos que se hallan sujetos a juicio; todavía no están sentenciados y se benefician, por lo tanto, con la quimérica presunción de inocencia: se presume que todas las personas son inocentes hasta que se demuestre que son culpables. Ahora bien, ¿cómo es posible que un procesado se encuentre preso? ¿Así se trata a un presunto inocente? Esas son las cárceles *ad continendos homines*, no *ad puniendos*: para detener, no para castigar, como dijeron los romanos, los juristas medievales italianos y las Siete Partidas. Lecumberri no fue diseñada para este uso.

La otra categoría es la de prisiones para sentenciados, condenados a pena privativa de libertad. Aquí se trata de sancionar, castigar, punir. Prisiones *ad puniendos*. De ahí el nombre de penitenciarías: lugares de penitencia, reclusorios de pena, no de mera custodia mientras concluye el juicio. A este tipo perteneció Lecumberri. Para ello fue diseñada. Después hubo, una a una, graves alteraciones en su destino, mezclas, confusiones. He ahí, en alguna medida, uno de los datos del desastre: alteración del objetivo y, por añadidura, sobrepoblación carcelaria.

Ahora bien, en Lecumberri se quiso establecer —y las cosas se dispusieron para tal propósito, en la instalación física y en el reglamento interior— el sistema penitenciario progresivo que previno el Código Penal Federal de 1871. La idea de progresividad tiene paternidad dudosa o compartida. Se atribuye a Crofton o a Maconochie, aquél en Irlanda y éste en Australia, o al coronel español Montesinos. En México se optó —como suele ocurrir si está a la mano la alternativa entre el inglés y el español— por atribuir el sistema a Crofton o a Maconochie, pese a que la prioridad cronológica corresponde a Montesinos, director de la prisión de Valencia. En todo caso, se trata de que el recluso atravesase, a lo largo de su vida en prisión, por una sucesión de periodos: de ahí la expresión “progresivo”, aplicada al régimen penitenciario. Desembocan aquéllos —que se supone integran un programa de preparación para la libertad— en la excarcelación condicionada o preparatoria.

La prisión entraña una severa paradoja: se quiere preparar al hombre para la libertad —que “sea un buen ciudadano, útil para sí mismo, para su familia y para la sociedad”, etcétera—, y en tal virtud... se le recluye. La excarcelación abrupta es tan inquietante o peligrosa como el alta súbita de un paciente de hospital que ha permanecido en cama durante meses. Es preciso habilitar para la inminente libertad. A eso atiende la “libertad condicional”, llamada en México “preparatoria”, a partir del Código de

1871. El principal autor de este ordenamiento, Antonio Martínez de Castro, quien fuera ministro de Justicia del presidente Juárez, habló de conducir al prisionero como se guía al “convaleciente de un mal moral”: paso a paso, hacia la difícil libertad.

Bajo todos esos conceptos, y con una suma de buenos augurios y retórica cifrada en la esperanza, se inauguró Lecumberri. Presidió el dictador. Firmó en consecuencia el acta inaugural, que también suscribieron numerosos funcionarios de entonces. El acta, en pergamino y debidamente enmarcada, figuró en una pared de las oficinas de la dirección, hasta 1976. Pasó de ahí —tengo entendido— al Museo de la Ciudad de México. En la ceremonia inaugural produjeron discursos Ángel Zimbrón, secretario general del Gobierno del Distrito Federal; Miguel Macedo, que encabezó el órgano administrativo colegiado de la penitenciaría, y así resultó ser el primer director; y Rafael Rebollar, gobernador del Distrito. El papel de Macedo merece comentario especial. Fue uno de los más ilustres juristas del porfiriato. Años más tarde fundaría la Escuela Libre de Derecho, creada por un grupo de catedráticos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en pugna con el director de ésta, Luis Cabrera.

En su pieza oratoria, Macedo describió las características del sistema correccional que se pretendía instaurar en la penitenciaría. Con voz que debió ser profunda, conmovida, refirió que al concluir la vistosa ceremonia inaugural quedarían entre los muros, solamente, el silencio y la soledad. Estos eran otros tantos ingredientes del régimen querido para Lecumberri. Hasta aquí llegó, pues, atemperada por un reglamento de menor severidad, la idea penitenciaria que cincuenta años antes había patrocinado Mariano Otero. Por fin tenía México su moderna y grande penitenciaría. Como el Manicomio de La Castañeda, sería una de las obras magnas de don Porfirio.

Macedo no era, sin embargo, un enemigo de la pena capital. Todo lo contrario. En el artículo “La criminalidad en México”, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, en 1897, estableció una estrecha correspondencia entre el modo de ser de los mexicanos y las penas para sancionar sus delitos. Sostuvo que

la penalidad debe relacionarse con las condiciones de cada pueblo, y siendo una de las características del nuestro la insensibilidad y el poco respeto y apego a la vida no parece prudente acoger las teorías que sostienen la conveniencia de mitigar las penas, sino que se impone la necesidad de hacerlas

más y más severas, hasta que lleguen a producir su efecto intimidante. Nada menos.

La fundación de Lecumberri permitió iniciar el desalojo de Belén. Los sentenciados que se hallaban en ésta ingresaron a la penitenciaría. En 1933 cesó Belén. En consecuencia, los procesados pasaron a Lecumberri, que de esta suerte sufrió —auténticamente— su primera y más grave alteración: sirvió *ad continendos* y *ad puniendos*, como prisión preventiva y punitiva, conforme a un decreto del 30 de enero de 1933. Por ello, el edificio frontal de la penitenciaría sirvió como sede para las Cortes Penales, sustituidas en 1971 por juzgados penales unitarios. Estos luego quedaron en un edificio —particularmente feo: largo y sin gracia— en el costado sur de la antigua penitenciaría transformada en prisión de usos múltiples. En definitiva, ahí se hallaron hombres y mujeres, procesados y sentenciados, sanos —hasta donde se puede— y enajenados.

En 1954 se puso en servicio la Cárcel de Mujeres, y consecuentemente salieron éstas de Lecumberri. Ahí se hallaban en una crujía especial: la “L”. En 1957 se inauguró la nueva Penitenciaría del Distrito Federal —en un edificio muy distante de los conceptos arquitectónicos en que se sustentó Lecumberri— y los sentenciados egresaron del antiguo penal. De esta suerte, Lecumberri había consumado íntegramente el tránsito entre la idea original —prisión para sentenciados— y la realidad final —prisión para procesados—.

Tengo múltiples recuerdos de Lecumberri, a partir del año en que lo conocí como curioso de los asuntos penitenciarios, y luego como funcionario en esta materia, pero alejado de aquella prisión que supuse irremediable. Pero muchas cosas tenían remedio, y lo tuvieron, como se vio en los días finales de Lecumberri. Siempre retuve la memoria de algunos abogados que dirigieron la penitenciaría: penalistas ilustres, como Carlos Franco Sodi y Javier Piña y Palacios. Aquél, que más tarde sería procurador del Distrito Federal y de la República, redactó páginas aleccionadoras, conmovedoras, sobre su desempeño fugaz. En la obra *Don Juan delincuente y otros ensayos* está la bitácora de sus ilusiones y sus decepciones. “Mil proyectos se habían formulado para establecer entre nosotros un régimen penal auténtico...”. Al cabo de “año y medio de luchar día con día, minuto a minuto, incesante y fatigosamente”, debió confesar su frustración.

Llegué a Lecumberri, como director, el 30 de abril de 1976. Fui la primera consecuencia formal de la fuga de un grupo de internos, después



recapturados. Al día siguiente de mi designación hubo un motín en la crujía “O”, donde se hallaban prisioneros de muy diversas “especialidades”: presos políticos, estadounidenses y algunos “peligrosos”. El motín no impugnaba mi nombramiento, sino se dirigía al ejercicio de la revancha: contra el sistema saliente y su más característica manifestación, los “mayores” de crujía, señores de horca y cuchillo —de veras cuchillo— que ejercían la más completa autoridad, asistidos por auxiliares dispuestos a todo, en el interior de los pabellones.

Cesó el levantamiento mediante pláticas, promesas y cumplimientos. ¡Gran experiencia para un penitenciarista! Juego de niños, empero, frente a otros motines que han assolado las prisiones mexicanas, corrompidas y corruptoras, profundamente envilecidas. Motines largamente incubados, a ciencia y paciencia —o acaso sólo paciencia: abulia, desfachatez, inercia— de quienes debieron prevenirlos. Motines vindicativos, de hombres desesperados —siempre el mayor peligro—, a partir del que casi destruyó la prisión de Oblatos, en Guadalajara, y cobró numerosas víctimas: quemados, acuchillados, degollados.

En los últimos años hemos presenciado motín tras motín. Ya forman parte, según parece, de la historia natural de nuestras prisiones. Hasta hubo uno, que produjo muertes numerosas, en el “cereso” de Almoloya de Juárez —no la nueva prisión federal, de máxima seguridad—, que alguna vez fue el orgullo del penitenciarismo mexicano. De donde salían hombres rehabilitados y buenas noticias, acabaron saliendo cadáveres. A ese punto llegó la obra destructora minuciosamente consumada en el curso de dos décadas.

Resuelto el motín de Lecumberri, comenzó la reconstrucción moral del reclusorio. Sí se podía, y se pudo. En tres meses cambió radicalmente la situación en el reclusorio. Se alivió el trato a los delincuentes políticos, que había sido sumamente opresivo, sin necesidad alguna. Se moderó el intrincado y corrupto procedimiento de ingreso de visitantes. Se desmanteló la red de tiendas y negocios que algunos reos tenían “concesionadas”, para explotación de los restantes. Se desmontó el sistema de “mayores” de crujía. Se llevó adelante un bienhechor programa de recreación y cultura. No hubo lesiones, homicidios, fugas, motines, huelgas de hambre. Nada de eso hubo en Lecumberri. Perdió, pues, las características que lo distinguían como Palacio Negro —en la versión popular—, cloaca máxima de las prisiones mexicanas.

Entre las cosas que fueron posibles, figuró una con el más alto valor simbólico; un genuino rescate, sin alharaca, de los derechos humanos, donde hay que rescatarlos: en la trinchera diaria; un gesto temido por algunos prisioneros, de buena conducta, que se creyeron en grave riesgo al considerar destruido el mayor instrumento de intimidación que había en la cárcel. Me refiero a la clausura del “apando”. El apando estuvo ligado a la historia de Lecumberri. Acompañó al presidio, lo hizo temible, lo hizo terrible. No se ha perdido todavía el recuerdo de la obra de José Reueltas sobre este tema y con este nombre.

Del libro *El final de Lecumberri* tomo la descripción que hice del apando en esos días, tras haberme referido a las celdas de castigo en otras prisiones, entre ellas las Islas Marías.

En Lecumberri —escribí—, el apando era... la celda más distante en cada crujía: una presencia amenazadora, pero no un espectáculo vivo, a la luz, que pudiese ser bien observado. A la vista, sólo estaba la puerta; lo demás, dejado a la imaginación, al testimonio o al recuerdo.

En la crujía ‘G’, la más grande... el apando se hallaba en el segundo piso, al fondo. Era una celda común, forrada de lámina de acero, desprovista de mobiliario, a la que se había cegado la fuente de aire y de luz que otras celdas tenían en la parte más alta de la pared frente a la puerta. Sólo las cuatro paredes, desnudas, inexpugnables; la puerta hermética cuya mirilla se abría desde afuera, para introducir alimentos, girar instrucciones o ejercer la custodia; algún lugar, tal vez, para el desahogo fisiológico, y nada más, salvo el silencio franqueado por voces apagadas, la fetidez, la oscuridad.

En el piso inferior de la crujía, justamente bajo la celda ocupada como apando, se instaló un baño de vapor, abierto comercialmente a los internos. Este lugar se mantenía constantemente húmedo y caliente; el calor que ascendía por las paredes y el techo, a un tiempo piso del segundo nivel de la construcción, ejercía su propia influencia sobre el clima del apando.

Ese era el lugar de castigo ideado por quienes tuvieron a su cargo el cumplimiento de los artículos 18 y 20 de la Constitución de la República: el sistema penal es medio para la readaptación social del infractor; todo maltrato en la prisión, toda molestia que se infiera sin motivo legal, es un abuso que será corregido por la ley y reprimido por la autoridad.

Por años se trabajó en el diseño y la construcción de los nuevos reclusorios del Distrito Federal: cuatro cárceles preventivas y un centro médico para inimputables y enfermos que requerían tratamiento especializado. El 11 de mayo de 1976 fue inaugurado el Centro Médico de los Recluso-

rios. En la ceremonia hablaron Alfonso Quiroz Cuarón —maestro excepcional, factor de renovaciones criminológicas y penitenciarias— y Octavio Sentíes, jefe del Departamento del Distrito Federal. Escuchó la audiencia atenta, en la que figuraba el presidente de la República, Luis Echeverría. Otros dos reclusorios de los cuatro previstos quedaron concluidos poco más tarde: en el norte y en el oriente. Años después estuvo listo el del sur. Jamás llegó hasta septiembre de 1994,\* por lo menos el necesario reclusorio del poniente. El Centro Médico de Reclusorios fue utilizado, también en esos años después, como prisión para mujeres que hicieron sus celdas de papel maché, narra la directora de entonces, Ruth Villanueva, y los enfermos mentales, los inimputables, regresaron a un reclusorio común. Se volvió a retroceder. La huella de Penélope, inexorable.

La desocupación de Lecumberri comenzó el domingo primero de agosto de 1976. Una tarde de domingo, al final del tiempo destinado a la visita familiar. Se convocó a los primeros reclusos que serían trasladados. Hubo pase de lista. Inmediatamente después, llevando cada uno sus escasas pertenencias, fueron trasladados en “julias” de la policía, bien custodiados, hasta su nuevo destino: el Reclusorio Norte. La mudanza se consumó en algunas semanas. Las nuevas prisiones quedaron en marcha. Otro horizonte que se abría.

Me cito de nuevo, en *El final de Lecumberri*:

El 26 de agosto, al medio día, el Jefe de Vigilancia me rindió parte de sin novedad, y en su acostumbrado informe sobre movimiento de población se anotaba que en Lecumberri no había ya reclusos; en ese día salieron los últimos hacia las nuevas prisiones. La penitenciaría de Lecumberri, luego Cárcel Preventiva de la Ciudad, había terminado. En sus patios, celdas y crujías, en sus talleres abandonados, entre las altas rejas, bajo los garitones solitarios, en las ‘cuadras’ de la vigilancia, en los accesos a los juzgados, en las capillas y fuentes, ante las puertas selladas de los ‘apandos’, bajo los trozos de cielo azul de la tarde, que sólo se ensanchaba en el campo deportivo, entre los pabellones para alienados, en las aulas de la ‘Venustiano Carranza’, en el polígono temido, había solamente silencio. En todas partes asomaban huellas de la salida: objetos inútiles y abandonados, inscripciones finales, enseres pobres y destrozados, libros y cuadernos con notas casi infantiles, abiertos los excusados malolientes, desolados los terribles ‘cuarteles’, retraídos y polvosos los grandes libreros de la biblioteca. En la crujía

\* Esta situación persiste en 1999.

L, decenas de palomas revoloteaban, rumoraban, abandonadas en la partida de los presos, dueñas del inmenso edificio.

Atrás se hallaban, confundidos en el torrente de la historia, los anhelos correccionales de Macedo; atrás, los de Otero; atrás, los de Franco Sodi y Piña y Palacios. Quedaron las cosas como las dejó Macedo mismo, al final de los actos inaugurales: en silencio y soledad. Entonces, silenciosos y solos los hombres; ahora, el edificio, testigo de muchas tormentas sobre el cielo de México. En el hospital de la cárcel quedó una placa recordatoria de que en ese lugar se hizo la necropsia de Francisco I. Madero y José María Pino Suárez, asesinados frente al muro de Lecumberri.

Pocos días antes del final de Lecumberri comenzaron las obras de demolición de la cárcel. Desde mi despacho, en la dirección, escuchaba el golpe de la piqueta: instrumento hecho para nuestras manos. Con él hemos arruinado el patrimonio material de México. Con él hemos zanjado querellas históricas. La piqueta no nos abandona. Para enterrar las ideas del adversario, demuele sus edificios. Es una especie de exorcismo. Caído el edificio, sale volando el espíritu que lo habita.

Con la piqueta, pues, resolvemos todo. Ha sido, en buena medida, la herramienta de la modernización salvaje. Los invasores dieron buena cuenta de las construcciones alzadas por los pueblos originales, para establecer, tomándolas como cimiento o cascajo, sus iglesias y catedrales. La Reforma hizo pedazos el paisaje de templos y conventos. El porfiriato clausuró el siglo con más demoliciones que construcciones. La Revolución triunfante destruyó buena parte de cuanto restaba de los siglos anteriores, y por supuesto hizo añicos los edificios afrancesados que recordaban los años y las glorias de don Porfirio. Así hemos fincado nuestro paisaje urbano: destruyendo con saña.

Por fortuna, un grupo de arquitectos, urbanistas, historiadores, artistas, detuvo la mano que blandía la piqueta. Visitaron al presidente. Alegaron. Pidieron. Convencieron. Se suspendió la demolición y quedó pendiente lo que se había planeado para relevar a Lecumberri en el gran predio que sería desalojado: la Alameda del Oriente. Pudieron coexistir en la misma ciudad el viejo edificio carcelario y las nuevas prisiones, que al cabo de algún tiempo devendrían viejísimas instituciones: no digamos premodernas, sino anteriores —por sus usos y costumbres, sus “mañas” deplorables— a los sueños de los científicos porfirianos.

De tal suerte se salvó lo que debía salvarse. Así hubiéramos podido preservar los templos, los palacios, los conventos, las escuelas, los mercados, los hospitales, las residencias, las plazas y avenidas: todo, en fin, lo que se destruyó implacablemente, so pretexto, a veces, del buen orden público, del progreso. Glorificados autoritarios han sido activos demolidores. Va lo uno con lo otro. O bien, la piqueta va de la mano de la ignorancia: conforman una ecuación perfecta. Como sea, en este caso se salvó el espléndido edificio y quedó adscrito, previa la adaptación que hizo el arquitecto Jorge Medellín, al Archivo General de la Nación, en la época del presidente López Portillo.

Agradezco a la directora del Archivo, mi apreciada amiga la maestra Patricia Galeana, su invitación para redactar estas líneas destinadas a una obra sobre el edificio que ocupa el Archivo. Alguna vez dije que hoy se encuentran los mejores documentos de la república en el establecimiento que antes ocuparon los peores hombres, o quienes fueron calificados de este modo. En el cambio, ganó Lecumberri. Quienes se aplican a la indagación de nuestra historia —difícil, sorprendente, sinuosa, como son, quizá, todas las historias nacionales— ocupan el edificio en el que alguna vez luchamos muchos mexicanos: por la libertad y la justicia, que debieron asegurarse, trabajosamente, en las sentencias de los tribunales que juzgaron en ese recinto; en el quehacer de los custodios, médicos, trabajadores sociales, psicólogos, penitenciaristas que ahí transitaron; en la ilusión infatigable de los legisladores; en las iniciativas de los estadistas; en el esfuerzo sobrehumano por sobrevivir, que hicieron millares de presos. Si no fue así, la culpa no es del edificio en el que hoy flamea la bandera de la nación, custodiada por el principal de sus archivos.

## TEMAS PENALES EN LA PLANEACIÓN NACIONAL \*

SUMARIO: I. *La readaptación social en la Ley de Normas Mínimas*. II. *Readaptación social y reinserción del liberado*. III. *Modernización de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*. IV. *Ética y servicio público*.

Durante abril de 1995 hubo una serie numerosa de sesiones de trabajo destinadas a preparar la expedición del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, conforme a las normas constitucionales y legales aplicables a esta materia. Entre los temas sujetos a consulta pública figuraron varias cuestiones de contenido penal, acerca de la procuración de justicia y la readaptación social, entre otras, así como asuntos de mayor alcance, vinculados con esos temas, como la ética en el desempeño de las funciones públicas. A continuación figuran tres trabajos que presenté en otros tantos foros de consulta. Al pie de cada uno se menciona el lugar de presentación y la institución convocante.

### I. LA READAPTACIÓN SOCIAL EN LA LEY DE NORMAS MÍNIMAS

Esta mesa<sup>1</sup> se propone examinar la actualización y la aplicación de la Ley de Normas Mínimas, el breve ordenamiento, tan citado como incumplido, que dio a México un sustento conceptual y normativo para la construcción de un derecho penitenciario moderno y, lo que es más importante, para la instauración de un sistema real, a la altura de nuestro tiempo.

La palabra “actualización” tiene dos significados en el Diccionario de la Real Academia. Significa, por una parte, “poner en acto”, y por la otra, “hacer actual una cosa, darle actualidad”. Esto último implica, a su turno, en mayor o menor medida, una acción transformadora, una reforma, un cambio de algo que se rezagó, y que en tal virtud ya no sirve o

\* En *Criminalia*, año LXI, núm. 2, mayo-agosto de 1995, pp. 151-174.

<sup>1</sup> Foro organizado por la Secretaría de Gobernación, México, D. F., 3 de abril de 1995. La ponencia se tituló: “Actualización, homologación y aplicación de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados”.

sirve poco, por algo que sirva mucho y bien: que sea, en suma, un instrumento útil para la hora actual. Me he permitido este preámbulo semántico para entender qué ocurre con la Ley de Normas Mínimas y qué debiera ocurrir. Porque a menudo nos asalta la tentación —que raras veces resistimos— de entrar a cuchillo en las leyes, cambiar palabras y conseguir, al final de un proceso febril, una nueva norma cuyo único trabajo efectivo será conservar, sin embargo, una antigua realidad. Este cambio total para que todo permanezca intacto, es el “gatopardismo” legislativo, que también acecha a los ordenamientos penitenciarios.

Habría que sustituir a la Ley de Normas Mínimas, sin más dilación, si ésta, aplicada y aprovechada en todas su posibilidad, hubiera dejado de servir al fin para el que fue expedida. Habría que relevarla si nuevas ideas penales hubiesen superado a las ideas que la informaron. Habría que darle buena muerte si se hubiera convertido en un obstáculo para el progreso penitenciario, en vez de ser el instrumento que requiere el desarrollo de este sector —aún tan importante— de nuestro sistema penal.

De no ser ese el caso, la reforma indiscriminada o la sustitución de la ley sólo consumirían energías que se requieren para mejor causa —la causa de la realidad— y habría despertado nuevas ilusiones que pronto se convertirían en nuevas frustraciones. O bien, podría ocurrir lo que sucedió en el ámbito de los menores infractores, en que el ímpetu legislativo hizo regresar un siglo de las manecillas del reloj. El más notorio producto de la nueva ley para menores infractores —en la que no insistiré, porque no el tema de esta mesa— ha sido devolver a los menos al ámbito del derecho penal. De esta suerte, en la víspera del siglo XXI regresamos, de plácemes, a la víspera del siglo XX.

La Ley de Normas Mínimas ha sido cumplida en parte, buena parte, y se mantiene incumplida en otra, no menor ni menos importante que la primera. En mi concepto, lo que hoy apremia, como urgía hace veinticinco años, es reconocer el espíritu de ese ordenamiento y leer y aplicar sus preceptos. No quiero decir que nada deba cambiar. Sería absurdo, pueril, peligroso, oponerse a la reforma de las leyes. Equivaldría a poner diques a la vida, que ésta acabaría por romper o desbordar. Sólo pretendo que antes de la reforma se vea con objetividad, con pulcritud, con sinceridad, lo que verdaderamente necesita el proyecto penitenciario mexicano.

Quizá acabaríamos comprobando, sorprendidos, que los males que en este orden padecemos no derivan del envejecimiento de la ley, sino de la tiranía de nuestras costumbres, que se niegan a cumplirla.

A mi modo de ver, el establecimiento de un auténtico sistema penitenciario —algo muy distinto de la proliferación de normas, cárceles, discursos y preliberaciones— demanda conceptos penales donde se concilie la dignidad del hombre con la defensa de la sociedad; leyes modernas que traduzcan esos conceptos en normas, con puntualidad y sin demagogia; instituciones idóneas —en libertad o en reclusión— para aplicar los conceptos y las leyes que los recogen; y personas —hombres concretos, de carne y hueso, bien reclutados, seleccionados, capacitados, supervisados, retribuidos— que trasladen a la vida, a través de las instituciones a su cargo, aquellos conceptos y aquellas normas. Menos que esto no es un sistema penitenciario, aunque se ufane de serlo y se refugie entre las paredes de un Cereso: extrañas siglas que proclaman, a menudo, aquello que las cárceles no suministran en lo absoluto: la readaptación social del recluso.

No es posible examinar ahora cada uno de estos temas en la Ley de Normas Mínimas y en realidad insumisa. Se sabe que está en marcha un programa de formación y personal o de recursos humanos, como se dice cuando se pone en pie de igualdad a los hombres con otros recursos que la administración maneja: los bienes y el dinero. El éxito de ese trabajo determinará el éxito mismo del quehacer penitenciario del Estado mexicano.

También está en movimiento un enorme esfuerzo de construcción de reclusorios. Era indispensable. No sería posible afrontar los problemas de la ejecución penal sólo con buenas intenciones y medidas de excarcelación apresuradas. Pero hubiera sido deseable que ese trabajo, tan agobiante y oneroso, emprendido con voluntad encomiable, se hubiese disciplinado a las necesidades y realidades, a los problemas y propósitos del tratamiento penitenciario.

Desde luego, no conozco todos los reclusorios de reciente construcción. Sólo conozco algunos. Y en ellos me extraña —o quizá ya no me extraña— el cuantioso ahorro en imaginación para incorporar soluciones obvias y sencillas, el olvido de los problemas cotidianos de las cárceles, la admisión de errores cuya corrección —si fuese posible— consumirá más dinero y más trabajo. Por eso me persuado más de la idea —que quisiera transmitir en este foro— de que el establecimiento de un sistema penitenciario requiere, antes y como condición *sine qua non*, un buen sistema de planeación penitenciaria. No basta con ocupar la casa de prisa. Primero hay que diseñarla.

Vamos ahora a la readaptación social. Comenzaré por reconocer que no existe claridad suficiente en el significado que damos a esta expresión,



y por lo tanto, en lo que exigimos y hacemos en torno al tema, tanto en general como en cada caso concreto. Y también reconoceré que la readaptación no es ni puede ser el único fin de la pena. Hay otros propósitos que ésta aparece también, aunque no los digamos ni los aceptemos, salvo en voz baja. Pero no alarmaré a un foro sobre readaptación social internándome en el grave terreno de la retribución inherente a las penas, cualesquiera que éstas sean.

El hecho es que nuestra Constitución señala que el sistema penal se dirige a la readaptación social de los infractores. Si esto es así —y mientras lo sea— es preciso que todas las medidas penales reconozcan ese propósito y lo sirvan. Habría que preguntarse si cada una de las reformas, tan impetuosas — y civilizadoras, muchas de ellas— llevadas a la ley penal en los últimos tiempos, han tomado en cuenta —no para las exposiciones de motivos, sino para la realidad estricta— el designio de readaptación que postula nuestra carta magna. Y habría que preguntarse si los famosos Ceferesos son verdaderamente esto: Centros Federales de Readaptación Social, o si se concretan a ser —y no censuro ahora, necesariamente, que lo sean— Centros Federales, pero no de readaptación. De ser el caso, nos ahorraríamos unas letras en las siglas: diríamos, más sencillamente, Cefes en vez de Ceferesos.

Toda la filosofía penal de la Ley de Normas Mínimas está montada en el proyecto de readaptación social: desde el nombre hasta la última de las estipulaciones, expresa o implícitamente, atienden a ese designio. Los beneficios o derechos —que para el caso son lo mismo— establecidos por la Ley de Normas Mínimas, y también los beneficios tradicionales en la ley penal, como la libertad preparatoria, tienen sentido en la medida en que se fundan, conceptual y prácticamente, sobre la readaptación social del recluso en un sistema que verdaderamente la propicia.

Si esto no sucede, esas medidas liberadoras pierden su razón de ser, se transforman en meros instrumentos de “despresurización” penal —para recordar esta palabra semibárbara— y acaban por generar peligros sociales innecesarios e injustificados. Una política indiscriminada y automática, que se resume en la acción de “encarcelar”, culmina en otra de signo contrario, no menos apresurada y mecánica, que se concentra en la acción de “excarcelar”. Nada más lejos de mi intención, por supuesto, que refutar o desdeñar la sustitución de sanciones, la reducción del encarcelamiento, el abandono —inclusive— de la pena privativa de libertad en un número creciente de casos, mientras llega —si llega— la fase superior del

sueño penal: la supresión de la cárcel. Sólo apunto que la desviación en el uso de las medidas libertadoras altera la naturaleza de éstas y quebranta los buenos propósitos que las guían. Ahora que está de moda formular reproches al populismo, diré que esas alteraciones en la libertad preparatoria, en la remisión parcial de la pena y en la preliberación, son una lozana versión de “populismo penitenciario”, yerba mala que es preciso arrancar de una vez.

Me parece que uno de los asuntos más importantes para la nueva administración del sistema de ejecución de penas, que comienza con entusiasmo, competencia y buena fe, es la recuperación de lo que nunca se debió perder: el proyecto de readaptación social, como un deber del Estado, no como un pasatiempo retórico.

Conviene recordar que no se trata solamente de un gesto fraterno y generoso dirigidos a los reclusos —aunque lo es, enhorabuena—, sino también de un compromiso responsable y solidario destinado a quienes no son reclusos y esperan que el régimen penal del Estado democrático proteja sus derechos y sus intereses con la misma diligencia, por lo menos, con que tutela a aquéllos.

Esas medidas —repito: libertad preparatoria, remisión parcial y semi-libertad— no dependen de los días transcurridos en prisión. No son un problema de aritmética. Son un tema de readaptación social, y por este conducto deviene un asunto, entre los más delicados, de la justicia. Comprendo que en el lenguaje popular todo el contenido de la Ley de Normas Mínimas, toda su filosofía penal, todos sus proyectos y los trabajos desplegados para satisfacer éstos, se hayan podido resumir en una frase alegre y sentenciosa: “dos por uno”. Pero no entiendo que el Estado, encargado de la justicia penal, instrumento de la justicia individual y social, haga suyo ese brevísimo discurso, descanse en él y despache sus atribuciones con un criterio de “dos por uno”.

## II. READAPTACIÓN SOCIAL Y REINSERCIÓN DEL LIBERADO<sup>2</sup>

Cuando se habla del reo liberado, se habla de la prueba de fuego de un sistema penal. El Estado construye este sistema con un solo designio,

2 Exposición en el foro organizado por la Secretaría de Gobernación, Mérida, Yucatán, 19 de abril de 1995. La ponencia se denominó: “Problemas de la readaptación social y la reinserción social”.

ambicioso y explícito: liberar al recluso; hacer del prisionero un hombre libre. Todo se alinea con tal propósito: desde la acción del policía hasta la sentencia del magistrado. Algo de esto pudo fallar en el largo camino que va desde la captura hasta la excarcelación, pero la reincorporación del liberado no puede fracasar, o deberemos enfrentar un nuevo delito.

Y es aquí, sin embargo, donde cede el énfasis de la acción política, se desvanecen los trabajos públicos, queda el antiguo reo —ahora reo de nuevo, pero de un proceso informal que lo vigila y excluye— encomendado al buen ánimo de sus conciudadanos, que no lo reconocen, por cierto, como uno de ellos, una especie de conciudadano renacido, digámoslo de este modo, sino como un errante sin puerto de arribo. Una suerte de apátrida, pues, en la sociedad que lo tuvo en prisión precisamente para darle patria cuando franqueara, de salida, los muros que franqueó, de entrada, cinco, diez, veinte años atrás. En suma, el liberado encuentra que no pagó lo que creía haber pagado. Advierte —lo dijo hace muchos años Olof Kinberg— que la verdadera pena comienza cuando sale de la prisión.

Hace treinta y cuatro años, en la Penitenciaría del Distrito Federal, hice mi primer trabajo en torno a los reos liberados. Se trataba de conocer la situación que guardaban los inminentes excarcelados —tras varios años de reclusión— cuando quedaran en libertad absoluta o preparatoria. No había entonces preliberación, ni había remisión parcial de la pena, bienes que ha traído la Ley de Normas Mínimas y que pueden convertirse en males —así ha sucedido en numerosos casos— cuando las medidas no obedecen a la readaptación, como debieran, sino al simple curso del tiempo, más o menos aprovechado: el “dos por uno” que se suele decir. Esta simplificación aritmética de lo que debiera ser un profundo examen de personalidad ha causado un inmenso daño al penitenciarismo mexicano. Pero no me ocuparé más de este asunto, que ya se examinó en otro foro convocado por la Secretaría de Gobernación.

En 1961-1962, al cabo del estudio personal y directo de cuantrocientos reclusos de la Penitenciaría del Distrito Federal próximos a la liberación, se vio que el 40% tenían entre 20 y 30 años de edad; que los reincidentes representaban el 64.75% del total; que el 16% de los excarcelables no habían desarrollado ningún trabajo en prisión —ni siquiera alguno de esos pasatiempos que a veces calificamos como “trabajo en reclusión”—; que el 44.25% carecía de ahorros; que el 22.25% no contaban con alojamiento a su salida del reclusorio, y que el 65.75% no tenían acomodo laboral seguro. En suma, todo conspiraba en contra de los liberados.

Han pasado más de treinta años, y me pregunto y pregunto si han cambiado radicalmente las condiciones de las libertades en la generalidad —o en la totalidad— de las cárceles mexicanas. Si ha habido un cambio drástico, si esos hombres y mujeres trabajaron con desvelo y con provecho a lo largo de la reclusión, si formaron un fondo de ahorros que les permita un respiro, si a todos los aguarda una vivienda digna y una ocupación segura, si son hombres maduros y preparados, si los reincidentes son la excepción y los primerizos la abrumadora mayoría, es decir, si las condiciones de los liberados son mejores que las de la mayoría de los mexicanos que jamás han pisado una prisión, entonces todo se ha modificado. Habría que izar bandera blanca y levantar de inmediato esta mesa, para dedicar la energía de los participantes a otro asunto que la merezca. Pero sospecho que no es así. De la década de los ochenta han dicho los analistas de la economía que se trata, para América Latina, de una década perdida. ¿Habría que decir algo semejante de estas décadas en lo que atañe a los liberados de nuestras prisiones? Quizá no tanto, es cierto. Pero tampoco mucho menos, también es cierto.

Vuelvo al tema de la readaptación social y de los medios para conseguirla, que será el cimiento del éxito o del fracaso que se tenga con los liberados de la prisión. Recordemos que los analistas de la pena —pero también los prácticos, que son, al fin y al cabo, los verdaderos constructores del sistema penal— han reconocido cuatro finalidades de las sanciones. Pueden ser castigo. Pueden ser ejemplo. Pueden ser medio de expiación. Y pueden ser vehículo de readaptación social. Todo esto se halla sujeto a debate. Hay quienes consideran —y yo me sumo a ellos— que esas finalidades de la sanción no son mutuamente excluyentes, sino coexistentes; y que el castigo es inherente a la pena, de manera natural e ineludible, y además conveniente.

Sea lo que fuere, el hecho es que nuestra Constitución Política, que en 1917 hablaba muy pretenciosamente —y además peligrosamente—, de “regeneración” del infractor, ahora sólo habla, desde 1965, de “readaptación social”. Dice que la Federación y los estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones con los ojos puestos en la readaptación social del sentenciado. Hacia allá se dirige, pues, todo el esfuerzo del Estado mexicano que enfrentan al delincuente y lo vence en un primer episodio, pero sabe que habrá, después de la cárcel —y de las demás penas— otros episodios por resolver. Esta es la referencia constitucional: buena o mala, anticuada o moderna, hacedera o imposible, esta es. Y por

ende, todo el aparato de la justicia penal tiene que leer ese mapa y tomar ese rumbo.

Otra cosa sería si el designio, mucho más sencillo, fuese castigar. Entonces no importaría que el reo estuviese readaptado. Ni siquiera se plantearía esta cuestión. Bastaría con que hubiera recibido su merecido, como lo señala una frase popular. Y otra cosa sería el objetivo de la prisión fuera poner ejemplo, intimidar a los buenos ciudadanos con la noticia y la experiencia de lo que les ocurre a los malos. Entonces bastaría con que hubiera terror a la cárcel entre los que no han delinquido, aunque no hubiera nada en el que acaba de padecerla. Ya no es tanta la diferencia, en cambio, cuando se supone que el propósito es purgar la culpa, expiar el pecado, purificar el espíritu, como lo quieren las versiones religiosas y morales de la prisión. Si esto sucede, habría arrepentimiento, y con él alguna señal de enmienda y en tal virtud, una discreta esperanza.

Ahora bien, el concepto de readaptación todavía no está suficientemente claro. Confesemos que a menudo —si no es que siempre— nos lanzamos entusiastas a una tarea de readaptación, sin saber exactamente de qué se trata. Ninguna ley la define. No hay definiciones obligatorias. Por ende, cada aplicador interpreta. ¿Es rehabilitación, como parece si se considera que el infractor es un inválido social? ¿Es adoctrinamiento, para que el reo “crea” lo que “cree” la sociedad, o mejor aún, lo que propone el Estado? ¿Es abdicación de una personalidad oficialmente repudiada, en aras de otra, oficialmente aprobada, caso en el cual el método más cumplidor de la readaptación sería el lavado de cerebro?

Me parece que no se trata de nada de eso. No, al menos, en una nación respetuosa de la dignidad humana, que practica lo que proclama a propósito de los derechos del hombre y la libertad de los ciudadanos. Así las cosas, la readaptación social se concentra y satisface con algo menos ambicioso y más accesible. Ni suprime el albedrío —el poco o mucho albedrío que todavía tenemos—, ni deja al individuo, tampoco, otra vez a merced de sus impulsos, sus errores y sus carencias.

Readaptación sería, en suma, dar al sujeto aquello que suelen tener los hombres que se mantienen a salvo de cometer delitos —no obstante las tentaciones, las provocaciones, las solicitudes para cometerlos—, y cuya falta, en el caso concreto, pudo explicar e impulsar la conducta delictuosa. Dicho de otra manera: dar educación a quien carece de ella, capacidad laboral a quien no la tiene, salud a quien la ha perdido, y así sucesivamente. Sólo bajo esta idea sobre la readaptación social se puede

entender que la Constitución diga que el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación son los medios para la readaptación social del sentenciado.

No es misión de la cárcel formar buenos presos, sino preparar hombres libres ordinarios. Tampoco héroes, sabios o santos. Sólo hombres libres ordinarios. Extraña paradoja: la prisión, que es, por definición, un cautiverio, tiene a su cargo algo enteramente distante y distinto de lo que ella es. Sin embargo, esa es su misión. Hay quien se extraña de la indocilidad de algunos reclusos —indocilidad que puede ser el angustioso síntoma de que rechazan una situación contraria a la naturaleza humana—, y que en contrapartida exhiben a un preso satisfecho de serlo como ejemplo de hombre apto para la libertad.

Hay, desde luego, quienes se adaptan con naturalidad a la reclusión. Puede ser por fallas graves de personalidad, inmadurez, incompetencia, temor a la vida. Pero también puede ser porque fuera —y esto es ya un problema de justicia social— las condiciones de existencia son más adversas que dentro. Ahora recuerdo la narración que sobre este punto hace Anatole France en su obra *Crainquebille*. Tras un breve encarcelamiento, Jerónimo Crainquebille, el personaje del relato, medita de esta manera: “Llevaba muchas horas sin comer, sin otro abrigo que los sacos del vendedor de castañas, y recordó los quince días pasados en la cárcel donde la justicia le dio cama y alimento. Envidió la fortuna de los encarcelados, que no padecen frío ni hambre”. Quizá Crainquebille también vivió, como hoy viven tantos, en una hora de crisis.

Como se ve, para la prisión —antecedente obligado de la libertad— promueve la readaptación social del sentenciado —o algo más modesto: evite una desadaptación todavía más grave— debe llevar adelante un tratamiento. Esto implica, entre otras cosas, que haya un verdadero régimen de educación, digna de tal nombre: ética, cívica, académica, laboral, y hasta diré estética; que exista un genuino régimen de capacitación para el trabajo, esto es, que se prepare el encarcelado para la competencia en la sociedad libre, donde han prosperado avanzadas tecnologías que exigen del trabajador un alto grado de preparación; que se haya beneficiado de relaciones con el mundo libre, información, participación, para que no se convierta en un extraño absoluto, casi un visitante de otro mundo, en el momento mismo en que cruce la puerta de la prisión; que se le haya brindado la atención médica —medicina del cuerpo, pero no sólo ésta— que necesita para fortalecer su capacidad física e intelectual y salir, de nuevo,

a la vida real, porque la vida en reclusión es una existencia artificiosa e irreal; que haya un razonable conocimiento sobre las características del reo —que debió determinar, asimismo, las características del tratamiento—, para tratar en forma diferente a los desiguales y establecer, con realismo y buen juicio, en qué caso hay readaptación y en cuáles no se ha conseguido ni será posible obtenerla; y que la libertad del recluso se haya preparado con cautela, cuidado, inteligencia, para que no sea un choque, un suceso abrupto, otro accidente, sino un proceso paulatino y regular, como el que se aconseja a un convaleciente.

Todo eso forma parte del sistema de readaptación, que condiciona las perspectivas de la etapa de excarcelación. De otro modo, no habría tal readaptación social, sino apenas una apuesta, un juego de azar: ver si el sujeto sale bien, independientemente de la cárcel o a pesar de ella.

Si eso se espera que haga la prisión, hay otras cosas que debe hacer la sociedad a la que regresa el liberado. Ante todo, debe entender que en la lógica de los delitos, los juicios y los castigos, hay un momento para cada cosa, y que el juicio se desarrolla en el tribunal y el castigo se practica en la prisión y no después de ella. Además, debe aceptarse como sociedad abierta a todos los integrantes naturales, y admitir que el excarcelado es uno de ellos y tiene derecho, por lo tanto, a regresar y vivir. Renunciarán las “buenas conciencias”, por lo tanto, al uso de la marca de Caín. Prescindirán del estigma. Y si esto acepta la sociedad, y además comprende que el éxito del liberado es para ella una condición de paz y seguridad, porque evitará la reincidencia, debe también abrir el espacio para que el excarcelado encuentre, pronto y bien, lo que necesita con más apremio: trabajo. Todo eso se debe pedir a la sociedad, y para pedirlo es preciso formar en ella una “cultura de la incorporación”, a cambio de la “cultura de la exclusión” que generalmente prevalece.

Pero no es fácil pedir a la sociedad imprudencia o milagros. Es en este punto donde las instituciones que tutelan a los liberados pueden encontrar los mayores obstáculos, no propuestos apenas por una comunidad reticente, sino impuestos por un requerimiento necesario, que no se puede satisfacer, o por una circunstancia económica y social que es hostil para todos, no se diga sólo para los excarcelados.

En efecto, en cuanto al primer caso, ¿cómo reinsertar al excarcelado en el mercado de trabajo, cuando en reclusión hizo cualquier cosa, menos trabajar, o destinó su tiempo y sus fuerzas a tareas marginales, sin destino económico ni aceptación, que le convirtieron en un artesano de la prehis-

toria? Y por lo que toca al segundo caso, ¿cómo resolver el grave, gravísimo problema de trabajo del liberado en un país en que prolifera el desempleo? ¿Cómo allegarle medios de subsistencia honrada, si no tiene acceso a una ocupación lícita, o la que tiene es precaria o no le aporta lo necesario para satisfacer sus necesidades más elementales? En plena crisis para todos, ¿qué espacio queda para resolver, ahora y aquí, la crisis de los liberados?

En fin, el problema de los reos liberados obliga a volver el rostro, la exigencia, la censura o la esperanza, hacia atrás y hacia adelante. Hacia atrás, para exigir a los reclusorios que de veras preparen hombres libres, o dicho de otro modo, liberables, no individuos absolutamente descalificados para enfrentar de nuevo la vida que llamamos normal. Y hacia adelante, para requerir de la sociedad una conducta incluyente, por dos razones al menos: porque es debido, moral y jurídicamente, y si esto no basta —y sabemos que no basta—, porque nos conviene. Está en juego la seguridad pública, que es, en rigor, la seguridad de cada quien.

### III. MODERNIZACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL<sup>3</sup>

Se nos propone el tema de la modernización de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, dentro de los trabajos conducentes a la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo. En rigor, este Plan Nacional constituye, por su naturaleza, un ensayo de modernización nacional. Ahora bien, de la modernización y del Plan se puede hablar en dos sentidos. Permítaseme una breve consideración sobre este punto. Parto de la idea de que ningún trabajo, pero menos aún los trabajos públicos, se debiera emprender sin una reflexión sobre el sentido y el destino que lo legitimen. En otra oportunidad he manifestado que México ya cuenta con un Plan Nacional, si se toma este concepto en su más amplio significado. El Plan se localiza en la propia Constitución Política. Es otra manera de llamar, con absoluta propiedad, a nuestra ley suprema. Efectivamente, en ésta se hallan recogidos los objetivos, los procedimientos y los personajes que concurren a formar eso que se ha llamado el “modelo de la nación” al que aspira el pueblo mexicano. Por ello el artículo 26 establece el marco y el

3 Intervención en el foro organizado por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, D. F., 7 de abril de 1995.



derrotero de los instrumentos del desarrollo, así como de este mismo: “Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación”.

Bajo este modelo —y no bajo ningún otro, que resultaría inconsecuente o advenedizo— es preciso formar ahora el Plan Nacional de Desarrollo en sentido estricto. Equivale a un capítulo sexenal en una obra que viene de mucho tiempo atrás, y que sin duda perdurará. Se trata, en suma, de escribir anticipadamente la historia de este espacio de nuestra vida, de manera consecuente con la existencia cumplida y la vida por cumplir. Por ende, el Plan de Desarrollo debe ser, ante todo, un ejercicio de congruencia histórica.

También se habla de modernización. Diré que esta palabra, tan reiterada, despierta diversas reacciones: esperanzas, por una parte, y sospechas, por la otra. Y no me refiero, por supuesto, a la modernización de la Procuraduría, sino a la modernización en general. Aún a riesgo de incurrir en maniqueísmo, vale advertir que hay una modernización “mala”, si se permite esta palabra sencilla y peligrosa, y una modernización “buena”.

La “mala”, aquí como donde sea, no es propiamente modernización, es decir, puesta al día, actualización, renovación. Es lo contrario: abandono, negación, abdicación. La “buena”, en cambio, es continuación o desarrollo de lo que se es, por el conducto de lo que se pretende ser. El que moderniza a la “buena”, no se niega a sí mismo, no renuncia a su raíz, no declina sus banderas. Se afirma. Se arraiga. Enarbola esas banderas con más fuerza y eficacia. Ante el espejo sigue siendo él mismo, y no otro. La modernización a la “mala” quiere que el espejo muestre una imagen diferente, suplantadora, de la que se presenta ante él.

El que se moderniza cumple una doble tarea al través de un doble tiempo. Por una parte, recuerda y cosecha; por la otra, imagina y siembra. Esto es la modernización nacional. Por ende, bajo ese signo entendido la modernización de las instituciones de la República —que son, cada una, baluarte del ser nacional— y así se puede entender la modernización de esta institución en particular.

Existe una historia de la Procuraduría General de la República, pero no, todavía, una de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. En algún arcón —más de memorias que de documentos— debe hallarse el intento de narrar la vida y los milagros de esta institución. Ojalá que alguna vez se recupere ese interés: ayudaría a saber qué fue, cómo y por qué, y en consecuencia, qué será, cómo y por qué, en el futuro que se

avecina y en el que lo suceda.<sup>4</sup> No podemos seguir partiendo, cada vez, de cero. Corremos el riesgo de ser, a nuestra vez, el cero del porvenir.

En todo caso, lo que se puede asegurar es que la Procuraduría del Distrito tiene dos rasgos sobresalientes, que concurren a historiarla, perfilarla y predecirla. Por una parte, coincide con todas las restantes —me refiero a las Procuradurías Generales de Justicia, no a las especializadas— en alojar a una institución clave de la justicia mexicana: el Ministerio Público. Sucede que hay varias vertientes de ese Ministerio Público, producto del federalismo mexicano, pero todas coinciden en un punto de partida, que las ilustra y compromete: el artículo 21 constitucional. Y coinciden en la idea, rara vez puesta en las normas, pero reiterada en todos los programas, los discursos y las actuaciones, de ejercer una “representación social” cuyas características y posibilidades aún se encuentran en el tintero.

El otro rasgo sobresaliente de la Procuraduría del Distrito, que ya no contiene una nota de coincidencia con sus semejantes del país, sino una diferencia que puede ser radical, es el hecho de que ejerce sus atribuciones en la capital del país, una de las ciudades más complejas, pobladas y dinámicas del mundo. Todo lo que tiene de peculiar el Distrito Federal en relación con la República, lo tiene —o debe tener— esta Procuraduría en contraste con las demás. Las características de esta urbe, tan descomunal, han determinado, por ejemplo, que aquí exista el sistema judicial más amplio y numeroso del mundo. Otro tanto sucede en lo que toca a la Procuraduría, interlocutora de ese sistema judicial, y titular de otras funciones que la convierten, además, en interlocutora de una comunidad gigantesca, demandante e insatisfecha. Modernización es ya, sin más indagaciones, capacidad física, profesional y moral para llevar adelante ambas interlocuciones. No puede hallarse a la zaga en ninguno de estos frentes. Su rezago sería el rezago del gobierno.

Sin pretender ahora un examen genérico del Ministerio Público mexicano, conviene observar que éste es una institución con diversas fuentes y distintas facetas. Hay que entender que las instituciones nacionales son un producto nacional. Esto, que parece obvio, no siempre se mira con esa evidencia. Las calificaciones o descalificaciones que se hacen acerca de la institución, suele apoyarse con una cita extranjera, que puede ser per-

4 En 1996 la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal publicó la obra *Historia de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal*.

fectamente aplicable a la realidad donde se formula, pero no siempre es exportable a la realidad que se critica.

Querer —como muchos quieren— que el Ministerio Público mexicano se reconstruya a la imagen y semejanza de otro, es ignorar que esta institución tiene su propio origen, ha servido a necesidades características y enfrenta problemas específicos. Exactamente como pasa con el amparo mexicano: en él se reúnen instituciones que en otros sistemas jurídicos se hallan dispersas. Conviene recordar todo esto a la hora de modernizar a la Procuraduría.

En el curso de su vida, las Procuradurías se replegaron en la averiguación previa y el ejercicio de la acción penal. En esto se confinaron por su propia decisión. Les faltó arrojo, clarividencia y compromiso social. Por ende, no salieron al paso de las necesidades colectivas emergentes. Se hicieron a un lado cuando la evolución —o la revolución— social planteó nuevas demandas. La llamada representación social no quiso representar a la sociedad en sus novedosas y abundantes pretensiones.

Pero las necesidades no cesan ni se detienen. Urgieron al Estado. Y así proliferaron otras Procuradurías. Si pudiésemos hablar en términos deportivos, diríamos que las Procuradurías Generales de Justicia perdieron estos espacios por *default*. Como si no hubiesen querido la calidad de “Generales” de Justicia, sino la de “Particulares” de Justicia Penal. Incluso ahí, en este terreno seleccionado para refugiar todas las fuerzas y toda la atención, hubo desequilibrio. Se puso el mayor énfasis en la averiguación previa, alguno en el proceso judicial, y casi nada en la enajenación de las penas.

El Ministerio Público debió ser el agente de los cambios en el sistema de justicia. Debió ser el *ombudsman*. Hay copiosa doctrina extranjera que afirma lo contrario. Esto no me angustia, porque no estoy hablando para los países en los que se generó esa doctrina. Me refiero a éste y a sus instituciones. ¿Acaso había un órgano del Estado mexicano mejor calificado —constitucional y legalmente— que el Ministerio Público para ser el defensor de la constitucionalidad y la legalidad en México?

Sin embargo, su abandono de esta misión, que estaba al alcance de la mano, y su extravió de la que sí venía desempeñando, determinaron que apareciera otro *ombudsman*, al que en un principio casi se miró como una especie de ángel vengador de los entuertos del Ministerio Público y sus órganos auxiliares. Por eso, entre otras cosas, es plausible que hoy la Procuraduría del Distrito reconozca —al través de su vigente

definición de órganos y funciones— que la tutela de los derechos humanos es un tema que le atañe y no un asunto extraño, del que pueda desentenderse sin más.

La modernización del Ministerio Público puede ser vista como un trabajo de rescate e innovación dentro del desarrollo natural de los servicios del Estado a la sociedad. Existe todo un debate, que aún no concluye, acerca de la tarea y la dimensión del Estado en nuestro tiempo. Es importante que se vea la repercusión que pudieran tener sobre el Ministerio Público estos movimientos de opinión y de administración.

Sin perjuicio de las posiciones discrepantes y extremosas que hay en este campo, lo cierto es que las actividades del Ministerio Público forman parte de ese eje o núcleo natural del Estado, que no puede desaparecer y ni siquiera “adelgazar”. La privatización en este orden de cosas no se dirige a la institución misma del Ministerio Público. Opera en otros terrenos, como lo son los conectados con la autocomposición. Los avances de la querrela y la coadyuvancia no determina necesariamente, por sí solos, una decadencia institucional del Ministerio Público.

En este orden, la modernización implica apoyar el nuevo auge de la autocomposición en el área penal, que es consecuente con la mínima intervención penal del Estado, un principio central del derecho penal humanista, o bien, como algunos le dicen, del derecho penal democrático. Pero ese apoyo también debe destinarse a impedir que los convenios autocompositivos sean el foro donde el abuso triunfa y la justicia se derrota.

Dije que la modernización de la Procuraduría puede ser concebida como un ejercicio de rescate e innovación. Señalo esto, porque creo que a partir del desarrollo real o potencial del Ministerio Público mexicano —es decir, un Ministerio Público con calificativo— es posible identificar algunos puntos interesantes para tal efecto. No sólo se relacionan con el mejor despacho de la función persecutoria del Ministerio Público —la que lo identifica ante los ojos de la gente como policía—, sino con la representación más amplia de intereses jurídicos —que lo identificaría ante esos mismos ojos, y ante los ojos de la historia, como abogado del pueblo y del Estado—. Paso a mencionarlos brevemente.

Es preciso recuperar y desarrollar la verdadera representación del interés de la juridicidad. Esto tiene aplicaciones importantes en el ámbito del Ministerio Público Federal, pero también en el del fuero común. Se trataría de dar contenido, realidad y trascendencia a las atribuciones establecidas en la fracción II del artículo 2o. y en el artículo 4o. de la Ley

Orgánica.<sup>5</sup> Ahí estaba, desde 1983, hace doce años, el Ministerio Público como *ombudsman*. Ahí se quedó. A partir del eje que suministran esos preceptos, el Ministerio Público devendría una figura crucial de la justicia.

Es menester recuperar y desarrollar la verdadera representación social. No tiene sentido —o lo tiene en forma muy limitada— resumir toda la representación social en el desempeño de la acción penal. Hay otros intereses que aguardan representación. No sólo es aplicable este punto a los menores e incapaces, sino también a los llamados “intereses difusos”. En la tutela de éstos —por la vía de la procuración— residiría una de las funciones más notables, útiles y renovadoras de la representación social. Hace falta reconocerlo, en primer término, y luego instituir el procedimiento para la promoción judicial en favor de los “intereses difusos”.

Es necesario recuperar y desarrollar la verdadera representación del interés público. Esto se vincula con la misión del Ministerio Público como abogado del Estado. Con frecuencia se le denomina “fiscal”. El empleo de esta voz es manifiestamente errónea. En una de sus etapas históricas, que hace mucho tiempo concluyó, el Ministerio Público era abogado del Fisco. En los antiguos tribunales que formaron parte de nuestra tradición colonial, hubo funcionarios con aquella designación o una parecida. Todo eso pasó.

Hoy el Ministerio Público no es fiscal, en lo absoluto. Pero puede ser abogado del Estado, aunque haya corrientes de doctrina o legislaciones foráneas que no celebren esta posibilidad.

Por otra parte, a mi juicio, la Procuraduría del Distrito Federal debiera ejercer la consejería del gobierno de éste, e inclusive llevar su representación en determinados asuntos, como sucede en algunas legislaciones locales de la república. Es cierto que últimamente, en virtud de reformas al artículo 102 constitucional, el procurador de la República dejó de ser consejero jurídico del gobierno federal. En mi opinión, esta reforma es errónea. En tal virtud, no vacilo en sugerir una medida en sentido diverso, por lo que toca a la procuración local de la justicia. Aunque aguarde un siglo.

Es necesario dar plenitud también a la representación del interés persecutorio, en el que se encuentra confinado, con sentido rutinario, el Ministerio Público. Para ello conviene insistir en la posibilidad de que el

5 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de mayo de 1996 se creó la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. El contenido de la fracción II de la Ley de 1983 corresponde a las fracciones II y VI del artículo 2o. de la Ley actual.

Ministerio Público pueda impugnar, ante la justicia federal, las sentencias absolutorias que causen agravio al interés jurídico que representa. De esta forma se restablecería el equilibrio procesal entre el inculpado, que tiene tres oportunidades para obtener una sentencia favorable —primera y segunda instancias, y amparo directo— y la sociedad, que sólo tiene dos —primera y segunda instancias—. No se trata de una novedad insólita. Ya existe un remedio procesal equivalente en el marco del contencioso administrativo. Seguramente el interés de la seguridad pública merece por lo menos la misma atención que los asuntos que se manejan en aquellos procesos.

Finalmente, se moderniza esta institución cuando hace lo que hoy practica, es decir, interviene en la planeación del desarrollo, concebido éste como algo mayor y mejor que el crecimiento a secas. La justicia es también un dato del desarrollo: en ella se mira la realidad de un pueblo; es índice de la calidad de la vida. Desarrollo es bienestar material, pero también espiritual: tiene que ver con la moralidad, no sólo con la producción y distribución de los bienes materiales.

Me parece que el avance de la nación se medirá con más finura en la ponderación de la justicia que se le brinda. Si es verdad —plausible o no— que el Estado se retrae de muchas tareas que hasta hace poco desempeñó, no puede retirarse —sino debiera crecer— de otras que no aparezcan intervención económica, sino saneamiento moral. La procuración de justicia es la más característica de esas indeclinables tareas.

#### IV. ÉTICA Y SERVICIO PÚBLICO

Queremos hacer un examen sobre la ética en el servicio público, esto es, acerca de la conducta del servidor público en el desempeño de su encomienda. Esto tiene una doble vertiente. Por una parte abarca la relación del empleado o funcionario con el Estado que lo incorpora, y por otra, comprende la relación con el pueblo que aguarda el buen desempeño de las funciones del Estado y la correcta y eficiente prestación de los servicios públicos. El servidor público es un obligado en los dos espacios: debe dar cuenta al Estado y a los ciudadanos. Ambas responsabilidades tienen una compleja composición: dar cuenta política y dar cuenta jurídica. Para eso se instalan el tribunal de la opinión pública y los tribunales jurisdiccionales. En ese amplio horizonte debe establecerse, analizarse y juzgarse el cometido del funcionario. Siempre a condición —puesto que

hablamos de ética—, de que esos tribunales actúen como verdaderos foros de justicia.

La organización democrática de la vida es una condición de la moral pública, su clima propicio. Donde no hay democracia, ese clima se desvanece y la corrupción sobreviene. Desde luego, no hablo apenas de democracia en su versión más corta y convencional: la democracia de las elecciones, el manejo de los comicios. Me refiero a la otra versión, la más profunda y genuina, la más difícil, la más lejana: un sistema de vida fundada en el constante mejoramiento del pueblo.

Por ello es preciso determinar sin equívocos la misión contemporánea del Estado. Sobre ésta se construye la teoría de la ética en la función pública. Sin este punto de referencia nos perderemos en el bosque de las anécdotas y las ordenanzas. A esa misión del Estado deberá ajustarse el desempeño del funcionario, sujeto a la ley que traduce esa misión cultural e histórica, y a partir de ella se podrá valorar el quehacer de los servidores públicos.

Es erróneo, ilusorio, establecer la ética de los servidores públicos como un mero decálogo que gobierna el comportamiento burocrático. Primero debe quedar bien establecida la ética —dicho de otra forma, el designio moral— del Estado que reúne a esos servidores, dispone sus trabajos y afronta sus consecuencias. Ese designio es el cimiento de cualquier decálogo: espíritu de la ley escrita y de la costumbre de sus intérpretes y aplicadores.

El Estado moderno es —al menos en sus instrumentos declarativos, que recogen cierto concepto moral sobre la tarea política y administrativa— un protagonista de la libertad, la seguridad, la justicia y el bienestar. Pudo ser otra cosa en el pasado. Pero en nuestro tiempo, el Estado tiene a su cargo la realización de esos valores y objetivos.

Son la entraña del Estado moderno, mucha más de lo que pudiera serlo la organización política o la distribución del trabajo, que apenas son instrumentos de aquellos propósitos. La perfección administrativa no absuelve de la deficiencia ética.

Si no sirve a esas finalidades, el Estado no sirve al hombre. Es inútil o dañino. Milita en su contra: por acción o por omisión, ambas adversas a su sentido y a su objetivo. Cuando esto sucede, el Estado debe ser repensado, reorganizado, reformado, hasta revolucionado. Y para efectos prácticos inmediatos, debe serlo desde adentro. De lo contrario, la revisión se hará, inexorablemente, desde afuera, con un costo muy elevado.

Es cierto que se halla en marcha, en el mundo entero, una revisión del Estado. Todos sabemos a lo que nos estamos refiriendo cuando hablamos de esto. Por ello no trataré de precisar ahora si esa revisión realmente tiene que ver con el Estado, o sólo con el gobierno, o apenas con la administración pública. El hecho es que hoy se reflexiona —con graves consecuencias prácticas— acerca de las tareas y la dimensión del Estado. Esta revisión ha traído consigo múltiples resultados, desde excelentes hasta pésimos. Unos favorecen a los individuos; otros, los desvalen, los dejan a merced de fuerzas que los arrasan.

Sea lo que fuere de la revisión del Estado —a menudo propuesta, con gran trivialidad, como un problema de corpulencia o esbeltez del aparato público—, lo cierto es que el Estado sigue siendo visto, querido y necesitado como un agente de los valores y objetivos que dije: libertad, seguridad, justicia y bienestar. Hacia allá debe encaminar sus acciones y en esa misma dirección, por ende, de conducir las suyas el servidor público. En ello reside el dato ético de su compromiso y de su desempeño. De otra suerte existiría pugna entre el Estado y sus servidores, y en esta pugna radicaría, sin duda, una alteración ética, una inconsecuencia, una deslealtad política del empleado o del funcionario.

No compete al servidor público “percibir” libremente o “sentir” —como se dice— el contenido de sus atribuciones, el rumbo de sus tareas y el detalle de sus deberes. Nos hallamos en un Estado de derecho —no sin melladuras—, y en tal virtud hemos de reconocer que es el derecho, no la percepción o el sentimiento, quien recoge las normas morales y orienta la conducta de los funcionarios. Los más importantes valores morales identificados o admitidos por una sociedad, como efecto de un proceso histórico y de una acción política, se hallan depositados en el sistema jurídico. Aquí está el mínimo ético exigible, que es, obviamente, el mínimo ético más importante: el vital o indispensable. Así, la moralidad en el servicio puede ser identificada, para estos efectos, con la legalidad de la conducta.

En consecuencia de lo dicho, el servidor público contrae el doble compromiso que mencioné, con el Estado y con la sociedad, jurídico y ético, cuando realiza un acto particularmente significado: el juramento que hace en algunos sistemas, o la protesta —o promesa— de cumplir y hacer cumplir la ley, que se hace en el nuestro. La admisión del nombramiento vincula al empleado o funcionario, y la protesta proclama ese vínculo.

Dejo de lado, para evitar un examen prolongado e incierto, que no ayudaría a los fines de esta exposición, el problema que aparece cuando



la ley no corresponde a la idea que una sociedad tiene sobre los derechos de sus integrantes y las obligaciones del poder público.

En fin, de la ley proviene el guión para el desempeño del servidor público. Ella dicta las acciones y las abstenciones. El Estado de derecho abarca ambas cosas: lo que el Estado debe hacer en bien del individuo y de la sociedad, constituida en comunidad política, y lo que debe omitir con el mismo propósito tutelar o redentor. Sólo existe un Estado de derecho cuando aquél omite lo que no le está permitido —por ejemplo, oponerse a las libertades o reducirlas— y hace lo que le está atribuido —por ejemplo, crear las condiciones para que haya justicia social—. Ambas tareas —y no una sola— concurren a instalar un verdadero Estado de derecho.

Si el Estado —en este proceso de revisión, que a menudo acarrea reducciones preocupantes— abandona alguna de estas actividades, la enrarece o la hace insuficiente o impracticable, difícilmente se podrá decir que sigue siendo un Estado de derecho, al menos como el derecho es hoy día, o un Estado de moral, al menos como la sociedad entiende a la moral pública: una regla en su más amplio beneficio.

No sobra observar que la llamada autoridad moral del Estado existe plenamente cuando las acciones de aquél —es decir, las de sus representantes o personeros—, cumplidas dentro de su marco jurídico, son autosustentables: persuaden, valen por sí mismas, precisamente porque proviene del Estado, bajo la misma regla de confiabilidad que tiene la institución de la “fe pública”. Entonces no es necesario que acudan otras instancias a convalidarlas, ratificarlas o legitimarlas.

Existe un escollo severo para el ejercicio limpio y fluido del gobierno, cuando los argumentos del Estado, sus afirmaciones y negaciones, sus compromisos y promesas, ya no convencen a los ciudadanos. Esto equivale a la pérdida o la reducción de la autoridad moral, que en una sociedad democrática es la principal fuente para el ejercicio de toda la autoridad. Si no basta la autoridad moral, que es una especie de poder natural e invisible, habrá que depender de las otras formas de autoridad política. Es decir, la coerción ocupa el lugar que corresponde a la persuasión.

En el mundo entero existe un serio cuestionamiento sobre “moralidad” del Estado y de sus funcionarios. Ese cuestionamiento, fruto de una serie de sucesos desafortunados, alcanza a otras instituciones. Entre ellas figuran las directamente conectadas con la constitución del poder, y por este conducto, con la prestación del servicio. Es el caso de los partidos políticos.

Hay que indagar las fuentes del descrédito. Es frecuente inculpar al Estado, a los partidos, a los políticos, a los funcionarios, de todo género de irregularidades. Estas inculpaciones se concentran en un señalamiento: corrupción, que es, a su turno, la desviación de la conducta, la elusión de la ley, el subterfugio o la transgresión para requerir, acordar, brindar y recibir en forma ilegítima un bien o un servicio.

Es absolutamente indispensable que exista un vigilante escrutinio popular de la conducta pública de los funcionarios. También es necesario que el escrutinio se dirija a los factores —el medio, el “caldo de cultivo” — que alientan o no frenan esas desviaciones reprochables. Hace algún tiempo se incorporó entre las políticas del gobierno de México, por un periodo sexenal, la denominada “renovación moral de la sociedad”. Hoy persiste esa necesidad y subsiste ese íntimo proyecto político, con el membrete que se quiera.

Una de las facetas de la renovación moral —bajo los nombres que ahora tenga, y bajo los que pueda tener dentro de seis, doce o dieciocho años— es el castigo de las desviaciones cometidas por servidores públicos. Pero la otra, no menos necesaria ni menos oficial y de la filiación que oficiosamente se le suponga o que efectivamente tenga. Son igualmente desmoralizadoras y destructivas la impunidad del funcionario infractor y la punición del funcionario honorable, por acción o por omisión.

Ciertamente es importante ocuparse en la ética que observa el funcionario público en el desempeño de sus funciones. Pero también hay que explorar la que observa el Estado con sus funcionarios. La moral y la lealtad, la legalidad y la honradez circulan por vías de ida y vuelta, no apenas en un solo sentido. Las hay del servidor público frente al Estado y a los ciudadanos, pero también las hay del Estado frente a sus servidores. Si aquél abandona a éstos, si no emprende la defensa clara, enérgica y suficiente de quienes la merecen, tanto como la sanción puntual de quienes la ameritan, habremos creado un ambiente, una circunstancia, de moralidad a medias, ambigua, que acaba por no ser moralidad en lo absoluto. Termino con la reiteración de una vieja convicción. El deber del Estado —es decir, de los hombres que desarrollan y suscriben su propia conducta como conducta de un ser ajeno y poderoso al que llamamos Estado— con el pueblo tiene un profundo sentido ético. Si no lo tiene, el Estado es apenas un instrumento de disciplina social, por decirlo suavemente. Para que se cumpla aquel deber moral, es preciso que el comportamiento general del Estado, y el de sus empleados y funcionarios, respondan a los desig-

nios éticos —decisiones políticas fundamentales— que constan en la Constitución. Lo que esté por debajo de eso, estará por debajo de la moral que el pueblo exige a sus servidores.

No es fácil elevar ese nivel de cumplimiento, hasta dar plenitud real al mandato constitucional. No lo es, cuando la ley suprema proclama tantos y tan complejos programas morales. Pero en ese sentido debiera esmerarse el comportamiento de los funcionarios. Habrá que lograr, paso a paso y palmo a palmo, el desarrollo que empareje la conducta del poder público —que es la conducta de los servidores— con el ideal ético de la Constitución mexicana.

## LA NUEVA REGULACIÓN JURÍDICA SOBRE DELINCUENCIA ORGANIZADA\*

SUMARIO: I. *Pluralidad activa*. II. *Evolución del delito*. III. *Bienes tutelados*. IV. *La propuesta de 1992*. V. *La reforma constitucional de 1993*. VI. *Legislación procesal secundaria (1993)*. VII. *La propuesta de 1995*. VIII. *La reforma constitucional de 1996*. IX. *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO)*.

### I. PLURALIDAD ACTIVA

El estudio de la delincuencia organizada, desde el doble ángulo del derecho y la criminología —que son los escenarios naturales para el análisis de esta materia— implica considerar tres cuestiones generales, que permiten localizar y entender el problema.

Por una parte, es preciso revisar el tratamiento de la pluralidad activa. Este es el dato jurídico-penal. En segundo término resulta indispensable referirse al tratamiento de los delitos evolucionados. Aquí se halla el dato criminológico. Finalmente, es necesario aludir a los nuevos bienes jurídicos en juego. Se trata, por supuesto, de un punto jurídico, pero sobre todo de un dato político, que informa las soluciones normativas penales.

La pluralidad activa en materia penal no es una novedad. Siempre ha sido posible y frecuente la participación de varias personas en la comisión de los delitos. Sin embargo, este fenómeno reviste características especiales en la sociedad moderna.

\* Intervención en el “Seminario de actualización sobre la reforma constitucional y legal en materia de delincuencia organizada”. Instituto Federal de la Judicatura, México, D. F., 17 de mayo de 1997. Conferencia publicada en: la *Memoria del seminario de actualización sobre la reforma constitucional y legal en materia de delincuencia organizada*, México, Instituto Federal de la Judicatura, 1998, pp. 11-42.

### 1. *Coautoría*

En este orden de cosas hay que mencionar la coautoría, es decir, la concurrencia de dos o más personas, a título de sujetos activos del delito, en la producción del resultado típico. Las fracciones II y III del artículo 13 del Código Penal Federal se refieren a la autoría única y a la coautoría (material).

### 2. *Participación*

Otra expresión de pluralidad activa es la participación delictuosa, esto es, la intervención de diversas personas bajo alguno de los títulos que sobre esta materia contienen los artículos 13 y 14 del Código Penal Federal. Conviene observar que en el nuevo Código Penal de Tabasco (1997) sólo se contempla la autoría material; las otras formas de participación delictuosa —inducción, autoría mediata, complicidad, encubrimiento por acuerdo previo al delito— se recogen en sendos tipos autónomos.

### 3. *Pluralidad requerida por el tipo*

Ciertas figuras delictivas prevén pluralidad activa; así sucede, por ejemplo, en los casos de sedición, motín, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público, coalición, ciertos delitos contra el consumo y las riquezas nacionales, etcétera.

### 4. *Pluralidad como elemento de calificación*

También hay figuras agravadas, es decir, tipos calificados en función de la pluralidad de agentes; ello sucede en los supuestos de violación “tumultuaria”, homicidio o lesiones con ventaja por el número de acompañantes del agente; secuestro realizado por dos o más personas, robo cometido por dos o más sujetos, inducción al despojo que materialmente realizan más de cinco personas, y así sucesivamente.

### 5. *Asociación delictuosa*

La asociación delictuosa (artículo 164 del Código Penal Federal), expresión particular de pluralidad activa, es la “quintaesencia” de la organización criminal, en cuanto contiene los elementos irreductibles de ésta. Tales son el grupo: tres o más personas (aunque algunas legislaciones pueden exigir un número menor, como sucede en el tipo previsto en el

Código Penal del Estado de México para la delincuencia organizada); y la finalidad delictuosa (sin que esa finalidad deba referirse solamente a determinados ilícitos o familias de delitos).

Puede haber calificativas en la asociación delictuosa. Así sucede cuando en ella participan servidores o ex servidores públicos de corporaciones policiales o fuerzas armadas (artículo 164, segundo párrafo, del Código Penal Federal); igualmente, cuando esos mismos sujetos intervienen en delitos contra la salud (artículo 196 bis, derogado en 1996).

## 6. *Pandilla*

En alguna etapa de las preocupaciones públicas por la delincuencia urbana surgió una calificativa definida por la pluralidad de infractores, a saber: la pandilla (artículo 164-bis). Hay una circunstancia que concurre a agravar esta calificativa y acarrea, por lo mismo, una pena incrementada; se trata de la intervención de servidores o ex servidores de una corporación policial (*idem*).

## 7. *Personas colectivas*

También es preciso considerar aquí la responsabilidad penal de las personas morales o colectivas, que los delinquentes organizados suelen utilizar para objetivos criminales. Este complejo tema ha sido abordado razonablemente en la nueva legislación penal y procesal penal de Morelos (1996) y Tabasco (1997), que prevén, entre otras cosas, un procedimiento específico para la aplicación de sanciones, en su caso, a las personas colectivas.

## 8. *Organización criminal*

Finalmente se desemboca en la organización criminal o delictiva. En la primera etapa de nuestra regulación jurídico-penal a este respecto, la organización se vio como un modo de comisión de delitos. Tal es el concepto constitucional sobre la materia, a partir de las reformas de 1993. Tuvo y aún conserva efectos procesales específicos, así como trascendencia sustantiva por la vía de la individualización judicial.

En la segunda etapa, que se inicia en 1996, la delincuencia organizada constituye un tipo penal autónomo, como lo es la asociación delictuosa, sin perjuicio de los efectos procesales e independientemente de la in-

dividualización judicial de la pena. La reforma constitucional de 1996, que impulsó esta segunda etapa, no llevó a cabo —como hubiera sido adecuado— la revisión sistemática de los textos provenientes de la mencionada reforma de 1993. De esta omisión ha derivado la inconsistencia del conjunto.

Dentro de la segunda etapa hay variantes que revisten interés. Así, en el Código Penal del Estado de México la delincuencia organizada ocupa el espacio que anteriormente cubrió la asociación delictuosa. En los códigos de Morelos y Tabasco, constituye una agravante de la asociación delictuosa en función de la finalidad de cometer delitos graves.

## II. EVOLUCIÓN DEL DELITO

### 1. *Introducción*

Por lo que toca a la evolución del delito, es preciso recordar las diferencias entre delitos naturales e irrevocables, que atacan sentimientos o valores básicos de la convivencia, y delitos artificiales o contingentes, que afectan bienes emergentes asociados a un tiempo y una circunstancia. Estas consideraciones permiten tomar en cuenta otros deslindes: delitos tradicionales o convencionales, por una parte, y delitos evolucionados o modernos, por la otra, además de delitos fronterizos que abarcan ambas especies.

En la evolución del delito, que se transforma en el curso del tiempo, es posible reconocer determinadas reglas, leyes o patrones. Este marco es útil para el examen de la delincuencia organizada, a la que se califica como una criminalidad moderna, por más que cuente con numerosos y remotos antecedentes.

### 2. *Violencia y astucia*

En el tránsito de la violencia a la astucia delictiva, el crimen organizado se vale de ambos medios: la violencia, para intimidar y “ajusticiar”; la astucia, para disponer de los recursos provenientes del delito (lavado o blanqueo de dinero).

### 3. *Participación femenina*

Hay participación de la mujer en estas actividades delictuosas; en ella se va más allá del tradicional binomio entre el íncubo y el súcubo, que ponderó la criminología.

#### 4. *Participación de menores de edad*

Existe, asimismo, presencia de niños, adolescentes y jóvenes. Esta presencia se analiza en dos escenarios, por lo menos: los menores como víctimas directas del delito (tráfico de menores y corrupción por drogas, prostitución o pornografía, de donde pueden resultar delitos calificados: artículo 196, fracciones II y III del Código Penal Federal); y los menores como agentes de la conducta delictiva, es decir, como protagonistas manipulados o aprovechados por los adultos delincuentes (de donde también pueden derivar delitos calificados).

#### 5. *El delincuente “difuso”*

Se ha pasado de la época del delincuente solitario al periodo de la participación delictuosa, dicho esto en términos convencionales. En esta última también ha ocurrido un tránsito interesante: de la banda o gavilla (característica de la sociedad rural) a la pandilla y la asociación delictuosa (características de la sociedad urbana) y la organización criminal a la manera de una empresa. Aquí es innominado, difuso, el sujeto activo del delito.

Esto lleva a hablar de la delincuencia como empresa transnacional lucrativa. En la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada (Nápoles, noviembre de 1994) se aseguró que “el delito es la actividad comercial de mayor envergadura en el mundo. Como fuentes de ingresos, el tráfico de drogas y el tráfico de armas ocupan respectivamente el primero y el segundo lugares, por encima de la industria petrolera”. En este mismo punto hay que mencionar las poderosas organizaciones criminales en diversos países, que han trascendido sus fronteras: *Camorra*, *Maffia*, *Cosa Nostra* y diversas asociaciones con gran número de miembros en China, Japón y Rusia.

#### 6. *La víctima “difusa”*

En cuanto al ofendido por el delito, y más todavía, a la víctima de las actividades delictuosas, el panorama también ha variado. Hoy día hay delitos que cobran sus víctimas entre millares o millones de personas, a las que los delincuentes no conocen y cuya identidad es absolutamente irrelevante para aquéllos. Por otra parte, aparecen en el escenario nuevos ofen-



didados en tanto surgen nuevos bienes en riesgo: son víctimas del delito la sociedad, el Estado, la comunidad internacional.

### *7. Trascendencia del delito*

Ya mencioné que el delito trasciende fronteras. No es un suceso doméstico, sino un acontecimiento transnacional. Esto se ve favorecido por los medios de comunicación de ideas, personas y objetos, y por la interdependencia, que funciona en este orden como en cualquier otra vertiente de la economía (áreas de producción y de consumo, así como lavado de recursos de procedencia ilícita).

### *8. Trascendencia en la persecución*

En virtud de lo anterior, también se plantea una creciente trascendencia en la persecución de los delitos, que oscila entre los instrumentos legítimos y las vías de hecho legitimadas por jurisdicciones locales. De esta suerte, se evoluciona de los convenios tradicionales de extradición a los convenios modernos sobre investigación y asistencia jurídica. Inclusive se acude a la extracción del inculgado, con empleo de fuerzas militares, que se produjo en el caso del panameño Noriega, y al secuestro “legitimado”, como ocurrió en el caso del mexicano Álvarez Machain. Esto pone en crisis la colaboración y suscita serios cuestionamientos en torno a la vigencia y el alcance de la soberanía.

### *9. Relación delincuente-autoridad*

También es interesante mencionar las diversas formas de “relación” entre la autoridad y el delincuente. Estas son: elusión (el infractor procura sustraerse), contienda (acepta enfrentarse), negociación (intenta cohechar o sobornar) y asunción del poder (pretende gobernar). Esto último constituye un propósito natural de la gran delincuencia organizada. Aquí hay que analizar el dato de la delincuencia frente al dato del poder: delitos contra el poder (terrorismo) y delitos desde el poder (corrupción y tortura). En este espacio la judicatura tiene, hoy día, una misión relevante. Recuérdese la “Operación manos limpias”, desarrollada en Italia, que ha llevado a la magistratura a juzgar delitos del poder en sus relaciones con el crimen organizado.

### III. BIENES TUTELADOS

Señalé la pertinencia de observar los nuevos bienes tutelados por tipos penales emergentes. Hay que distinguir entre los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales a los que se dirige la organización delictuosa (delitos-objetivo), de los bienes protegidos por el tipo (o la forma de comisión delictuosa) de delincuencia organizada.

Aquéllos son la libertad individual en el secuestro, la salud pública en el narcotráfico, el interés fiscal en las operaciones con recursos de procedencia ilícita, la salud personal en el tráfico de órganos, la integridad familiar en el tráfico de menores, etcétera; y los segundos son la seguridad pública y nacional, la soberanía, la convivencia internacional, la democracia. En el artículo 1o. del proyecto de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (precepto que no recogió la ley aprobada) se dijo que sus disposiciones atendían a la “finalidad de garantizar la seguridad pública y salvaguardar la soberanía y la seguridad de la nación”.

### IV. LA PROPUESTA DE 1992

En 1992, la Procuraduría General de la República planteó los lineamientos para una legislación sobre crimen organizado. Esta propuesta fue rechazada por la opinión pública y especializada; el rechazo se debió a la inconstitucionalidad de algunos planteamientos.

### V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1993

En 1993 este asunto volvió a la escena legislativa, a través de una veloz reforma constitucional, motivada por dos iniciativas, una del 30 de junio y otra del 8 de julio; ambas fueron dictaminadas con celeridad el 8 de julio, es decir, el mismo día en que se presentó la segunda; además, la impestiva publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, el 3 de septiembre, omitió el nombre del presidente de la República, lo cual se subsanó en fe de erratas del 6 de septiembre.

El artículo 16 constitucional pasó a contener referencias, que subsisten, a delitos graves (con implicaciones en materia de detención por urgencia y negativa de libertad provisional) y delincuencia organizada.

Bajo esta última figura resulta posible retener al detenido hasta noventa y seis horas, en tanto se integra la averiguación y se ejercita la acción.

En el dictamen de las comisiones de la Cámara de Diputados, se caracterizó a la delincuencia organizada por:

la permanencia en las actividades delictivas que realicen (los grupos involucrados), su carácter lucrativo, el grado de complejidad en la organización de dichos grupos, el que la finalidad asociativa sea la comisión de delitos que afecten bienes fundamentales del individuo y de la colectividad, y que a su vez alteren seriamente a la salud o seguridad públicas.

## VI. LEGISLACIÓN PROCESAL SECUNDARIA (1993)

En nuestro país, el concepto de delincuencia organizada se alojó primero en los artículos 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales (precepto ya derogado) y 268 bis del correspondiente al Distrito Federal. En ambos se manifiesta que existe dicha delincuencia cuando “tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos” en una relación de artículos del Código Penal Federal y otros ordenamientos, que suministra la propia ley procesal; en buena medida esta relación coincide con la lista de delitos graves. Aquella descripción conserva fuerza en el Distrito Federal para los efectos de la retención y la negativa de libertad provisional.

Como se ve, la idea incorporada en las leyes del procedimiento se sustenta en dos elementos: por una parte, la comisión (o la proyectada comisión) de delitos graves; por la otra, la existencia de ciertas reglas de participación, formas de comisión, frecuencia y finalidades, reglas que vinculan apreciablemente la figura de delincuencia organizada con el tipo de asociación delictuosa, según se ha precisado en el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de ésta.

## VII. LA PROPUESTA DE 1995

En 1995 se planteó de nueva cuenta la posibilidad de legislar sobre delincuencia organizada. La propuesta partía del supuesto, jamás demostrado, de que las normas entonces vigentes impedían una enérgica lucha contra esta forma de la criminalidad moderna. De nueva cuenta fue rechazada la sugerencia, que presentaba serios problemas de inconstitucionalidad.

En tal virtud, se resolvió modificar la Constitución General de la República para “constitucionalizar” el proyecto secundario, y no revisar éste para sujetarlo a los principios constitucionales. Sin embargo, la reforma constitucional no comprende en modo alguno todas las cuestiones que debió abarcar para cubrir con un manto de “constitucionalidad” el nuevo sistema punitivo a propósito de la delincuencia organizada.

## VIII. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1996

### 1. *Desarrollo*

La reforma constitucional de 1996 fue iniciada por el Ejecutivo, el 18 de marzo de ese año. Se adherieron los legisladores de diversas fracciones parlamentarias, dejando constancia, sin embargo, de que se reservaban el derecho de diferir en los debates y votar en contra. Esa iniciativa versó sobre los artículos 16, 21, 22 y 73. La dependencia promotora fue la Procuraduría General de la República, aunque también intervinieron otras oficinas del Poder Ejecutivo. El mismo 18 de marzo se presentó otra iniciativa, consultando la reforma de la fracción I del artículo 20 constitucional, relativa a libertad provisional, que en 1993 había sido objeto de cambios desacertados. Ambas iniciativas quedaron dictaminadas el 1 de abril. El dictamen modificó varios puntos de las iniciativas.

### 2. *Artículo 16*

Hoy día, el artículo 16 contiene una abigarrada regulación de actos que afectan la esfera íntima o privada de las personas: intervención de comunicaciones, cateo y correspondencia que circula por la estafeta. No pocos analistas de la reforma opinaron oportunamente que ésta era innecesaria, porque para legitimar la intervención de comunicaciones privadas bastaba con aplicar el primer párrafo del artículo 16; o bien, el régimen del cateo. Esto último se había hecho, mucho antes de la reforma constitucional, en una sentencia de la Sala Auxiliar de la Suprema Corte de Justicia, dictada en el A. D. 1993/86, promovido por Fernando Karam Valle y otro. Sin embargo, estos argumentos y antecedentes no resultaron persuasivos.

El nuevo texto del artículo 16 suscita diversas cuestiones. Hay incongruencia entre la disposición sobre comunicaciones en general y la relati-

va a comunicaciones postales en particular. La potestad de autorizar las intervenciones queda en manos de la justicia federal exclusivamente; esta reserva es inconsecuente con el hecho (la norma) de que la autoridad judicial del orden común puede autorizar medidas mucho más riesgosas y graves, como es la práctica del cateo.

El precepto excluye la intervención de comunicaciones en ciertas materias. Empero, no hace lo que obviamente debió hacer: vincular esas intervenciones precisamente con la práctica de procedimientos penales. La exclusión de materias provoca algunas cuestiones; por ejemplo, ¿qué ocurrirá si se trata de investigaciones penales a propósito de actividades fiscales, mercantiles o administrativas, como puede ocurrir, evidentemente, en el supuesto de lavado de dinero?

Se prohíbe la intervención de comunicaciones entre el detenido y su defensor. La prohibición es por completo insuficiente para alcanzar el objetivo que sin duda persigue: respetar el derecho a la defensa. En efecto, el artículo 16 sólo alude al individuo detenido y no al indiciado o al procesado en general, que pueden no estar detenidos y se comunican con su defensor. La garantía opera sólo desde que hay detención, y no desde el momento mismo en que se inicia una averiguación previa, e incluso la etapa anterior de relación entre el sujeto y su asesor legal. Se ha olvidado la referencia a la llamada “persona de la confianza” del inculpado, que tiene relevancia procesal, pero no posee el carácter formal de defensor.

### 3. *Artículo 21*

El artículo 21 acogió un cambio insustancial, que no ameritaba la intervención del Constituyente Permanente. Por una parte, se suprimió la calificación de “judicial” con respecto a la policía auxiliar del Ministerio Público. Esta reforma innecesaria abre la puerta a una indeseable heterogeneidad terminológica. Por otra parte, hoy se alude a “investigación y persecución”, como funciones del Ministerio Público, a cambio de que antes sólo se aludía a “persecución”. Por supuesto, jamás hubo duda sobre el alcance de la persecución de los delitos; siempre se entendió —correctamente, por lo demás— que incluye la investigación.

Inicialmente, el propósito de la reforma al artículo 21 tenía otro sentido, además del trasiego de nombres. Se deseaba variar el régimen de sanciones aplicables a los autores de faltas de policía y buen gobierno: así, se retornaría al arresto de hasta quince días (aunque la solución expresamen-

te anhelada era otra: hasta tres meses), que estuvo vigente antes de la reforma de 1982 al artículo 21 constitucional. Esa propuesta no prosperó.

#### 4. *Artículo 22*

Acerca de la reforma al artículo 22, la exposición de motivos pone de manifiesto la estrecha relación que existe, y que es preciso combatir, entre delincuencia organizada y recursos de procedencia ilícita. Alude a experiencias nacionales e internacionales y menciona, tal vez como modelo a seguir, el Programa sobre Crimen Organizado y Drogas del Buró Federal de Investigaciones (FBI).

En efecto, es indispensable combatir la generación y el aprovechamiento de recursos asociados a la delincuencia. Este es un problema real, que convoca un problema jurídico: ¿cómo hacerlo, en forma compatible con los más relevantes y arraigados principios del derecho penal democrático? El fin es plausible; también debieran serlo los medios.

En la especie, no se trata de bienes objeto, instrumento o producto del delito, porque el tratamiento de éstos se halla claramente previsto en la ley; de lo que se trata es de otros bienes relacionados de alguna manera con el agente de la delincuencia organizada. Para resolver la cuestión, la reforma de 1996 avanza sobre la presunción de inocencia y la carga de la prueba.

En efecto, el sistema penal que prevaleció al cabo del absolutismo y sus derivaciones autoritarias sostiene que la sanción debe ser consecuencia de un delito, debidamente probado, y que la prueba de la responsabilidad penal incumbe al acusador oficial (Ministerio Público), en tanto compete al inculpado la prueba de sus defensas; en estas bases se apoya la presunción de inocencia.

En cambio, la reforma de 1996 al artículo 22 de la Constitución coloca sobre el inculpado (sentenciado por delincuencia organizada) la carga de la prueba sobre la procedencia lícita de sus bienes, independientemente —como antes dije— de aquéllos que se hallan probadamente relacionados con el delito cometido, cuyo destino no ofrece duda alguna. Reitero: la pregunta que aquí se formula no es si se debe o no afectar estos recursos, que suelen ser cuantiosos; no hay sino una respuesta: deben ser afectados. El problema es la manera de hacerlo. Si no existe limitación alguna en este sentido, pronto no la habrá en otros supuestos: el fin justificará los medios y la lucha contra el delito se realizará a costa del Estado de derecho.

## 5. *Artículo 73, fracción XXI*

También fue reformada la fracción XXI del artículo 73 constitucional. Había un precedente en la legislación secundaria, que se mantiene en vigor: la cuestionada y cuestionable facultad de atracción por el Ministerio Público Federal (y en consecuencia por la justicia de este fuero) del conocimiento de delitos de carácter local conexos con delitos federales. Esta disposición del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales ha sido ampliamente criticada. En 1996 también se “constitucionalizó” esta potestad del Ministerio Público, que desplaza el orden interno de los estados de la Unión.

El dictamen elaborado en la Cámara de Senadores, cuya sugerencia no prevaleció, proponía introducir en la ley fundamental una caracterización adecuada de los delitos contra la Federación, evitando así que este asunto se resolviera con sustento en las facultades implícitas del Congreso de la Unión (artículo 73, fracción XXX).

A propósito de esta reforma al artículo 73, cabe observar que el tema se halla mal ubicado en dicho precepto; efectivamente, no se trata de una facultad legislativa del Congreso, sino de una competencia material del Poder Judicial de la Federación, que debió considerarse en los artículos sobre este asunto. Por otro lado, queda sin solución —que tampoco aporta la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada— bajo qué criterios ejercerá el Ministerio Público su poder de atracción; es absolutamente indebido que esa potestad se ejerza discrecionalmente; hay que establecer referencias objetivas que la sustenten.

Por último, es preciso señalar que sólo resulta posible la atracción de conocimiento cuando los delitos comunes sean conexos con los ilícitos del orden federal, conexidad que se debe resolver en los términos del artículo 475 del Código Federal de Procedimientos Penales.

## IX. LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA (LFDO)

### 1. *Proceso legislativo*

A la reforma constitucional seguiría la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (en lo sucesivo, LFDO), aunque, como antes mencioné, en realidad primero se elaboró el proyecto de este ordenamiento, lue-

go se “constitucionalizaron” algunas de sus disposiciones y finalmente se expidió la propia ley secundaria. La correspondiente iniciativa fue suscrita por el Ejecutivo Federal y numerosos diputados y senadores, el 18 de marzo de 1996, es decir, el mismo día en que se plantearon las reformas constitucionales. En otros términos: cuando aún regían los anteriores textos de la ley suprema —con los que se supone pugnaba el nuevo proyecto— se planteó esta iniciativa.

El dictamen del 15 de octubre sugirió diversas modificaciones relevantes; algunas mejoraron el proyecto; otras, no. El más grave desacuerdo del dictamen fue el tipo penal de delincuencia organizada. La LFDO fue promulgada el 6 de noviembre de 1996 y publicada el 7 del mismo mes. El proyecto prevenía una *vacatio legis* de seis meses, que era razonable tomando en cuenta las características de ese ordenamiento; en cambio, el decreto expedido por el Congreso establece que entrará en vigor al día siguiente de su publicación.

Con esta ley coincidieron sendas reformas al Código Penal Federal, al Código Federal de Procedimientos Penales, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley de Vías Generales de Comunicación. Es interesante observar que estas reformas provienen de una iniciativa del 15 de octubre, que se conoció (no debatió) y aprobó ese mismo día.

## 2. *Un nuevo sistema penal*

La LFDO no es apenas una nueva ley penal especial, como hay varias. En realidad, instituye un nuevo sistema penal, diferente del ordinario y paralelo a él. En documentos de este proceso legislativo se alude, inclusive, a un sistema penal excepcional. Así se abre un horizonte distinto en el sistema punitivo nacional, con porvenir difícilmente predecible, pero sin duda preocupante. El argumento más rotundo en favor de este ordenamiento consiste en decir que las naciones democráticas “han adoptado sistemas similares”. Ni la iniciativa ni el trabajo parlamentario ensayan siquiera alguna previsión sobre lo que pudiera ser el sistema penal si avanzan o se generalizan los criterios adoptados en la LFDO. Mucho menos aclaran por qué es necesario emitir una nueva ley de estas características, y no introducir reformas en las leyes existentes, conservando los principios fundamentales del derecho penal democrático.



Digo que existe aquí un nuevo sistema penal, mucho más que sólo algunas disposiciones penales específicas, porque la LFDO cubre todo el ámbito de la materia penal y sus disposiciones tienen carácter principal sobre las normas de otros ordenamientos penales (como el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales), que sólo cumplen una función subsidiaria o supletoria. En efecto, la LFDO cuenta con normas orgánicas, sustantivas, adjetivas y ejecutivas que modifican muy apreciablemente las reglas —principios y normas— recogidas en la legislación penal ordinaria.

Sobre el particular, basta la lectura del artículo 1o. LFDO: “La presente ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada”. Véase que aquí y en otros preceptos se habla en términos sociológicos de un asunto que debiera examinarse en términos jurídicos: la LFDO se refiere a los “miembros” de la delincuencia organizada, es decir, de la organización delictuosa; lo adecuado sería aludir a los actores y/o participantes en el delito, que no son “miembros” de éste, sino protagonistas, agentes, sujetos activos.

Finalmente, digamos que no existe sustento constitucional alguno para este nuevo derecho penal. Cuando la ley fundamental ha querido crear una rama penal o parapenal específica, ha provisto expresamente sus fundamentos: en el sistema de faltas de policía y buen gobierno, militar, de menores infractores, de responsabilidad de servidores públicos. Por supuesto, las alusiones a la delincuencia organizada que existen en los artículos 16 y 22 no constituyen, en modo alguno, un soporte suficiente para erigir, a partir de ellas, ese nuevo derecho penal.

### 3. *Tipo penal de delincuencia organizada*

La iniciativa consideraba a la organización delictuosa como una agravante del delito cometido o intentado. En cambio, el dictamen propuso un tipo autónomo de delincuencia organizada. Para construir éste se toman en cuenta dos datos (que ya mencioné en el estudio de la asociación delictuosa): la organización y la finalidad (artículo 2o.).

Por lo que toca a la organización, es preciso que tres o más personas acuerden organizarse “o” (disyuntiva) se organicen. Aquí existe, manifiestamente, un rebasamiento de los principios prevalecientes sobre el *iter*

*criminis* y la participación delictuosa. No se sanciona sólo a quien efectivamente se organiza, así quede en germen la organización pactada, sino también a quien simplemente acuerda organizarse, aunque inmediatamente después deseche esta idea y se abstenga de cualquier acto conducente a formalizar esa resolución compartida.

Como se ve, la LFDO ha incorporado la *conspiracy* del derecho estadounidense, que constituyó una fuente de inspiración para el legislador nacional. Existe un antecedente en nuestro orden jurídico, a saber: la conspiración para cometer delitos políticos, que se halla en el artículo 141 del Código Penal Federal y que ciertamente no es un modelo a seguir. Esta forma de conspiración requiere, por lo menos, un acuerdo sobre los medios para llevar a cabo la determinación delictuosa; la LFDO ni siquiera exige eso.

En cuanto a la finalidad, es preciso que los organizados se propongan cometer precisamente alguno o algunos de los delitos (federales o comunes) señalados en el artículo 2o. de la LFDO. Quedan fuera de esta relación muchos otros delitos sumamente graves, que también se pueden —y se suelen— cometer en forma organizada. Añádase a esto que la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales de 1996, hace que la retención ampliada sólo abarque los casos previstos en la LFDO (terrorismo, secuestro, delitos contra la salud, etcétera), con lo que hoy resulta más amplio el ámbito de la retención en la ley para el Distrito Federal que en la ley federal.

El tipo contenido en el artículo 1o. plantea otros problemas. No es particularmente clara la expresión acerca de que las conductas de los agentes “por sí o unidas a otras” (¿no delictivas?) tengan “como consecuencia o resultado” (¿aunque sea casual y no se lo propongan los agentes?) la realización de algunos de los delitos que menciona la LFDO.

También surge una cuestión inquietante a propósito de los delitos comunes atraídos. Si sólo existe delito federal de delincuencia organizada cuando el Ministerio Público ejerce su poder de atracción, ¿debemos concluir que la comisión misma del delito, así como el correspondiente enjuiciamiento, se hallan subordinados a esa potestad del órgano de persecución? En tal virtud ¿existen delitos federales “en potencia” y “en acto”? Es válida esta pregunta en tanto que si el Ministerio Público no atrae a su conocimiento los casos de secuestro, tráfico de menores, robo de vehículos o asalto (artículo 2o., fracción V), no existirá delincuencia organizada bajo el fuero federal (y quizá tampoco bajo el fuero común).

#### 4. Sanciones

Las sanciones estatuidas en la LFDO (artículo 4o.) son las más graves que existen en el derecho mexicano (salvo la pena de muerte que excepcionalmente permanece en el Código de Justicia Militar). Aquí el legislador no ha tomado en cuenta, como debiera ocurrir a la hora de establecer tipos y sanciones, la entidad del bien jurídico protegido y la intensidad del daño que éste resiente o del peligro que corre (tentativa).

La pena para quien se organiza (o sólo acuerda organizarse) con el fin de incurrir en alguna de las formas del narcotráfico consideradas en la LFDO es de entre 20 y 40 años de prisión. La conducta punible calificada por tratarse de servidor público o utilizar a menores o incapaces, se sanciona con 30 a 60 años de prisión. Lo anterior se entiende “sin perjuicio de las penas que correspondan por el delito o delitos que se cometan”; esto es, las sanciones, en concreto, pueden elevarse a 70 u 80 años. Esto es cadena perpetua.

Evidentemente, se han modificado las reglas sobre el alcance de las penas en caso de concurso, porque la LFDO prevalece sobre el Código Penal Federal. Las penas son más graves para el director, administrador o supervisor de la organización criminal. Se ha olvidado a otro frecuente “miembro” de ésta, que merecería sanciones elevadas: el sicario.

Al final del artículo 3o. existe una expresión poco clara: se dice que no se agravarán las penas previstas en las legislaciones locales. Esta limitante ¿sólo abarca los supuestos de asalto, secuestro, robo de vehículos y tráfico de menores? ¿Se aplica también a las hipótesis de delincuencia organizada establecidas en las leyes penales comunes? A mi juicio es perfectamente posible que las leyes penales locales establezcan tipos de delincuencia organizada, sin perjuicio de la ley federal, puesto que difícilmente se podría sostener que el tipo mismo de delincuencia organizada (organización de varios sujetos con cierto fin delictuoso) es necesariamente federal.

#### 5. “Negociación” entre el Estado y los delincuentes

Uno de los puntos más discutibles de la LFDO (también importado al sistema jurídico mexicano a partir del derecho estadounidense, especialmente) es la “negociación entre el Estado y el infractor”, que se traduce en ventajas para la investigación penal a cambio de ventajas en la persecución y la sanción de quien contribuye a aquéllas mediante información

y pruebas aprovechables. Aquí campea ampliamente el principio de oportunidad persecutoria, por encima de la regla de legalidad, que había dominado en el derecho mexicano.

También en este orden de cosas surgen observaciones e interrogantes. Digamos, ante todo, que la fracción I del artículo 35 de la LFDO contempla una verdadera facultad de gracia en manos del Ministerio Público; ésta contraviene la legalidad en el ejercicio de la acción, postulada por el artículo 21 constitucional.

Las pruebas cuyo suministro permite moderar las sanciones aplicables a quien las proporciona, ¿se refieren en general a casos de delincuencia organizada, o se reducen al caso específico que se está juzgando? Los “descuentos penales” ¿abarcan solamente las sanciones aplicables bajo el concepto de delincuencia organizada o también las correspondientes a los otros delitos cometidos o que se intenta cometer?

Hay extremos sujetos a un amplio arbitrio del Ministerio Público o el tribunal, como la “relevancia” de la información suministrada y la “mayor peligrosidad” del individuo a cuyo enjuiciamiento se contribuye. Por lo demás, la abstención persecutoria del Ministerio Público tiene ciertas repercusiones (esencialmente procesales) sobre la reparación del daño.

## 6. *Centralización persecutoria*

Ya me referí a la “federalización” (en realidad, centralización) persecutoria. Es comprensible que la persecución de ciertos delitos quede a cargo de la Federación, mejor equipada que las entidades federativas para enfrentar a grupos criminales organizados que se desplazan con facilidad y disponen de cuantiosos recursos.

Si el texto del artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales sugiere que la atracción es un deber del Ministerio Público (aunque la práctica establezca otra cosa; de lo contrario se “anegaría” la justicia federal), la nueva norma de la fracción XXI del artículo 73 constitucional permite entender que se trata de una potestad: el Ministerio Público puede ejercerla o abstenerse de hacerlo.

Sin perjuicio de lo anterior, subsiste la pregunta: ¿cuáles son los criterios objetivos en que se apoya el ejercicio de la facultad de atracción por el Ministerio Público? Se trata, nada menos, de desplazar el ámbito de competencia de las entidades federativas y de integrar, en forma con-

creta, el espacio de atribuciones del Poder Judicial Federal; todo esto repercute a fondo sobre la situación jurídica del inculpaado.

Si se aplica la referida fracción XXI para justificar la atracción de delitos comunes, es necesario que el asalto, el tráfico de menores, el robo de vehículos y el secuestro cuya averiguación asume el Ministerio Público Federal, sean delitos conexos de otros federales; no basta que se cometan en forma organizada y que guarden cierta relación con delitos del orden federal, si esa relación no satisface la figura de la conexidad.

## 7. ¿Bis in idem?

No deja de ser inquietante la posibilidad de que se sancione dos veces una misma conducta, contemplada desde tipos penales diferentes. Este problema no se plantea solamente en lo que respecta a la delincuencia organizada y los delitos que cometen los participantes en ella, sino también en lo que atañe a la asociación delictuosa y los ilícitos que realizan o intentan los asociados.

Quien participa con dos o más personas en un acuerdo para cometer delitos contra la salud (que efectivamente se realizan) está inculpaado como agente de un delito de este carácter por la fracción I del artículo 13 del Código Penal Federal. También es sancionable como sujeto activo de delincuencia organizada, precisamente por esa misma conducta, consistente en acordar con otras dos o más personas organizarse para incurrir en delito contra la salud.

## 8. Prescripción

La LFDO duplica los plazos de prescripción respecto de los delitos previstos en el artículo 2o., cuando concurren con la delincuencia organizada; dicho precepto abarca tanto este último ilícito como aquellos delitos. Así las cosas, en el caso de sanción más grave, solamente por lo que toca a delincuencia organizada (sin contar la relativa al otro delito realizado o intentado), que va de 30 a 60 años de prisión, la prescripción operaría en 90 años (artículo 105 del Código Penal Federal, en relación con el artículo 6o. de la LFDO); si el delincuente se halla fuera del país, y por esta razón no es posible integrar la averiguación o concluir el proceso, ese medio de extinción de la pretensión surtirá sus efectos en 180 años (artículo 101, *idem*). Por ende, en estos casos la pretensión es prácticamente imprescriptible.

## 9. *Concurrencia en la averiguación previa*

El artículo 9o. de la LFDO contraviene el artículo 21 constitucional, que conforme a su generalizada interpretación mantiene el monopolio de la acción penal (salvo en lo que respecta a la decisión sobre el ejercicio o el desistimiento: reforma de 1994) en manos del Ministerio Público. Ese monopolio implica, entre otras cosas, que sólo el Ministerio Público puede averiguar los delitos supuestamente cometidos, sin perjuicio de que requiera el auxilio de otras personas o autoridades.

En cambio, dicho artículo 9o. señala que “cuando el Ministerio Público de la Federación investigue actividades de miembros de la delincuencia organizada relacionadas con el delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita, deberá realizar su investigación en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”. Es evidente que en este caso dicha Secretaría deviene investigadora del delito (el Ministerio Público se halla vinculado a aquélla), y no meramente auxiliar del órgano al que la Constitución encomienda la investigación y persecución de los delitos.

## 10. *Prueba*

También hay alteraciones en lo que respecta al régimen de la prueba. Existe cierta “simpatía” por el testimonio (imputación) del coacusado, que generalmente se ha visto con reserva. Acaso se cree que esa declaración merece el tratamiento de “reina de las pruebas”, que tuvo la confesión. En la iniciativa se decía que dicha imputación “tendrá particular importancia”. La LFDO no se atrevió a tanto; dice solamente que se valorarán “prudentemente” la imputación que hagan los participantes en el hecho y demás personas involucradas en la averiguación previa (artículo 40). Por lo demás, ¿qué significa, en este caso, involucradas en la averiguación, que no puede ser lo mismo que involucradas en el delito?

Es irreprochable el adverbio prudentemente; pero esta forma de valorar debiera aplicarse a cualesquiera evidencias, no sólo al dicho de los coacusados. Para desentrañar las razones de la alusión específica y su alcance, hay que tomar en cuenta el antecedente de la iniciativa, así como el constante interés que muestra la LFDO por obtener declaraciones inculpativas de los coacusados, que benefician penalmente a éstos.

En principio, no es objetable que se utilicen en un proceso los elementos aportados a otro, e incluso que se reconozca valor de prueba do-

cumental pública a la sentencia del proceso diverso. Empero, habría que ponderar estas disposiciones a la luz del régimen contradictorio procesal, que constituye una de las piezas fundamentales del proceso penal democrático.

La LFDO restringe el conocimiento del inculcado y su defensor en lo que respecta al expediente, a sólo las actuaciones que contengan hechos imputados al solicitante (artículo 13). Sin embargo, la fracción VII del artículo 20 constitucional (que es aplicable tanto al proceso como a la averiguación previa: penúltimo párrafo de dicho precepto) autoriza el acceso del inculcado a todos los datos solicitados para su defensa y que consten en el proceso.

### 11. *Intervención de comunicaciones*

Por lo que respecta a la intervención de comunicaciones privadas (que cuenta con el respaldo de tipos penales incorporados en el Código Penal Federal; anteriormente los había en este mismo ordenamiento y en la Ley de Vías Generales de Comunicación), el artículo 19 del proyecto presentado al Congreso iba mucho más allá de la fórmula del artículo 16 constitucional.

La iniciativa se refería, por una parte, a “la intervención de comunicaciones privadas, ya sea telefónicas, radiotelefónicas, telegráficas o cualquiera otra”; y por otra parte, al “acceso a bancos y sistemas informáticos, computacionales o similares; o la colocación secreta de aparatos tecnológicos de registro de sonido, voz, imagen, datos o cualquier otro, en un lugar privado”. Evidentemente, una cosa es intervenir una comunicación entre dos o más personas (que es lo que nuestra Constitución autoriza) y otra es entrar en los registros, sistemas o bancos que contienen información. Esto puede conseguirse de diferente manera (así, el cateo).

En este orden de cosas, bajo los artículos 16 y 18 de la LFDO, el juzgador que autorice la intervención debe ponderar y acreditar dos extremos: a) que exista presunción fundada de que el intervenido es miembro (participante) de la delincuencia organizada; esta restricción no consta en la ley suprema; por ende, cabe preguntar: ¿podría ampliarse a investigaciones de otros delitos, bajo el mandato de diversas normas legales?, y b) que la intervención es el medio idóneo para allegarse pruebas; conforme a una interpretación restrictiva (puesto que se trata de afectar derechos de particulares), debe entenderse que dicha intervención ha de ser el único

medio practicable para la obtención de evidencias necesarias; si hay otro procedimiento para obtenerlas, debe preferirse éste.

A propósito de las intervenciones, hay diferencias notorias —e injustificadas— entre la regulación aplicable a los asuntos federales y la correspondiente a las investigaciones del orden local.

En lo que respecta a ésta, el nuevo artículo 50 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación señala que la autorización para intervenir comunicaciones “exclusivamente se concederá si se trata de los delitos de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos, privación ilegal de la libertad o secuestro y tráfico de menores”, tipificados en el Código Penal para el Distrito Federal y sus equivalentes en las legislaciones penales locales. Esta relación no coincide con la recogida para la esfera federal.

En la especie local, la relación abarca el delito de homicidio; no sucede lo mismo en la federal. En aquella se toma en cuenta el “asalto en carreteras o caminos”, figura que no corresponde completamente —sino sólo en parte— a las contenidas en los artículos 286 y 287 del Código Penal Federal. En el plano local, la alusión al robo de vehículos es genérica, y por ende abarca cualquier robo de un vehículo, independientemente de las circunstancias en que la sustracción ocurra, en tanto que la LFDO contiene una alusión específica a cierta especie de robo de vehículos: la calificada que establece el artículo 381 bis del Código Penal Federal.

En el orden local se toma en cuenta la “privación ilegal de la libertad o secuestro”, y en el federal únicamente el secuestro considerado en el artículo 366, y no la privación de libertad contemplada en el 364, ni la también llamada privación de libertad (caracterizada por el propósito de realizar un acto sexual; anteriormente, delito de raptó) que tipifica el 365 bis. En el plano local se menciona el tráfico de menores, aludiendo así a un tipo considerado en el artículo 366 ter del mismo Código Penal Federal, al que dicha disposición no denomina de esa manera.

## 12. *Arraigo*

El artículo 12 de la LFDO sugiere la posibilidad de disponer el arraigo domiciliario del inculpado, cuya constitucionalidad es por lo menos dudosa; se trata de una detención disfrazada: “la casa por cárcel”.



### 13. *Protección a participantes en el procedimiento*

La protección que la LFDO (artículo 34) acuerda a los participantes en el procedimiento penal acerca de delincuencia organizada, constituye un derecho de esos sujetos. En cambio, no lo es en otros supuestos, ajenos a la delincuencia organizada, a pesar que en su favor militan las mismas razones; por lo menos, la medida sólo se halla en la LFDO, y no en otros ordenamientos de alcance más amplio.

Asimismo, por motivos de protección se reserva la identidad de los testigos hasta que se ejercita la acción penal. Aun cuando es comprensible esta reserva, ella significa que el inculcado no sabe, desde el primer momento de su detención, quién lo incrimina. En este punto surgen algunas preguntas: esa reserva ¿sólo abarca a los testigos, o también a otros participantes en riesgo? ¿Existe aquí ocultamiento de pruebas al inculcado, que de este modo sólo puede ejercer ampliamente su defensa en el proceso, pero no en la etapa de averiguación previa? (puesto que la identidad se mantiene oculta hasta el momento en que se ejercita la acción, esto es, hasta la víspera de la radicación judicial del asunto).

### 14. *Delaciones*

El suministro de informaciones anónimas conforme al artículo 38 de la LFDO es una *notitia criminis* al margen de las reglas de denuncia y querrela que se deducen del artículo 16 constitucional. No sólo se demandan estos requisitos (que lo son de procedibilidad) para ejercitar la acción, sino para iniciar una averiguación previa penal. El renacimiento del sistema de delaciones aparece una flagrante violación constitucional.

Se dice que antes de proceder a la averiguación previa, el Ministerio Público deberá verificar la veracidad de la delación; en rigor, esta llamada verificación constituye una averiguación previa. Por otra parte, es cierto que los denunciantes corren graves riesgos; pero igualmente lo es que en otros casos penales la denuncia también implica muy grandes peligros, pero a ellos no se aplica el insólito régimen que restablece la LFDO.

### 15. *Aseguramiento de bienes*

En cuanto al aseguramiento y decomiso de bienes cuya procedencia lícita no puede probar el dueño (o quien se conduce como tal), ya se hizo el comentario procedente, líneas arriba, al examinar la reforma al artículo

22. Sólo añadiré que la iniciativa de ley facultaba al Ministerio Público para disponer por sí mismo los aseguramientos; la ley aprobada reserva esta facultad al órgano jurisdiccional.

### 16. *Recompensas*

El viejo sistema de recompensas para quien colabore con la justicia penal renace en la LFDO. Esta manera de atraer la colaboración pública ha sido ampliamente censurada, desde la época de los clásicos en el siglo XVIII (así, Beccaria).

En este supuesto, se ofrece una recompensa a quienes “auxilien eficazmente para (la) localización y aprehensión” del inculpado (artículo 37). Como se ve, la promesa de retribución queda limitada al caso en que se ha dictado orden de aprehensión. No se establece la calidad o las características de la recompensa. Habrá que cuidar de que esta mala forma de obtener colaboración (cuyos riesgos y desaciertos se han visto en la práctica reciente) no fomente la participación de “madrinas” en la procuración de justicia.

### 17. *Ejecución de sanciones*

La LFDO contiene normas sobre ejecución de sanciones que ciertamente alteran el sistema establecido por el derecho ordinario (tanto el Código Penal Federal como la Ley que establece las Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sentenciados), con base en el *desideratum* constitucional (una verdadera norma; un derecho público subjetivo del ejecutado) acerca de la readaptación social.

Existe aquí negativa de beneficios legales, lo que implica la adopción del sistema de prejuicio legal que bloquea cualquier modificación penal en función de la readaptación social obtenida; ésta se debe ponderar casuísticamente, y es perfectamente posible que de la ponderación provenga una negativa de beneficios; en cambio, el sistema de prejuicio legal niega éstos *ab initio*, cualesquiera que sean los progresos y resultados de la ejecución penal.

En cambio, se facilita la obtención de beneficios para quien colabora en la investigación de delitos, sin mayor énfasis en la readaptación. En este orden, al sentenciado que colabora en la persecución de delitos (delincuencia organizada) se le otorga la remisión de la pena privativa de libertad hasta en dos terceras partes de la sanción impuesta. Además del

error de fondo, esta disposición no recurre siquiera a la técnica de reducción penal inherente a la remisión, cuyos extremos aritméticos (referencias que no sustituyen a la readaptación social) se manifiestan de otra manera.

La exclusión del tratamiento preliberacional, en forma total, carece de sentido: se ha olvidado que ese tratamiento no implica únicamente permisos de salida y prisión abierta, sino también medidas en la prisión cerrada que no tendrían por qué cancelarse de entrada. Finalmente, la LFDO olvidó extender el mismo criterio excluyente al caso de la rehabilitación, pese a que la propia ley estatuye sanciones privativas de derechos, además de las privativas de libertad.

### 18. *Menores de edad*

La iniciativa de ley sobre crimen organizado contenía dos propuestas que fueron desechadas en la ley aprobada. Una de ellas sugería someter a la justicia penal, en caso de delincuencia organizada, a los participantes de entre dieciséis y dieciocho años de edad; se les impondrían sanciones reducidas.

Esa propuesta es sumamente discutible. Con ella se inicia el retorno de un amplio sector de la población al universo de los sujetos (potenciales) del derecho penal; así se extiende, también en materia federal, el ámbito de validez subjetiva del derecho penal, como lo han hecho varios estados de la República, sin que en ellos se adviertan resultados que abonen las virtudes de la medida.

En mi concepto, esta reducción de la edad penal, que suscitó la oposición frontal de un amplio sector de la opinión pública, constituye un medio más para el retorno de los menores de edad al derecho penal, que también se consigue a través del nuevo derecho penal para menores infractores que se ha expedido en algunas entidades federativas, entre ellas el Distrito Federal. Esto último se sustenta en una errónea contraposición entre lo “tutelar” y lo “garantista” (*sic; rectius*, garantizador); en rigor, la contraposición se da entre conceptos del mismo género: “tutelar” contra “penal” y “garantizador” contra “no garantizador”.

### 19. *Impugnación de sentencias definitivas por el Ministerio Público*

Otro planteamiento de la iniciativa, que no prosperó, fue la interesante y conveniente posibilidad de que el Ministerio Público pudiese impugnar la sentencia definitiva que causara agravio al interés (social, no insti-

tucional) que ese órgano representa. No entraré en mayores detalles sobre este asunto, que amerita una solución adecuada (como la ha recibido en la vertiente del contencioso administrativo, cuyas sentencias pueden ser impugnadas por la autoridad a través de la revisión).

El argumento que se adujo para rechazar la propuesta fue singularmente desafortunado: es indebido abrir una nueva instancia y premiar así la ineficacia del Ministerio Público. Se olvidó que el propósito de la impugnación consultada no es “premiar” al Ministerio Público, sino proteger a la sociedad. Bajo las mismas ideas se podría plantear la supresión del recurso de apelación en favor del inculpado, e incluso del amparo para éste, a fin de no premiar la ineficacia de su abogado defensor.

## UNA REFORMA CONSTITUCIONAL INQUIETANTE (LA INICIATIVA DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1997)\*

SUMARIO: I. *Consideraciones introductorias.* II. *La reforma de 1993.* III. *La reforma de 1994.* IV. *La reforma de 1996: hacia un nuevo orden penal mexicano.* V. *Proyecto de reforma del 9 de diciembre de 1997.* VI. *Colofón.*

### I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Cada vez admiro más el oficio del legislador. De su oportunidad, prudencia y sabiduría depende, en una medida muy grande, la felicidad del pueblo, propósito del buen gobierno. Supongo que el legislador, deliberando en su fuero interno, trabajando en el rigor de su conciencia, debe vivir largas noches de angustia e insomnio. Cuando imagina una ley o recibe un proyecto, comienza el grave ejercicio de responsabilidad que concluirá en la norma positiva. Esta se agrega inmediatamente a la historia. Es historia, desde que inicia su vigencia. Y a partir de ese punto también comienza, inexorable, el juicio de la historia sobre el trabajo del legislador.

Ahora bien, el legislador tiene una ventaja sobre el juez que conoce de una contienda. El juez no puede abstenerse de sentenciar. Se le ha sustraído la posibilidad de decir, como sus colegas romanos: *non liquet*. Pero el legislador puede resistir, y a veces debe resistir. Es verdad que legislar constituye su misión y su obligación, cuando hay por qué y para qué hacerlo; pero también es verdad que no legislar puede ser otra forma de servir al pueblo y de asumir y cumplir una obligación. Supongo que éste es el primer dilema del legislador: ¿por qué y para qué legislar?

\* En *El Foro*, México, décima época, t. XI, núm. 1, primer semestre, 1998, pp. 65-110, y *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 1, enero-abril de 1998. Asimismo, ver mis comentarios respecto al dictamen elaborado por la Cámara de Senadores sobre estas mismas reformas, en el artículo: "La reforma procesal penal en la Constitución ¿Derecho democrático o Derecho autoritario?", publicado en esta misma obra. Las reformas a las que se refieren estos comentarios se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999.

Ahora estamos examinando un cambio mayor en la norma penal constitucional.<sup>1</sup> Esto quiere decir un cambio mayor precisamente ahí donde mayores pudieran ser los bienes y los males que depara la ley a la nación y a los individuos que la integran, que somos, por cierto, nosotros mismos. En varias ocasiones he afirmado que la materia penal es el escenario crítico de los derechos humanos;<sup>2</sup> es ahí donde el hombre, su dignidad, su libertad, su presente y su porvenir quedan en el más alto riesgo. De hecho, la historia de la libertad es, de alguna manera, la historia de la función penal. Por eso merece la más honda atención, la más profunda reflexión, el más delicado examen, esta reforma penal que hoy se quiere llevar —como otras que llegaron ya— al texto constitucional.

México va entrando, por la puerta grande o por la chica, a algunas de las corrientes del sistema penal que están de moda. Con frecuencia lo hace sin el reparo de quien primero debe tomar en cuenta sus circunstancias y sus ventajas, sus tradiciones y su realidad. Es decir, en algunos casos —que no reduzco a los asuntos penales— echamos de lado el famoso “espíritu de las leyes” que debiera presidir la expedición misma de una ley, para citar al viejo Montesquieu,<sup>3</sup> cuya enseñanza nos haría mucho bien.

Rondan las leyes ciertos vientos autoritarios. Invocaré aquí una expresión —que no es solitaria— del penalista Enrique Bacigalupo, magistrado del Tribunal Supremo de España:

Desde la segunda mitad de los años 70 se percibe una tendencia a limitar los efectos de la liberalización del Derecho penal que se propuso a mediados de la década anterior. El temor al delito y el sentimiento de inseguridad se convirtieron en un tema político general, explotado sobre todo por los movimientos conservadores y el llamado movimiento por ‘la ley y el orden’

1 Iniciativa del Ejecutivo Federal, del 9 de diciembre de 1997, para reformar, adicionar o reubicar los artículos 16, segundo párrafo; 19, párrafos primero, segundo, tercero y cuarto; 20, párrafos antepenúltimo, penúltimo y último; 22, párrafo final; y 123, párrafos primero y tercero de la fracción XIII del apartado B). Esta iniciativa fue substancialmente modificada por el dictamen elaborado por la Cámara de Senadores (1 de octubre de 1998).

2 Cfr. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 19; y “Los derechos humanos en la persecución penal”, *Temas y problemas de justicia penal*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1997, pp. 67 y ss.

3 Las leyes deben estar “tan ajustadas a las condiciones del pueblo para el cual se hacen, que sería una rarísima casualidad si las hechas para una nación sirvieran para otras”. Las leyes deben guardar relación con diversos datos de la realidad. Esas relaciones “forman en conjunto —escribe Montesquieu— lo que yo llamo Espíritu de las Leyes”. *El espíritu de las leyes*, 4a. ed., trad. de Nicolás Estévez, México, Porrúa, 1980, p. 6.

...Se trata de una situación que se manifiesta no tanto en una reforma del Derecho penal material como en el campo del proceso penal, donde se sostienen principios tales como la 'igualdad de armas' entre las partes del proceso (que en verdad no significa sino una desigualdad favorable a los órganos de persecución penal) y una fuerte reducción de los derechos de la defensa.<sup>4</sup>

Dije antes que estamos examinando una reforma mayor en la norma penal constitucional. Ésta viaja en la misma dirección que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; ahonda y generaliza el sistema que ese ordenamiento inició. Hay de nuevo febril inquietud legislativa. En su origen existen, es cierto, preocupaciones atendibles, y en ella han trabajado juristas y funcionarios que tienen todo mi respeto por su larga dedicación al derecho y su amor por la justicia. Yo no discuto, por eso, la excelencia de sus promotores o autores. Doy fe de ella.

Lo que me sobresalta es la visión de un derecho penal que se desliza, sensible o insensiblemente, hacia lo que considero un abismo. Se dice que es preferible contar con buenos jueces que disponer de buenas leyes,<sup>5</sup> y que un juzgador excelente hace prodigios con una mala ley. No lo he creído nunca, ni lo creo ahora. Por excelsos que sean los funcionarios —algunos, sólo unos cuantos—, no podrán hacer justicia con una ley injusta, ni sembrar claridad con unos mandamientos oscuros. Sucede que luego las leyes se independizan de sus autores, y una vez expedidas las normas dicen lo que dicen, y no lo que estuvo en la mente de quienes las concibieron. Los buenos propósitos se rezagan pronto.

Hay que pensar en las leyes, pues, muy distanciadas de sus promotores y defensores iniciales; ajenas al entusiasmo germinal; depositadas en cualesquiera manos, que habrán de aplicarlas más allá del gabinete en que se generaron y sin la ilusión que las concibió. Al pensar en las leyes penales, será juicioso hacerlo con la vista cifrada —y por ello la congoja— en la más dura y estricta realidad. No las aplicarán los mejores ni los más sabios, y si éstos lo hicieran, tampoco podrían excluir sus errores y compensar sus desaciertos. Las aplicarán, sencillamente, hombres comunes.

4 *Principios de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Madrid, Akal Ediciones, 1994, p. 60.

5 Cfr. Calamandrei, Piero, "También los jueces son hombres", páginas introductorias a la edición alemana del *Elogio de los jueces*, trad. Niceto Alcalá-Zamora, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, 1956, t. VI, núm. 24, pp. 66 y 67: "el buen funcionamiento de la justicia depende de los hombres y no de las leyes". y Jiménez de Asúa, Luis, "El juez penal: su formación y sus funciones", *El criminalista*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, t. 3, p. 99.

En el mejor de los casos, lo harán con buena voluntad; en el peor, para qué decir. Esto —no más, pero nunca menos— debe tener en cuenta el legislador, al que la nación ha confiado su destino, cuando suscriba una iniciativa o un dictamen, defienda en la tribuna un proyecto o eleve la mano en una votación.

## II. LA REFORMA DE 1993<sup>6</sup>

Hay antecedentes relevantes. En 1993, con la más alegre diligencia —que algunos llamarían precipitación— el sistema penal constitucional fue reformado en muchos puntos. Parecía urgente reformarlo. Hoy miramos algunas de las consecuencias, buenas unas, deplorables otras, de esa veloz reforma. Recordemos, si no es mucho pedir, un hito de aquel proceso. La modificación constitucional provino de dos iniciativas: la primera, del 30 de junio de 1993; la segunda, del 8 de julio del mismo año. El dictamen que abarcó a las dos se produjo precisamente el mismo día en que se formuló la segunda: el 8 de julio de 1993. Y el 3 de septiembre todo se había consumado: en el *Diario Oficial de la Federación* apareció la reforma. Tres días después, el 6 de septiembre, fue publicada una fe de erratas; era preciso, porque en la premura por hacer la reforma, se habían omitido el nombre y la rúbrica del presidente de la República.<sup>7</sup>

Me refiero a esta reforma constitucional no solamente porque abordó vertiginosamente el tema penal, sino también, y sobre todo, porque sembró en la Constitución un error que ahora estamos pagando, y que quiere remediar el proyecto que se encuentra en estudio: aludo, como se habrá

6 En lo sucesivo citaré diversos libros, artículos y comentarios míos, en los que me refiero a las diversas reformas constitucionales que se mencionan en este trabajo. Ahora no pretendo presentar y analizar la bibliohemerografía sobre esas reformas de 1993, 1994, 1996 y 1998 —en trámite—, sino subrayar una línea de preocupación personal, frecuentemente expresada, sobre la “mala suerte” —con salvedades— del sistema penal en el curso de las modificaciones constitucionales realizadas entre 1993 y 1998.

7 Cfr. mi examen de esa reforma, y particularmente de este proceso, en *El nuevo procedimiento penal mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, pp. 5 y ss. Asimismo, cfr. mi estudio introductorio “Andanzas de nuestra legislación penal”, en Díaz de León, Marco Antonio, *Código penal federal con comentarios*, México, Porrúa, 1994, pp. IX-XVII; y los comentarios sobre los artículos constitucionales reformados, que aparecen en: Varios autores, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 9a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I (artículos 19 y 20); Rabasa, Emilio O. y Caballero, Gloria, *México: ésta es tu Constitución*, 11a. ed., México, LVI Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1997 (artículos 16, 19 y 20); y *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 4a. ed., México, LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1994 (artículos 19 y 20).



advertido, al concepto “elementos del tipo penal” en los artículos 16 y 19, con el que los pruritos legislativos de esa tarde buscaron relevar un antiguo, explorado y bien sabido concepto procesal: el cuerpo del delito. Este desacierto, que en aquel tiempo no tan remoto se hizo notar inútilmente,<sup>8</sup> puede contribuir a nuestra reflexión.

No omitiré decir que en la exposición de motivos de la Iniciativa que ahora analizo, fechada el 9 de diciembre de 1997 (en lo sucesivo, Exp. mot.)<sup>9</sup> se reconoce expresa y claramente el error de la reforma de 1993 en lo relativo a los elementos del tipo penal. “Dicha reforma consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones —señala esa exposición—. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del Derecho penal mexicano”.<sup>10</sup>

No suscribo totalmente estas expresiones, aunque coincida con el juicio adverso hacia la reforma de 1993. En efecto, en la Exp. mot. parece sugerirse un “subdesarrollo” del derecho nacional. No es así. En mi concepto, la reforma de 1993 fue desacertada por sí misma, sobre todo si se coteja con la situación prevaleciente cuando en los artículos 16 y 19 se hablaba de cuerpo del delito.

8 Asimismo, hice el examen de este punto de la reforma en *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 12 y ss., y 45 y ss. También me he referido a la reforma de 1993 en diversos artículos periodísticos posteriores; así, *cfr.* “¿Sistema penal racional?”, *Excélsior* del 10 de agosto de 1995, y “Los paquetes penales”, en el mismo diario, el 28 de marzo de 1996; y en artículos en publicaciones académicas: “Procedimiento penal federal. Temas actuales”, *Criminalia*, México, año LX, núm. 1, 1994, pp. 149 y ss.; “Las reformas a la Constitución mexicana en el período noviembre de 1992-abril de 1994”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLIV, núms. 193-194, 1994, pp. 237 y ss.; y “Comentarios a las reformas de 1993 al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLIV, núms. 195-196, 1994, pp. 257 y ss.

9 Para precisar las citas que hago de la exposición de motivos de la iniciativa del 9 de diciembre de 1997, he numerado los párrafos que contiene dicha exposición; citaré esos párrafos tomando en cuenta el número que les corresponde en cada caso.

10 Exp. mot., parr. 11. En otro lugar se agrega: “Después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delinquentes evadan la acción de la justicia. Basta decir que en 1997, en todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, no se obsequiaron órdenes de aprehensión en más del 20 por ciento”. Obviamente, el desacertado texto constitucional no es, por fuerza, el único factor que explica la negativa judicial. Pudiera haber otras causas, que la exp. mot. pasa por alto.

### III. LA REFORMA DE 1994

Poco tiempo después, las prensas del *Diario Oficial de la Federación* recibieron de nuevo la carga de sendas reformas constitucionales. La suerte de éstas se había sellado desde que llegaron al Congreso: habría nuevas normas. Entonces se trataba nada menos que de llevar adelante la más ambiciosa reforma del Poder Judicial, o bien, en otros términos, de la impartición de justicia, desde 1824 hasta aquel momento. Así se dijo, y seguramente así se quiso, con entera buena fe. Hubo también algunos retoques a la materia penal. Las observaciones que surgieron no mellaron el ímpetu reformador.<sup>11</sup>

No dejó de presentarse algún penoso incidente, que ya casi no se recuerda: la desaparición de la Suprema Corte de Justicia por tres o cuatro semanas. Y más allá de esto, nos preguntamos si esa reforma de la “macrojusticia”, como la he denominado,<sup>12</sup> mejoró la “microjusticia” que anhela nuestro pueblo. El diagnóstico que hacen los más altos funcionarios de justicia —y no sólo el que hace el pueblo— es por lo menos inquietante, cuando no desconsolador. Me pregunto, en tal virtud: ¿no pudimos esperar, reflexionar, reunir experiencia, antes de legislar? Tal vez no. Tal vez urgía la reforma, como urge hoy.

La Exp. mot. de la Iniciativa de 1998 no deja de reconocer los tropiezos en esta materia. En un párrafo inicial advierte el Ejecutivo que “desde el principio de la presente administración se han impulsado profundas

11 Al respecto, me remito a mis comentarios publicados en el diario *Excelsior*, los días 15 y 22 de diciembre de 1994, bajo el título común de “Reformas en la justicia”, reproducidos en mi libro *Temas de México*, México, Asociación Nacional de Abogados, s/f, pp. 23 y ss. Posteriormente comenté de nuevo las reformas en el mismo diario: *cfr.* “Caballos de Troya”, el 18 de mayo de 1995, y “Libertad provisional”, el 18 de julio de 1996.

12 Examine detalladamente la reforma de 1994-1995 en mi libro *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, 1997. En torno a esta reforma, *cfr.* mis comentarios en Varios autores, *Constitución Política...*, cit., t. I (artículo 21); y Rabasa y Caballero, *Mexicano...*, cit. (artículo 21), así como los siguientes artículos en publicaciones especializadas: “El Ministerio Público y la reforma constitucional de 1994 (Antecedentes, contexto y novedades)”, *Ars Juris*, México, núm. especial sobre *Reforma judicial*, núm. 13, 1995, pp. 129 y ss.; “Justicia y Ministerio Público”, *Lex*, México, año I, núm. 5, 1995, pp. 12 y ss.; “Constitucionalidad de leyes y actos de autoridad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXVII, núm. 84, 1995, pp. 975 y ss.; “El Estado de Derecho y la reforma del Poder Judicial”, *Pemex-Lex*, México, núms. 91-92, 1996, pp. 4 y ss.; “La reforma constitucional del Ministerio Público”, en Varios autores, *La reforma constitucional en México y Argentina*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala, Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1996, Colección Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, pp. 59 y ss.

reformas tendientes a fortalecer las instituciones encargadas de la procuración e impartición de justicia”; luego alude a las reformas constitucionales de 1994 y señala que en el Poder Judicial de la Federación “se han presentado avances significativos”, pero la “procuración (de justicia) no se ha desarrollado en la misma proporción”; acto seguido, la Exp. mot. asegura que “para generar el justo equilibrio entre ambas instituciones (es decir, procuración e impartición de justicia), se considera necesario revisar el marco constitucional de actuación de las autoridades responsables de procurar justicia...”.<sup>13</sup> Desde luego, no se indica por qué ese marco constitucional —profundamente reformado en 1994 y 1995, pero además en 1996— no logró en la procuración de justicia lo que se dice consiguio en la administración de ésta.

#### IV. LA REFORMA DE 1996: HACIA UN NUEVO ORDEN PENAL MEXICANO

Pasó algo más de un año para que nuevamente se emprendiera una reforma constitucional en materia penal. Ya estamos en 1996. Esta vez también se manifestó, como se suele decir, que las normas existentes no permitían resolver los severos problemas que debía enfrentar el país en la lucha contra el crimen organizado. Lo que nunca se dijo fue lo primero que se debió aclarar: ¿por qué no era posible luchar contra esa forma de criminalidad con los instrumentos de que se disponía? O bien, dicho en otros términos: ¿cuáles eran los instrumentos que fallaban? ¿las normas, u otras cosas? Hubo quienes pensaron, también de nueva cuenta, que el problema no estaba en las leyes.<sup>14</sup> Pero la reforma se consumó.<sup>15</sup>

13 Exp. mot. párrs. 3 y 4.

14 Antes de que se realizara la reforma constitucional, previne sobre ella en varios artículos publicados en el diario *Excelsior*: “Los ‘paquetes’ penales”, del 28 de marzo de 1996, “Y un día vinieron por nosotros...”, del 18 de abril, y “El bebé de Rosemary”, del 25 de abril, así como en otras notas ya citadas. Una vez realizada dicha reforma, opiné nuevamente en otros artículos en el mismo diario: “Libertad provisional”, del 18 de julio de 1996, “El bebé de Rosemary ya nació”, del 14 de noviembre de 1996, y “El debate sobre la justicia”, del 13 de noviembre de 1997, y “Ahora, ¿a legislar?”, del 11 de diciembre del mismo año.

15 Sobre la reforma constitucional de 1996 en general, *cfr.*, además de la obra y el artículo citados en la siguiente nota, García Ramírez, “Presentación” en Díaz de León, *Derecho penal mexicano. La reforma de 1996*, México, Porrúa, 1997, pp. VII-XII; y “Las reformas penales constitucionales de 1996”, *Memoria del Segundo Panel de Procuración de Justicia 1997*, Guanajuato, Procuraduría General de Justicia del Estado de Guanajuato, 1997, pp. 77 y ss. Igualmente, hay comentarios míos en *Constitución Política...*, *cit.* (artículo 21); y en Rabasa y Caballero, *Mexicano:...*, *cit.* (artículos 16, 20, 21 y 22). Un panorama, en García Ramírez, “La reforma en materia penal”, en Varios autores, *Dere-*

Este cambio constitucional de 1996 trajo consigo un oscuro ordenamiento. Mejor dicho: la propuesta de este ordenamiento, inicialmente rechazado por un buen sector de la opinión general y especializada, determinó la reforma constitucional. De esta manera se “constitucionalizó” —aunque sólo relativamente— la nueva ley. Así purgaba, de origen, algunas de sus culpas.

No he vacilado en señalar que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada inaugura en el derecho mexicano una nueva y preocupante versión del sistema penal. Conste que no digo que esta inauguración tiene alcance mundial. Reconozco que muchas de las instituciones que figuran en aquella ley han existido y existen en otros lugares del mundo. Pero también confieso que no me preocupa lo que a éstos convenga o en ellos ocurra, sino lo que convenga a México y suceda aquí. En suma, merced a las reformas de 1996 tenemos dos ordenes penales: el ordinario o tradicional, con numerosas garantías, sobre bien conocidos principios, y el recién llegado, el advenedizo, con garantías diferentes o recortadas, construido sobre principios diversos.<sup>16</sup>

Algunos de los legados de la Ley sobre Delincuencia Organizada son: a) un tipo penal equívoco que sanciona los actos preparatorios,<sup>17</sup> b) la posibilidad de que surjan delitos a partir de la mera atracción discrecional por parte del Ministerio Público Federal,<sup>18</sup> c) la negociación penal<sup>19</sup> a la manera anglosajona —que ya infectó las leyes de algunos

chos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones. Reformas constitucionales durante la LVI Legislatura, 1994-1997, México, LVI Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1997, serie VI, vol. I, t. 13, pp. 537 y ss. (este panorama abarca reformas anteriores y posteriores a la de 1994); y “La reforma constitucional”, en Varios autores, *Vigencia de la Constitución de 1917. LXXX Aniversario*, México, Secretaría de Gobernación, Archivo General de la Nación, 1997, pp. 253 y ss. (en este trabajo, de carácter panorámico, me refiero igualmente a otros aspectos de la reforma constitucional).

16 Acerca del proyecto de dicha ley, en su momento, *cfr.* mi nota “La delincuencia organizada”, *Criminalia*, México, año LXII, núm. 2, 1996, pp. 140-149; *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXIX, núm. 87, 1996, pp. 1019-1028; y *Temas y problemas...*, *cit.*, pp. 209 y ss. Hago el examen de la reforma constitucional de 1996 y la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa, 1997. Hay primicias de este libro, que abarcan diversos aspectos del nuevo régimen jurídico, en “Consideraciones acerca de la regulación penal sobre delincuencia organizada”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XLV, núms. 211-212, 1997, pp. 205 y ss.; y “La reforma constitucional de 1996 sobre delincuencia organizada”, *El Foro*, México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, novena época, t. X, núm. 1, 1997, pp. 1 y ss.

17 *Cfr.* *Delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 86 y ss.

18 *Cfr. ibidem*, p.126.

19 *Cfr. ibidem*, pp. 110 y ss.

países europeos—, a la que no pocos autores insospechables califican con los peores términos: Alcalá-Zamora y Castillo, como “bochornoso chalanero, con apariencias de allanamieto y realidades de transacción penal”,<sup>20</sup> y Almagro Nosete como “modelo procesal... basado en un utilitarismo feroz a costa de una distorsión hipócrita entre principios ético-jurídicos y praxis”,<sup>21</sup> negociación que ahora pudiera extenderse más allá de los casos de delincuencia organizada;<sup>22</sup> d) la asunción de poderes indagatorios por una autoridad ajena al Ministerio Público,<sup>23</sup> e) la delación;<sup>24</sup> f) la inversión de la carga de la prueba y el desechamiento de la presunción de inocencia;<sup>25</sup> g) la detención prolongada bajo el camuflaje del arraigo;<sup>26</sup> y h) el ofrecimiento de recompensas vinculadas a la

20 *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 89.

21 Cit. por Fairén Guillén, Víctor, *Ensayo sobre procesos complejos. La complejidad en los litigios*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 130.

22 En efecto, el proyecto de reformas y adiciones al Cpf. incluye un artículo 73 bis, que dirá: “Tratándose de sentenciados por delito grave, podrán otorgarse los beneficios de preliberación al reo, siempre y cuando éste aporte datos suficientes para lograr la aprehensión de sus cómplices, de otros delincuentes, o la desarticulación de organizaciones delictivas, previo cumplimiento de los requisitos señalados por la ley para su otorgamiento”. Con esto se resuelve una pregunta que yo había formulado acerca de a qué informaciones pudiera extenderse la colaboración del delincuente: ¿sólo las relacionadas con la organización a la que pertenece el informante, o aquéllas relativas a delitos en los que éste interviene? ¿también otros informes, fuera de los anteriores? *Cfr. Delincuencia organizada...*, cit., pp. 115 y 116. Ahora se ve que esa colaboración es genérica, y de hecho convierte al colaborador en auxiliar, asimismo genérico, de los órganos investigadores.

23 *Cfr. Delincuencia organizada...*, cit., pp. 130 y ss.

24 *Cfr. ibidem*, pp. 136 y ss.

25 *Cfr. ibidem*, pp. 61 y ss., y 169 y ss.

26 *Cfr. ibidem*, pp. 160 y ss. Se trata en realidad de una detención supuestamente domiciliaria—aunque no venga al caso el domicilio del detenido, sino un domicilio fijado para esos “arraigos” por la autoridad persecutoria—, que de esta manera desviada sortea el límite fijado para la detención del indiciado y crea una nueva forma de detención, además de las constitucionalmente previstas, que se reducen a orden judicial de captura, flagrancia y urgencia. La iniciativa de reformas secundarias, del 9 de diciembre de 1997, abarca el artículo 133 bis. En éste se incluye el arraigo domiciliario: “La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido. —El arraigo domiciliario podrá decretarse hasta por un máximo de treinta días naturales y la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica no podrá exceder de sesenta días naturales.— La determinación precautoria de la autoridad judicial deberá notificarse al afectado”. Esta propuesta contiene cambios sustanciales con respecto al texto vigente del artículo 133 bis. Así: a) éste sólo regula la institución tradicional del arraigo como proscripción de salir de una jurisdicción determinada, que se puede extender hasta treinta días hábiles (en relación con el artículo 72), y el proyecto regula tanto aquella proscripción, que se puede prolongar hasta sesenta días naturales, como el denominado arraigo “domiciliario”, que puede durar treinta días naturales; y b) el artículo vigente ordena que el juez escuche

captura del criminal,<sup>27</sup> que hace más de doscientos años reprobó el propio Beccaria.<sup>28</sup>

## V. PROYECTO DE REFORMA DEL 9 DE DICIEMBRE DE 1997

### 1. *El sentido y los motivos*

Durante muchos años, en tiempos favorables y adversos, se ha pugnado por el progreso del derecho penal mexicano. Este tiene, en general y más allá de errores o aciertos técnicos, un sentido mayoritariamente democrático. La expresión “democrático”, que ya tiene carta de naturalización en la doctrina penal de todos los países, corresponde a un derecho punitivo consecuente con los principios, las reglas, los propósitos y el estilo del Estado democrático y social de derecho, que extrema la atención a los derechos humanos, pero no descuida —con el rigor racionalmente necesario— la defensa de la sociedad contra el delito.

No obstante, en los últimos años han aparecido signos inquietantes, acaso de buena fe, que alteran este curso normal de nuestro derecho, siempre bajo el interés —tan comprensible como plausible— de preservar el orden público. Nada hay ni puede haber contra este propósito, cuyo éxito determina el buen desempeño de los derechos y las prerrogativas del ser humano. Ahora bien, no deja de ser preocupante que para la preservación del orden público se eche mano de medidas que en mayor o menor medida afectan puntos esenciales del Estado de derecho, entendido como solemos entenderlo todavía.

al indiciado tanto para resolver el arraigo como para levantarlo o continuarlo, en tanto que el proyecto nada dice sobre el derecho de audiencia del indiciado. El arraigo domiciliario fue originalmente incorporado al derecho procesal penal mexicano por unos insólitos acuerdos administrativos, bien intencionados, del procurador del Distrito Federal, del 1 y 18 de julio de 1977 y 14 de febrero de 1978, que evolucionaron para convertirse en texto del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales del D. F., por adición promulgada el 26 de diciembre de 1981, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre. Siempre fue discutible la constitucionalidad de esta medida, que, por lo demás, era prácticamente inocua, porque el arraigo domiciliario no podía prolongarse más de tres días, ni impedía que el arraigado saliera de su domicilio para asistir al centro de trabajo en que desempeñaba sus actividades laborales. *Cfr.* García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989, pp. 618 y 619.

<sup>27</sup> *Cfr. ibidem*, p. 178.

<sup>28</sup> En el Capítulo XXII de su obra *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ed. Cajica, 1957, p. 131.

No puedo menos que expresar mi preocupación por diversos aspectos de las reformas penales constitucionales, así como de las modificaciones en la legislación secundaria, que figuran en las iniciativas del 9 de diciembre de 1997. El lector atento advertirá que esas propuestas, aun cuando hayan sido formuladas con la mejor intención, incorporan a las leyes mexicanas acentos fuertemente autoritarios que hasta ahora habían estado ausentes, salvo en las normas precursoras que antes mencioné, sobre todo las relativas a delincuencia organizada.

Creo que ciertas disposiciones sumamente autoritarias ponen en riesgo aquello que se trata de proteger, y tal vez no obtienen los resultados que dicen perseguir. En mi concepto, esto ha sucedido en el novísimo régimen penal sobre delincuencia organizada: una buena bandera cubre soluciones controvertibles. En diversos trabajos que cito aquí he objetado varios aspectos de ese régimen preocupante, que ahora parece desbordar los límites que originalmente se impusieron, en cuanto que algunas de sus medidas pudieran trasladarse a otros ámbitos de la regulación penal.

No es mi propósito abordar en este momento las iniciativas de reforma constitucional y secundario, sino sólo aquélla. Por ende, mencionaré en nota a pie de página algunas de las propuestas de carácter penal secundario únicamente cuando lo estime necesario para ilustrar o detallar alguna explicación que figure en el texto principal del presente estudio.<sup>29</sup>

Lo primero que se suele echar de menos en las acostumbradas exposiciones de motivos de reformas constitucionales o nuevas leyes es, precisamente, la expresión puntual y convincente de los motivos que conducen a promover y aprobar los ordenamientos, en vez de limitarse a aplicar los existentes o sugerir reformas distintas. Esto ha llamado la atención con alguna frecuencia, y desde luego es uno de los males de que se duele el proceso reformador de 1996 en lo que respecta a los artículos 16, 21, 22 y 73.

Ciertamente se dice algo así como que “es necesario actualizar el marco jurídico existente”, o bien, que “las disposiciones vigentes no permiten resolver con eficacia el problema” de que se trata, o bien, que “las normas

<sup>29</sup> Esas referencias corresponden a la iniciativa de decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República, en materia de fuero federal, y de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada al Constituyente Permanente por conducto de la Cámara de Senadores, el 9 de diciembre de 1997, misma fecha en que se sometió al Senado la iniciativa de reformas y adiciones constitucionales. Cuando me refiera al ordenamiento penal sustantivo, lo identificaré como Cp., y cuando aluda al ordenamiento adjetivo para la Federación, lo citaré como Cfp.

que sirvieron para otras circunstancias ya no corresponden a las necesidades actuales”. Bien que así se diga, pero en todo caso es insuficiente. De lo que se trata es de saber por qué es necesario actualizar ese marco, por qué no es factible resolver el problema mediante la aplicación de las normas vigentes —sobre todo si aún no se aplican éstas, o su aplicación ha sido deficiente—, y por qué las disposiciones cuestionadas no corresponden a las necesidades actuales.

La Exp. mot. de 1997 incurre en explicaciones semejantes a las que he cuestionado. Veamos algunas de ellas. Dice, por lo pronto, que

la delincuencia ha venido aumentando a índices alarmantes. Las causas del fenómeno delictivo son diversas: el desempleo o subempleo derivado del período de crisis y austeridad económicas, el crecimiento de la población, la corrupción de los elementos que integran los cuerpos de seguridad pública, la impunidad de quienes delinquen y el rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia, entre otras.<sup>30</sup>

Acto seguido indica que en nuestro país “el grado de organización de la delincuencia es elevado”, y propone ejemplos: “Existen agrupaciones delictivas que cuentan con grandes capitales obtenidos de sus actividades ilícitas, un enorme poder corruptor, tecnologías avanzadas y un sofisticado armamento a su servicio”; así las cosas, se dice en el mismo párrafo: “El Estado requiere de mejores herramientas jurídicas para actuar oportunamente”.<sup>31</sup>

En esta misma línea, la Exp. mot. destaca que,

a la luz de la legislación actual, las instancias procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente a este fenómeno. Ciertos (*sic*) requisitos de la ley, pensados en su momento para enfrentar una delincuencia carente de la sofisticación que hoy despliega, limitan la actuación de la autoridad.<sup>32</sup> En suma, ‘es necesario revisar profundamente nuestras normas jurídicas y eliminar los obstáculos que hasta ahora han impedido que se actúe con la oportunidad y severidad requeridas’.<sup>33</sup>

30 Exp. mot., párr. 5.

31 *Ibidem*, párr. 6.

32 *Ibidem*, párr. 7.

33 *Ibidem*, párr. 9.



Ahora bien, lo que se necesita saber —pero no se llega a saber, si se atiende solamente a la exposición de motivos— es algo más que los hechos notorios mencionados, que, por serlo, no requieren prueba. En efecto, no es preciso demostrar que hay desempleo y subempleo, que la población ha crecido aceleradamente, que hay corrupción en las filas de la policía, que existe impunidad. Todo eso es bien sabido. Lo que no resulta tan evidente es el llamado “rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia”. ¿Cuáles son los datos del rezago? ¿Se presenta en las normas, o en la aplicación de ellas? ¿Cómo se acredita esa “desproporción” que menciona la exposición de motivos?

Es indispensable una explicación para conocer otras cosas, que la Exp. mot. da por sabidas, no obstante que forman la esencia de una “motivación”: ¿Cuáles son los “serios obstáculos” que encuentran las instancias procuradoras de justicia? ¿Cuáles son esos “ciertos requisitos” de la ley que “limitan la actuación de la autoridad”? (Sin perjuicio de advertir que la ley —cualquier ley— es, en sí misma, una frontera para el ejercicio de la autoridad en el Estado de derecho) ¿Dónde se localizan —por lo que hace al *corpus juris* vigente— los multicitados obstáculos que han impedido que la autoridad “actúe con la oportunidad y severidad requeridas”? (Asimismo, sin ignorar que las normas jurídicas, en un Estado de derecho, constituyen los límites racionales para el despliegue de la “severidad” de una autoridad).

También es interesante observar que una vez más se carga la inseguridad pública en la cuenta de las instituciones de prevención y persecución del delito, y mucho menos en las circunstancias sociales, económicas y culturales que constituyen, como alguna vez se dijo, el “caldo de cultivo” de la delincuencia. Sólo se alude, como de paso y para satisfacer un requisito, a los temas sociales: desempleo y subempleo, crecimiento demográfico. Hay, obviamente, otros factores causales de la delincuencia, conexos con estos dos, o independientes de ellos. Empero, nada se dice acerca de la influencia que tienen los factores reconocidos en la Exp. mot. sobre las cifras de la criminalidad. Una vez cubierto el expediente de mencionarlos, se pasa a los temas relacionados con seguridad y procuración de justicia y a los aspectos más específicos de la reforma que se consulta.

Antes de ahora me he ocupado en las dos vertientes o dimensiones de la seguridad pública, a propósito de la reforma de 1994 al artículo 21.<sup>34</sup>

34 Cfr. *Poder Judicial y Ministerio Público*, cit., pp. 176 y ss., y 236 y ss.

Lo que dije entonces puede ser reiterado ahora, en mi concepto: la seguridad es mucho más que un tema de policía, fiscalía, tribunales y prisiones; sus hondas raíces anidan en el orden político, ético, económico, cultural. La seguridad declina cuando declina la justicia, y desde luego no me refiero solamente a la justicia penal.

## 2. Artículos 16<sup>35</sup> y 19<sup>36</sup>

La Iniciativa —que ha suscitado controversias—<sup>37</sup> propone primero, según el orden de aparición de los temas en la escena, reformas importantes en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El antecedente de esas reformas, su factor y origen, se halla en los cambios improcedentes que antes mencioné, y que la misma Exp. mot. de 1997 —como también dije— ha reconocido claramente.

El Constituyente de 1993 sustituyó el acreditado concepto procesal “cuerpo del delito” por la noción sustantiva “elementos que integran el tipo penal”. En un libro que dediqué parcialmente al examen de las reformas de aquel año, evoqué el *faux pas* del legislador cuando creyó que “cuerpo del delito” era una figura equívoca y controvertida, y el tipo penal era —o es— un concepto unívoco y perfectamente conocido.<sup>38</sup> En el mejor de los casos, esa creencia fue candorosa.

35 De acuerdo al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 la reforma al artículo 16 quedó de la siguiente forma (se modificó el segundo párrafo): “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

36 El artículo 19 se modificó por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 en los siguientes términos: se reformó el primer párrafo: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado”. Se adicionó un segundo párrafo (de manera que los dos subsiguientes pasaron a ser el tercer y cuarto párrafos): “Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.”

37 Por mi parte, expuse una opinión general en el artículo periodístico “¿Otro bebé de Rosemary?”, en *Excelsior* del 12 de marzo de 1998.

38 Ahora vemos en que quedó lo que anunciaba con optimismo la exposición de motivos de la

Probablemente la idea del *corpus criminis* no nos convenza, si pensamos —como pensó aquel legislador, tendiendo siempre la vista del otro lado del Atlántico, y a veces más allá de la frontera septentrional— en sus aplicaciones en el derecho medieval o extranjero; pero había llegado a ser convincente en México —que es el país del que estoy hablando— al cabo de un largo proceso definitorio, que líneas atrás mencioné. En cambio, los elementos del tipo penal se hallan sujetos todavía al debate académico. Por ello, el legislador advirtió, finalmente, la necesidad de aclarar a qué se estaba refiriendo la Constitución; con ese propósito codificó la doctrina en los ordenamientos procesales,<sup>39</sup> depositando en ellos sus convicciones doctrinales.

No terminó ahí el error. Hubo más: efectivamente, la reforma de 1993 identificó los requerimientos del ejercicio de la acción penal y la orden de aprehensión o comparecencia, con las exigencias de fondo del auto de formal prisión o sujeción a proceso. Hay que acreditar lo mismo en todas estas hipótesis: elementos del tipo penal y probable responsabilidad del indiciado en la consignación y el mandamiento de captura (artículo 16) y eso mismo —elementos del tipo penal y probable responsabilidad— en el auto de procesamiento (artículo 19). Obviamente, tampoco pasó inadvertido este desliz.<sup>40</sup>

Todo lo dicho ha llevado al Ministerio Público, y quizá también al juzgador, a una situación incómoda: se dice que es demasiado lo que debe acreditar el titular de la acción penal para requerir la actividad jurisdiccional; y luego se menciona que por estas exigencias los delincuentes se sustraen a la justicia penal. Desde luego, este doble juicio es discutible, pero no se le puede negar cierta razón.

Lo más conveniente, una vez que se vio con toda claridad el desacierto de la reforma de 1993, sería regresar al texto anterior, que no planteaba problema alguno en este orden de cosas. Si recuperásemos el concepto cuerpo del delito, desharíamos de un golpe todo el enredo. Sin embargo,

Iniciativa de 1993: “se culmina en la Constitución el esfuerzo de muchas décadas por estudiosos en la materia, por unificar criterios que articulen de mejor manera la política criminal mexicana”; y en otro lugar de la misma exposición: se supera “el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal; con lo que se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez...”. Cit. en *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 13 y 46.

39 Artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

40 A él me referí en *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 12 y 13.

no se ha seguido este camino. En el proyecto se previene otra cosa: reducir las condiciones para el ejercicio de la acción y la orden de captura.

Por ello, en el segundo párrafo del artículo 16 se propone disponer el libramiento de la orden de aprehensión (y se sobreentiende, evidentemente, el previo ejercicio de la acción penal) cuando haya “denuncia o querrela” y “existan datos —se quiere decir pruebas— que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado”.<sup>41</sup> Además, hay una reforma útil, aunque no indispensable, en cuanto se establece el presupuesto de la denuncia o la querrela y se suprime la antigua referencia, que hoy día sólo extraña y confunde, a la figura de la “acusación” (que en todo caso incumbe al Ministerio Público, no al denunciante, querellante u ofendido).

La Exp. mot. subraya que la Iniciativa planteada “propone flexibilizar (*sic*) los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión”, en la inteligencia de que esto “conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales...”.<sup>42</sup>

No es exactamente así. En primer término, la norma no sólo establece las condiciones para librar orden de aprehensión —o bien, en su caso, de comparecencia o presentación—, sino también determina el contenido mismo, los fines, el propósito de la averiguación previa, y por ende, los requisitos para el ejercicio de la acción penal. En segundo término, no se “conserva plenamente” el equilibrio procesal; al menos, no en la forma en que lo hace el precepto en vigor, y sólo así cabría hablar de que se “conserva” algo; si no es así, lo que se hace es “modificar”, “alterar”, “cambiar” ese equilibrio. Otra cosa es ver si ese cambio resulta necesario o prescindible, provechoso o pernicioso, no sólo en la teoría, sujeta a la prueba de la razón, que con frecuencia se supera, sino en la práctica, sometida a la prueba de la experiencia, que rara vez se aprueba.

Lo que se debe destacar es que el proyecto pasa de exigir prueba plena de todos los elementos que integran el tipo penal, a solicitar solamente que se establezca la mera probabilidad de que existan algunos de esos

41 El texto completo del segundo párrafo del artículo 16, en los términos de la iniciativa, es el siguiente: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado”.

42 Exp. mot., párr. 15.

elementos: los llamados objetivos. La exposición de motivos recuerda que el cambio introducido en 1993 relevó el concepto de “cuerpo del delito”, para aludir a “elementos del tipo penal”. Y sigue diciendo:

Antes de 1993, para que se librara un auto de formal prisión únicamente debían estar acreditados los elementos objetivos del delito y después de la reforma se debían acreditar todos los elementos del tipo penal —objetivos, subjetivos y normativos—, así como la probable responsabilidad del inculcado.<sup>43</sup>

No hay duda sobre el desliz del Constituyente Permanente en 1993 al incurrir en dicho canje de conceptos, pero tampoco es enteramente cierto que antes de aquel año sólo hubiera sido preciso acreditar los elementos objetivos del delito. De ser así, el texto previo a 1993 habría sido tan estrecho o reductor de garantías como quiere serlo el sugerido en 1997. Hay que tomar en cuenta tanto los señalamientos de la jurisprudencia, en ambos sentidos,<sup>44</sup> como el parecer de la doctrina, asimismo dividida,<sup>45</sup> y sobre todo la definición aportada por la ley vigente entonces, que no dejaba duda sobre la integración del cuerpo del delito: todos los elementos.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> *Ibidem*, párr. 17.

<sup>44</sup> Cfr. la jurisprudencia citada en García Ramírez y Adato de Ibarra, Victoria, *Prontuario del proceso penal mexicano*, 7a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 243 y 244. Si bien hubo tesis en el sentido de que “por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”, también hubo pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que “comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos tal como lo define la ley, al considerarlo como delito y señalar la pena correspondiente” (*idem*).

<sup>45</sup> Juan José González Bustamante, por ejemplo, consideró que el cuerpo del delito “está constituido por el conjunto de elementos físicos, materiales, que se contienen en la definición”. *Principios de derecho procesal penal mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1971, p. 159; en sentido semejante, Acero, Julio, *Procedimiento penal*, 6a. ed., México, Ed. José M. Cajica, 1968, p. 95, y González Blanco, *El procedimiento penal mexicano*, México, Porrúa, 1975, p. 103. En cambio, Manuel Rivera Silva escribió que el “cuerpo del delito es el contenido de un ‘delito real’; que encaja perfectamente en la descripción de algún delito, hecha por el legislador, en la que muchas veces van elementos de carácter moral.— En la descripción también pueden ir elementos de carácter ‘valorativo’ que requieren su presencia en el cuerpo del delito”. *El procedimiento penal*, 26a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 157 y 158; Arilla Bás estimó que el cuerpo del delito está constituido “por la realización histórica espacial y temporal de los elementos contenidos en la figura que describe el delito”. *El procedimiento penal en México*, 4a. ed., México, Editores Mexicanos Unidos, 1973, p. 82; Guillermo Colín Sánchez reconoció que el cuerpo del delito “se da cuando hay tipicidad según el contenido de cada tipo; de tal manera que el cuerpo del delito corresponderá según el caso: a lo objetivo; a lo subjetivo y normativo; a lo objetivo, normativo y subjetivo; o bien a lo objetivo y subjetivo”. *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 2a. ed., México, Porrúa, 1970, p. 279. Este es, también, el punto de vista que yo he sostenido. Cfr. mi *Curso de derecho procesal penal*, cit., p. 468.

<sup>46</sup> Dijeron los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código de

La exposición de motivos pone en la cuenta de la Suprema Corte de Justicia el “haber hecho aún más rígido el acreditamiento de los elementos del tipo penal”, y señala cuáles son las exigencias jurisprudenciales que han determinado semejante “rigidez”. Pero del enunciado que formula la exposición<sup>47</sup> se desprende, fuera de dudas, que dichas exigencias no derivan de la jurisprudencia, sino literalmente de los artículos 168 del Código Federal de Procedimientos Penales y 122 del Código equivalente para el Distrito Federal.

En lo que toca al señalamiento de las modificativas o calificativas del delito —que también coloca la Exp. mot. bajo la queja de “rigidez” creada por la Corte—, es evidente que dichos elementos forman parte del tipo penal, y no son ajenos a éste; en la especie viene al caso un tipo complementado, no simplemente un tipo básico. El error que hubo —y que afortunadamente corrigió la jurisprudencia— consistió en suponer que la Constitución sólo alude a los tipos penales básicos, precisamente; empero, la ley fundamental no incurre en semejantes distinciones. Cuando se ejercita acción, se dicta formal prisión y se emite sentencia, la autoridad debe tomar en cuenta el tipo que verdaderamente se presenta en la especie, que puede ser uno complementado, diferente y autónomo con respecto al básico.<sup>48</sup>

En contraste con la propuesta sobre el artículo 16, el texto sugerido para el primer párrafo del artículo 19, en el que se apoya el auto de formal prisión, exige mucho más, que tampoco es, empero, todo lo que exige la norma en vigor:

Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que el cuerpo del delito se constituye con todos “los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal”. Esta precisión legal obedeció al propósito de consolidar el concepto amplio de cuerpo del delito. En mi comentario sobre las reformas procesales de 1983, señalé: “Superando interpretaciones parciales o encontradas, ha quedado de manifiesto, en la letra de la ley, que el cuerpo del delito equivale al conjunto de elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuosos. Esto abarca, pues, los generalmente llamados elementos objetivos o materiales, subjetivos y normativos, conforme a la descripción típica contenida en el Código punitivo o en una ley especial”. *Justicia y reformas legales*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1985, p. 226.

<sup>47</sup> Exp. mot., párr. 18.

<sup>48</sup> “Los tipos complementados se conforman con los elementos de un tipo básico, a los que se suman otros elementos más, denominados ‘circunstancias cualificantes o atenuantes’, que aparecen previstos en una disposición distinta de la propia ley penal, los cuales, sumados, conforman un tipo delictivo nuevo y diverso, el cual, de acuerdo con sus características, podrá suponer un mayor o menor grado del injusto y, en función de ello, observará una elevación o disminución de la punibilidad respecto de la prevista para el tipo básico”. Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 313.

datos suficientes —también se quiere decir pruebas— que acrediten la plena existencia —en realidad, se quiere decir que acrediten plenamente la existencia— de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo que se impute (al) indiciado y hagan probable su responsabilidad.<sup>49</sup>

Así las cosas, se puede observar que en el proyecto existe el atisbo de la solución, un atisbo que no llega muy lejos, pero finalmente se incurre en una muy discutible solución. Veamos ésta primero. Consiste en contraer los requerimientos para la consignación y la orden de captura solamente a los elementos “objetivos”, con absoluto olvido de los subjetivos y normativos, en caso de haberlos. Podemos suponer lo que esto significaría, por ejemplo, en la hipótesis de robo: bastaría con que una persona removiese un objeto para que se le consignara como ladrón, en virtud de que el *ánimus* característico del robo es un elemento subjetivo del tipo<sup>50</sup> y la condición de bien ajeno es un elemento normativo,<sup>51</sup> además de que la exigencia típica “sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella” anuncia un quebrantamiento antijurídico que es preciso valorar.<sup>52</sup> Por demás está ponderar los desastrosos efectos que acarrearía la simple alusión a los elementos objetivos.

El problema no concluye ahí, porque la propuesta de reforma al artículo 22, que adelante examinaré, reitera la alusión a los elementos objetivos del tipo penal, ahora para brindar suficiente fundamento —en concepto del proyecto— al decomiso de bienes, que el proyecto denomina aplicación de bienes al Estado.

A la luz de lo que se ha manifestado no es posible coincidir con dos expresiones de la exposición de motivos, demasiado enfáticas. Se dice, primero, que;

49 El texto íntegro del primer párrafo del artículo 19, según la propuesta contenida en la Iniciativa, es: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad”.

50 Es necesario que la remoción o desplazamiento de la cosa “se efectúe con ánimo de apropiación. Un elemento subjetivo de antijuricidad hállase, pues, ínsito larvada y latentemente, pero de modo inequívoco, dentro del concepto de apoderamiento”. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano. La tutela penal de patrimonio*, 3a. ed., México, Porrúa, 1977, t. IV, p. 34.

51 Cfr. *ibidem*, p. 47.

52 Cfr. *ibidem*, pp. 56 y 57.

la Iniciativa respeta los principios consagrados en la reforma de 1993, pero la desarrolla y perfecciona para hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia, conservando plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados por las garantías individuales.<sup>53</sup> No es así: la Iniciativa modifica sustancialmente los principios de la reforma de 1993.

Se dice, después, que “la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público no se reduce con la reforma. Simplemente esta exigencia se cumple en las etapas procesales idóneas”.<sup>54</sup> Tampoco es así: evidentemente, se reduce en forma drástica la mencionada exigencia a cargo del Ministerio Público —al que se releva de probar lo que hasta hoy ha debido probar, tanto antes como después de la reforma de 1993—; lo que se cumple en las etapas procesales posteriores —calificadas por la Exp. mot. como “idóneas”— ciertamente no mantiene la vieja exigencia concentrada en la averiguación previa.

Me referí, *supra*, a la existencia de un atisbo de solución que late en el proyecto, no desenvuelto —ese atisbo— en sus naturales y pertinentes consecuencias. Aquél se halla, quizá inadvertidamente, en la idea que flota sobre el proyecto, pese a su cuestionable redacción: “probable” existencia y “plena” existencia. Se ha intuido, pues, que el verdadero problema no reside en la materia sujeta a prueba —que es el conjunto de los elementos del cuerpo del delito, hoy del tipo penal— sino en la intensidad de la prueba.

No sobraría recordar aquí algunas viejas nociones: prueba indiciaria para consignar y librar la orden y prueba semiplena —o plena, si se quiere— para dictar auto de procesamiento, en el entendido de que esas pruebas deben abarcar “todo” el delito, no sólo una parte de él, porque hay delito cuando se reúnen los elementos que lo integran; si alguno de ellos falta, no hay delito, y por ende es improcedente la consignación. Efectivamente, se está imputando al indiciado la realización de una conducta punible que puede estar integrada por elementos objetivos, subjetivos y normativos, y no sólo una parte de aquélla. Lo que sucede es que aún no se han reunido todas las pruebas que permitan asegurar —con plenitud— que en efecto se ha cometido un delito y que determinada persona es, sin

53 Exp. mot., párr. 21.

54 *Ibidem*, párr. 22.



duda, responsable de él. El proceso se destina a establecer esta plenitud, por medio de la suma de pruebas que en él se reúnan.

El segundo párrafo del artículo 19, según la Iniciativa de reforma, contiene otro punto cuestionable. También aquí se ha querido remediar un achaque de la reforma de 1993, que antes de ahora observé.<sup>55</sup> El penoso texto en vigor, que quiso elevar a la Constitución un notorio acierto de la reforma de 1987 al Código Federal de Procedimientos Penales.<sup>56</sup>

Literalmente, esa norma permite prolongar indefinidamente la detención, cuando ello no ocurra “en perjuicio”, sino en beneficio del inculpa-do; tal cosa sucedería, *verbi gratia*, si aquél deseara reunir ciertas pruebas que se encuentran a gran distancia, en archivos particulares u oficiales ex-tranjeros, o recabar el testimonio de una persona que no puede ser habida fácilmente o no está en condiciones de declarar. Aplicado el artículo en sus términos, el inculpa-do podría aceptar una prolongada detención sin auto de procesamiento, en tanto la demora le beneficia para mejorar sus condiciones de defensa.

Para colmo, el vigente artículo 19 no dispone que esa ampliación de plazo quede sujeta a un pedimento del inculpa-do o de su defensor; por ende —siempre dentro de una interpretación literal, muy estricta— el juz-gador podría creerse facultado para prolongar la detención, casi *sine die*, si en su concepto esa demora favorece al inculpa-do.

La reforma que se quiere hacer en 1998 alivia el desacierto, pero no alcanza a corregirlo.<sup>57</sup> Bien está que se disponga que el “término” —*rec-tius*, plazo— de setenta y dos horas “podrá prolongarse únicamente a pe-tición del indiciado, en la forma que señale la ley”. Pero mal está que se

55 *El nuevo procedimiento penal...*, cit., pp. 47 y ss.

56 Me refiero al segundo párrafo del artículo 161, que permite la duplicación del plazo de se-senta y dos horas para dictar auto de formal prisión, incorporado por decreto del 23 de diciembre de 1987 *Diario Oficial de la Federación*.

57 Señala: “Este término podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado (*rectius*, incul-pado o procesado), en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad en donde se encuentre internado el indiciado (mismo com-entario; además, obsérvese la defectuosa redacción: el indiciado no se encuentra internado “en” una autoridad; debió decirse: “la autoridad superior del establecimiento en el que se encuentra reclui-do —o internado— el inculpa-do”), que dentro del término (*rectius*, plazo) antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de aceptación de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término (es decir, el plazo), y si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrá al indiciado en libertad (esto es: si no recibe aquella constancia, deberá poner al inculpa-do en libertad al transcurrir tres horas contadas desde el momento en que concluyó la primera etapa de setenta y dos horas; por ello, aquí surge un verdadero término, ya no un plazo).

insista en desvanecer las virtudes del cambio reiterando que “la prolongación de la detención en... perjuicio (del inculpado) será sancionada por la ley penal”. Esta frase, como otras similares que hay en la Constitución, hace pensar que el Constituyente cree necesario instruir directamente al legislador penal sobre los tipos que debe incorporar en el código de la materia.

Desde luego, es erróneo hablar en este caso de una petición del “indiciado”, si se toma en cuenta que la doctrina suele denominar de este modo al inculpado (expresión genérica: desde el inicio de la averiguación hasta el final del proceso) en el periodo comprendido entre el primer acto de la investigación (que es la denuncia o la querrela, aun cuando la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada añadió la delación, sin llamarla así) y el inicio del proceso. El empleo de la voz inculpado, en este caso, responde a la idea de que el proceso se inicia con el auto de formal prisión o el de sujeción a proceso,<sup>58</sup> que deja fuera del proceso diversos actos realizados cuando ya existe una relación procesal triangular bajo el poder del juzgador; por ello, no es posible suscribir ese criterio.<sup>59</sup> Esa misma idea aparece, explícitamente, en la exposición de motivos.<sup>60</sup>

### 3. Artículo 20<sup>61</sup>

En lo que respecta a la reforma de este crucial precepto del sistema procesal penal mexicano, la propuesta avanza hacia un juicio penal en ausencia del inculpado, como adelante referiré. Este paso tan peligroso se

58 Los más modernos códigos de procedimientos penales del país, correspondientes a los estados de Morelos (1996; artículos 169 y ss.) y Tabasco (1997; los mismos números de artículos), abarcan los autos de formal prisión y sujeción a proceso bajo el rubro de autos de “procesamiento”.

59 Lo impugno en mi *Curso de derecho procesal penal*, cit., pp. 502-504, en el que sostengo que el proceso comienza con el auto cabeza de proceso, de inicio o de radicación. Nótese, por otra parte, que el nuevo párrafo penúltimo del artículo 20, que propone la Iniciativa, se refiere al inculpado, no al indiciado, en una etapa comprendida entre los autos de radicación y de procesamiento: periodo que se halla entre aquel auto y la declaración preparatoria del sujeto. Existe, pues, una diferencia, y acaso una incongruencia, en las propuestas que se hacen a propósito de los artículos 19 y 20.

60 “La reforma a los artículos 16 y 19 propuesta, pretende evitar que la actividad del Ministerio Público y del juez, durante la fase de preinstrucción —antes del proceso legal—, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario...”. Exp. mot., párr. 20. Independientemente de lo muy discutible de este argumento, en cuanto se trata del alcance que debe tener la cuestionada actividad del Ministerio Público y del juzgador, tómesese en cuenta la expresión “antes del proceso legal”. Se colige, pues, que la actividad del juzgador posterior a la consignación y anterior al auto de procesamiento, es algo que ocurre “antes del proceso legal”, y por ende no forma parte de él.

61 La reforma a este artículo no prosperó gracias al dictamen elaborado por la Cámara de Senadores.

sustenta en diversas consideraciones. Así, se dice que la evasión de presuntos responsables “se traduce en impunidad y genera una justificada irritación de la sociedad mexicana y el cuestionamiento de la eficiencia y credibilidad de las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia”;<sup>62</sup> la suspensión del proceso que en esos casos sobreviene, implica que “a la víctima también se le suspende su derecho al resarcimiento del daño que le fue causado”;<sup>63</sup> el curso de la prescripción, que no se suspende, alienta las evasiones;<sup>64</sup> y el inculpado que nuevamente queda a disposición de la justicia puede obtener su libertad caucional.<sup>65</sup>

Antes de seguir adelante, creo útil advertir que la lectura del proyecto y de la exposición de motivos sugieren que el proyectista ha tenido en cuenta, principalmente, los casos en que un individuo sujeto a proceso efectivamente se sustrae a la acción de justicia, dándose a la fuga, ocultándose de la policía que lo busca, viajando a otro lugar de la República o a otro país. En efecto, han existido algunos casos de esta naturaleza, muy espectaculares. Pero el proyecto no está dirigido específicamente a estas hipótesis, sino a todos los supuestos de sustracción a la justicia, cuyas características son por completo diferentes. No sobra agregar que lo más irritante para la opinión pública —y desde luego, para los millares y millares de ofendidos por múltiples delitos— no es tanto que el inculpado se traslade al extranjero —cosa que sólo pueden hacer unos cuantos, entre muchos—, sino que en gran número de casos no se logre el esclarecimiento del hecho, la identificación de su autor, la consignación y condena de éste, la reparación del daño. El verdadero problema —un gran problema, es cierto— está aquí, no allá.

Frente a todo eso se erige la propuesta de adición de un párrafo al artículo 20 constitucional, que encierra uno de los aspectos más preocupantes del proyecto: el juicio penal en ausencia. En esto reside, esencialmente, la novedad, cualquiera que sea el nombre que se le acomode. Hasta hoy, ningún juicio penal puede llevarse adelante sin la presencia del inculpado; entre nosotros, ésta ha sido una regla del debido proceso; constituye, en fin de cuentas, la más evidente expresión, aunque no la única, de la garantía de audiencia. En alguna medida —pero no absolutamente— la garantía de audiencia del inculpado en un proceso penal se sustenta en la posibilidad

62 Exp. mot., párr. 24.

63 *Ibidem*, párr. 26.

64 *Ibidem*, párr. 27.

65 *Ibidem*, párr. 28.

real y efectiva de que se halle presente en el proceso que contra él se sigue. Obviamente, no me refiero a un proceso penal hipotético, metafísico, de catálogo, sino a uno concreto y verdadero, como las cosas son, con hombres de carne y hueso en ambos lados de la barandilla.

Al proponer tal cambio en el artículo 20 constitucional —que ejercerá un profundo impacto en todo el sistema procesal penal mexicano—, la exposición de motivos declara que con ello se contribuirá “a modernizar el enjuiciamiento penal mexicano...”.<sup>66</sup> En este caso, la modernización reside en la supresión de una garantía.

Sabemos bien que en otros países y bajo otras leyes existe la posibilidad de realizar algunos procedimientos penales en ausencia del imputado. Hay casos conocidos —aunque mucho menos inquietantes que la fórmula sugerida en el proyecto que ahora analizo— como el procedimiento italiano por decreto, que en su primera etapa excluye el proceso acusatorio,<sup>67</sup> procedimiento que ha tenido un papel marginal —señalan los analistas— a causa de las escasas garantías que ofrece;<sup>68</sup> y como el procedimiento español contra reos ausentes, que jamás prosigue hasta sentencia.<sup>69</sup>

Se suele mirar con cierta reticencia, o con franca repugnancia, el juicio penal en ausencia. Entre nosotros es frecuentemente invocado el apreciable Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En éste figura el cuestionado procedimiento contra ausentes. Al respecto, los autores del proyecto explican que en el proyecto recogieron ciertos procedimientos especiales “para responder a las características específicas de los derechos nacionales”. A continuación, esos autores señalan que el primero de tales procedimientos “se refiere al procedimiento contra ausentes, que no se recomienda y que se limita, aun para el caso de que se adopte, a delitos leves”.<sup>70</sup> En otro lugar de la exposición de motivos reiteran que el proce-

<sup>66</sup> *Ibidem*, párr. 34.

<sup>67</sup> Artículos 159 y siguientes del Código Italiano de Procedimiento Penal, que trata este caso en el Libro VI, a propósito de los “Procedimientos especiales”.

<sup>68</sup> “*Sino ad oggi, il vecchio istituto ha avuto, a causa delle sue scarsi garanzie, un ruolo marginale...*”. Centro Superiore Studi Giuridici Collana Omnia Iura, *Elementi di diritto processuale penale*, Milán, Ed. Sipiel, 1989, p. 106.

<sup>69</sup> Bajo la Ley de Enjuiciamiento Criminal, continúa el proceso que se halla en fase de sumario “suspendiéndose después su curso y archivándose los autos y las piezas de convicción que pudieran conservarse y no fueren de un tercero irresponsable” (artículo 840); y si se hallare pendiente el juicio oral, “se suspenderá éste y se archivarán los autos” (artículo 841).

<sup>70</sup> Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *Código procesal penal modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos y texto del proyecto*, Buenos Aires, Ed. Hamurabi, 1989, p. 31.

dimiento contra ausentes “no es recomendable (principio de inviolabilidad de la defensa), al menos para las persecuciones penales que tienen como objeto un delito”.<sup>71</sup>

La Iniciativa de reformas constitucionales abre la posibilidad de privar al inculpado de diversas garantías que hasta ahora ha tenido; es así, en tanto resuelve que cuando el inculpado se evada en cualquier momento después de rendida su declaración preparatoria, continuará el proceso —que actualmente debe suspenderse, sin perjuicio de la realización de algunas diligencias, entre ellas las conducentes a satisfacer ciertos aspectos de la reparación del daño—<sup>72</sup> y asimismo dispone que “las actuaciones procesales previstas en las fracciones I, IV, V, VII y IX de este artículo (20 constitucional) deberá llevarlas a cabo de manera personal y no podrá hacerlo a través de representante”.<sup>73</sup>

También es muy importante observar que ese procesamiento en ausencia —en el que naufragan el principio acusatorio y el contradictorio inherente al proceso penal democrático— rige en todos los casos. Aquí no hay limitación alguna, como existe en ordenamientos de otros países, que han instituido el proceso penal en rebeldía, pero lo han reducido a supuestos de relevancia menor.

En la exposición de motivos se explica que “la reforma presupone que el presunto responsable ha rendido su declaración preparatoria y, por consecuencia, ha sido debidamente enterado de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten durante el enjuiciamiento”.<sup>74</sup> Atentos a esta explicación y al texto recogido en el proyecto, pudiera colegirse, entendido éste a *contrario sensu*, que el proceso se suspenderá cuando la evasión ocurre antes de que el inculpado rinda declaración preparatoria. También pudiera entenderse que se suspende cuando, llegado al punto de formular dicha declaración, el inculpado se abstiene de hacerlo —abstención que se ampara en la fracción II del mismo artículo 20 constitucional—, puesto que no rendir declaración es exactamente lo contrario

71 *Ibidem*, p. 152.

72 Artículos 468, fracción I y párrafo final, 469 y 470 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 477, fracción I y párrafo último, 478 y 479 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

73 El párrafo completo que propone la Iniciativa dice así: “En el evento de que el inculpado se evada en cualquier momento después de que haya rendido su declaración preparatoria, el proceso no se suspenderá y en estos casos todas las actuaciones procesales previstas en las fracciones I, IV, V, VII y IX de este artículo deberá llevarlas a cabo de manera personal y no podrá hacerlo a través de representante”.

74 Exp. mot., párr. 31.

de lo que menciona la hipótesis expresamente considerada en el nuevo texto que se propone incorporar en el penúltimo párrafo del artículo 20: que el inculpado “haya rendido su declaración preparatoria”.

El proceso penal en ausencia tiene como supuesto la “evasión” del inculpado, concepto que no se analiza en la exposición de motivos. Esta referencia, que constituye un dato clave para determinar cuándo es posible emprender el proceso penal en ausencia —eso es, aunque no se le denomine así—, no resulta muy afortunada. En el conjunto de la legislación penal, la evasión es un delito, cuyo tipo —o tipos— requiere el quebranto de la privación de libertad en que se halla alguna persona, trátase de detenido, de procesado o de condenado.<sup>75</sup> Dicho sea de paso, el derecho penal sustantivo no sanciona penalmente la mera evasión del sujeto<sup>76</sup> —que el proyecto constitucional propone castigar procesalmente, y el proyecto secundario, penalmente,<sup>77</sup> además de procesalmente—,<sup>78</sup> porque recoge la amplia y reiterada corriente que aconseja no penar una conducta natural en cualquier persona: recuperar la libertad.<sup>79</sup> En todo caso, no parece ra-

75 En el Libro Segundo del Código Penal, el título cuarto (Delitos contra la seguridad pública) contiene un capítulo I acerca de “Evasión de presos” (artículos 150-154). Ciertamente, una consideración más puntual sobre el bien jurídico tutelado en los tipos correspondientes llevaría a la conclusión de que se trata de ilícitos contra la administración de justicia, como lo han reconocido los nuevos códigos penales de Morelos (de 1996; artículos 304-308) y Tabasco (de 1997; artículos 274-279).

76 Dice el artículo 154 del Código Penal para la Federación y el Distrito Federal: “Al preso que se fugue no se le aplicará sanción alguna, sino cuando obre de concierto con otro u otros presos y se fugue alguno de ellos, o ejerciere violencia en las personas, en cuyo caso la pena aplicable será de seis meses a tres años de prisión”.

77 La Iniciativa de reformas y adiciones penales secundarias contraviene la arraigada tradición que menciono en la nota siguiente, y para ello instituye nada menos que un tipo penal vinculado al quebrantamiento del arraigo (como no lo hay en el supuesto de la pena de prisión y en los de otras sanciones), con lo cual se clasifica como delictuosa una conducta menos grave (la vulneración de la medida precautoria, que siempre tiene carácter precautorio) y no se tipifica como tal una más grave (la vulneración de la prisión preventiva, medida más severa que el mero arraigo, y de la prisión punitiva, que ya no es una figura cautelar, sino una sanción penal dispuesta en sentencia definitiva). El proyectado segundo párrafo del artículo 178 crea el tipo penal de referencia, como sigue: “Al que sin causa legal desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica dictado en su contra por la autoridad judicial, se le aplicarán de uno a tres años de prisión y multa de diez a doscientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de realizarse la conducta sancionada”.

78 La principal sanción procesal, supresora de garantías, es la relacionada con el juicio penal en ausencia del inculpado, que propone crear el proyecto de reforma constitucional. En el proyecto secundario relativo al Cfp. se agrega otra sanción procesal (o bien, se desarrolla la que pudiera hallarse implícita en la reforma constitucional): exclusión de libertad provisional, que se supone fundada en el nuevo párrafo antepenúltimo del artículo 20 constitucional.

79 Mariano Jiménez Huerta observa que la sensata exclusión penal contenida en el artículo 154 “implica una plasmación legislativa de la causa de inculpabilidad de no exigibilidad de otra conducta”. Es interesante recordar los antecedentes que ese mismo autor menciona. El fundamento del pre-

zponible suponer que el proyecto introduce el juicio en ausencia solamente cuando se trate de la evasión de un recluso.

Es posible que la referencia contenida en la Iniciativa que examino equivalga a la hoy denominada “sustracción a la acción de la justicia”, que existe desde que se dicta una orden de aprehensión, comparecencia o reaprehensión hasta que ésta se ejecuta.<sup>80</sup> La propuesta de reforma ha tomado en cuenta que a menudo los culpables se sustraen a la acción de la justicia, y con ello paralizan el proceso. No está de más recordar —sólo invocando la realidad, siempre buena consejera— que esas evasiones o sustracciones no se presentan únicamente en el caso de los culpables; también en el de muchos inocentes.

Ahora bien, para extremar la necesidad de seguridad pública y justicia, sin poner por ello a cargo del propio inculpado —a quien aún no se declara culpable— el deber estoico de someterse a la justicia, sin ceder a tentaciones ni a temores, un ordenamiento más celoso de las garantías procesales y del equilibrio de intereses en el proceso ha extendido el plazo para que opere la prescripción de la pretensión punitiva cuando por hallarse el inculpado fuera del alcance de la justicia nacional no sea posible integrar una averiguación previa, concluir un proceso o ejecutar una sanción,<sup>81</sup> ampliación que el proyecto de reforma secundaria adopta y aplica a todos los supuestos de delito grave.<sup>82</sup> Aquella solución, que

cepto —escribe— “hállase en las razones expuestas hace más de un siglo por Pacheco, quien al comentar el Código Penal español de 1848 afirmó: ‘Lo que excusa al encarcelado que se fuga... es el instinto necesario de la naturaleza humana que nos hace huir del mal, evitar el dolor... ¿Teméis que se os escapen los presos? Tened cárceles seguras...; pero no os extrañéis si se aprovechan de vuestros descuidos, porque para eso sería menester que fueren santos o que no fuesen hombres’”. Y modernamente, Quintano Ripollés considera que la no evasión en los casos en que la puerta estuviere abierta ‘...requeriría un puritanismo que la historia celebra y admira en un Sócrates, pero que el Derecho penal establecido para el mantenimiento de un nivel medio de moralidad, no debe incriminar...’”. *Derecho penal mexicano. La tutela penal de la familia y de la sociedad*, México, Porrúa, 1980, t. V, pp. 123 y 124.

<sup>80</sup> Así, el último párrafo del artículo 149 del Código Federal de Procedimientos Penales señala: “Se entiende que el inculpado se encuentra sustraído a la acción de la justicia a partir del momento en que se dicta en su contra orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, y hasta en tanto se ejecuta ésta”.

<sup>81</sup> A este respecto, tómesese en cuenta el segundo párrafo del artículo 101 del Código Penal, que en las hipótesis señaladas dispone la duplicación de los plazos para la prescripción.

<sup>82</sup> Es así que el segundo párrafo del artículo 101 Cp. reformado prevendría: “Los plazos para la prescripción se duplicarán respecto de quienes se encuentren fuera de territorio nacional, si por esta circunstancia no es posible integrar una averiguación previa, sujetar a un inculpado al correspondiente proceso, o ejecutar una sanción, así como en los casos de delito calificado como grave”. Como se desprende de la simple lectura del proyecto de reforma secundaria, la duplicación que hasta ahora ha

aportó la reforma de 1983 al Código Penal, permite atender las necesidades de la justicia, sin desorbitar el imperio punitivo del Estado —o convertir la carga moral en carga penal—, como ocurriría si se dispusiera una absoluta imprescriptibilidad o se extendiera tanto el plazo para la prescripción que llegase a rebasar el mejor pronóstico de duración de una vida humana.<sup>83</sup>

Por lo tanto, el proceso, puesto en movimiento con inexorable impulso, no se detendrá hasta arribar a la sentencia, que puede ser condenatoria. Seguirá su curso, con normalidad, así deje en el camino un buen número de garantías que ya no serán de indispensable observancia. Habrá proceso y condena aunque el inculpado no pueda pedir y obtener su libertad provisional (fracción I),<sup>84</sup> no sea careado con quienes depongan en su contra (fracción IV), no presente testigos ni otras pruebas (fracción V), no obtenga los datos que solicite para su defensa y consten en el expediente (fracción VII), y no sea informado de sus derechos constitucionales, ni disponga de persona que lo defienda (fracción IX).

El proyecto se refiere directa e inmediatamente a estas garantías, citadas por remisión a las fracciones respectivas del artículo 20. Incurrir en una confusión cuando dice que el inculpado, al haber rendido su declaración preparatoria, ya está al tanto de los derechos que le asisten durante el enjuiciamiento.<sup>85</sup> Independientemente de lo que pudieran establecer las disposiciones procesales secundarias, sucede que las normas constitucionales —que son las invocadas en el proyecto— no avalan aquella afirmación. La Iniciativa no solicita desechar la aplicación de la fracción III del artículo 20, sobre declaración preparatoria, sino de la fracción IX,

regido para el caso de que el inculpado se encuentre fuera del país, se aplicaría también a los casos de delito grave, independientemente de aquella circunstancia. Sería desmesurado pretender que cuando se halle fuera del territorio nacional el (probable) responsable de un delito grave, el plazo de prescripción se ampliaría dos veces: una por estar fuera del país y otra por tratarse de delito grave.

83 Esto sucede, por ejemplo, en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en cuyos términos el plazo de prescripción puede prolongarse hasta ¡ciento ochenta años! *Cfr. Delincuencia organizada...*, *cit.*, pp. 129 y 130.

84 La Iniciativa secundaria propone que en una nueva fracción V del artículo 399 Cfp., que establece las condiciones para la libertad provisional, se especifique: “Que no se hubiere incumplido el mandato de arraigo o prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica pronunciado, en su caso, en contra del inculpado y que no medie oposición, debidamente justificada, por parte del Ministerio Público en los términos del artículo 20, fracción I Constitucional”.

85 Sobre el particular, señala la Exp. mot.: “la reforma presupone que el presunto responsable ha rendido su declaración preparatoria y, por consecuencia, ha sido debidamente enterado de los hechos que se le imputan y de los derechos que le asisten durante el enjuiciamiento”, *ibidem*, párr. 31.



y es precisamente en ésta donde se expresa que “desde el inicio de su proceso (el inculpado) será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada...”.

Así las cosas, el sistema procesal acusatorio, que exige un proceso entre partes, habrá naufragado. Es posible que elevemos un castillo de argumentos para demostrar que no sucederá tal cosa. Me atrevo a pensar que sí sucederá, porque lo prohija el texto escueto de ese párrafo estremecedor que acaso se incluirá en el artículo 20. Habremos construido, en consecuencia, un tipo de proceso diferente: uno de garantías recortadas, reducidas, extraviadas.

Todavía sobre este punto, debo invocar otras expresiones de la propia exposición de motivos. Se asegura que pese a la reforma, “el derecho de audiencia y defensa permanecerán incólumes, vigentes y expeditos para que su titular los ejerza”.<sup>86</sup> Difícilmente se puede sostener tal cosa, habida cuenta de que el proceso sigue adelante, inexorablemente, con o sin el inculpado.

Líneas adelante se declara: “La reforma que se propone, pretende que el derecho de defensa se circunscriba a su ejercicio personalísimo e indelegable, a fin de alentar la presencia del presunto responsable ante la autoridad judicial...”.<sup>87</sup> Esta expresión pudiera ajustarse al procedimiento vigente, pero no al que resultará de la reforma. Si en una parte de aquella frase se reconoce que el derecho de defensa se circunscribe a su ejercicio personalísimo e indelegable, ¿cómo es posible que se instituya un procedimiento en ausencia, donde, por definición, no se desahoga ese derecho en la forma personalísima e indelegable que quiere la Iniciativa? ¿No nos encontramos entonces ante un proceso penal sin defensa del inculpado?

Como antes dije, la exposición de motivos sostiene que la reforma contribuirá a mejorar la situación de la víctima del delito, a la que, en los términos de la ley vigente, también se le “suspende” su derecho como efecto de la suspensión del procedimiento. Esta afirmación amerita algunas consideraciones.

Por lo pronto, la ley procesal actual no desconoce, sino reconoce expresamente la posibilidad de adoptar medidas precautorias en favor del ofendido cuando se suspende el procedimiento por la sustracción del in-

86 Exp. mot., párr. 32.

87 *Ibidem*, párr. 33.

culpado a la justicia.<sup>88</sup> Asimismo, la ley penal manifiesta que el ofendido está legitimado para reclamar por la vía civil el resarcimiento que no pueda obtener por la penal, en virtud de no ejercicio de la acción.<sup>89</sup> Empero, no ignoro que esta disposición pudiera entenderse en sentido restrictivo: es decir, sólo cuando existe una resolución formal de no ejercicio de la acción (sostenida por la autoridad judicial, bajo el imperio del cuarto párrafo del artículo 21 constitucional).

Así las cosas, la reforma del derecho mexicano pudo y debió emprenderse desde otro ángulo, para mejorar las facultades del ofendido, sin reducir las garantías constitucionales del inculcado. Esto sucedería si se reconociera, con todos los efectos pertinentes, el carácter civil de la reclamación de restitución, daños y perjuicios, como han comenzado a hacerlo algunos ordenamientos estatales progresistas.<sup>90</sup>

Conviene considerar las consecuencias procesales inmediatas de la vigencia del nuevo artículo 20. Para ello tómese en cuenta la disposición del artículo segundo transitorio del proyecto de decreto de reformas y adiciones constitucionales: “Los procedimientos penales que se encuentren... suspensos a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, continuarán su curso en los términos que el mismo establece”. Por ende, se reabrirán

88 La suspensión del proceso fundada en la sustracción del inculcado a la acción de la justicia no impide que el juzgador pueda adoptar medidas cautelares patrimoniales a solicitud del Ministerio Público, el ofendido o los legítimos representantes de éste: artículos 468, fracción I y párrafo final, y 149 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 477, fracción I y párrafo final, y 35 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

89 Introducido por reforma penal de 1983, que afianzó el rumbo progresista y democrático del derecho penal mexicano, el cuarto párrafo del artículo 34 del Código Penal Federal y distrital estatuye: “Quien se considere con derecho a la reparación del daño, que no pueda obtener ante el juez penal, en virtud de no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente”.

90 Los códigos penales —y en su seguimiento, los procesales penales— de Morelos (1996) y Tabasco (1997) imprimieron un gran cambio al derecho mexicano en lo que respecta a la reparación de daños y perjuicios privados que son consecuencia de un delito. Se sabe que desde 1931 esta reparación ha tenido el muy discutible carácter de “pena pública” (artículo 34, primer párrafo, del código de la materia para la Federación y el Distrito Federal), y por ende sólo el Ministerio Público —bajo monopolio en el ejercicio de la acción— ha podido reclamarla, salvo que la obligación recaiga en terceros. Critiqué este sistema hace muchos años, en uno de mis primeros trabajos, presentado en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Zacatecas, 1966), “La acción en el proceso penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XVII, núm. 65, 1967, pp. 162 y ss. y 171, reproducido en García Ramírez, *Estudios penales*, Saltillo, Universidad Autónoma de Coahuila, 1982, pp. 107 y ss. Los códigos de aquellos dos estados sostienen, por vez primera en más de sesenta años, que la reparación es consecuencia civil del delito y puede ser reclamada (con acción principal) por el ofendido, y sólo en defecto o a solicitud de éste (con acción subsidiaria), por el Ministerio Público. Los correspondientes ordenamientos adjetivos prevén el procedimiento adecuado para tal fin.

todos los procesos en que exista suspensión debida a la sustracción del inculpado a la acción de la justicia y proseguirán en ausencia de éste, con las restricciones o exclusiones de garantías que contendrá el artículo 20.

#### 4. *Artículo 22*<sup>91</sup>

Vayamos ahora al artículo 22. La explicación específica de esta propuesta indica, entre otras cosas, que el poder económico de la delincuencia “debe romperse como premisa básica para la desintegración real de los grupos delictivos”,<sup>92</sup> afirmación que ciertamente es incuestionable; se añade que actualmente “los instrumentos, objetos y productos del delito respecto de los cuales consta en autos su procedencia ilegal, pueden llegar a legitimarse si ocurren circunstancias extraordinarias, como la muerte del inculpado”,<sup>93</sup> y se observa que “los delincuentes, sus cómplices y beneficiarios no deben, bajo ninguna circunstancia, gozar del producto de hechos ilícitos”.<sup>94</sup>

Desde hace algún tiempo, en el artículo 22 constitucional se ha refugiado —sobre todo a partir de la reforma de 1996— una inversión de la carga de la prueba y una consecuencia penal —pena: el decomiso— por una conducta, o mejor dicho, por una situación, cuyo carácter delictuoso no se ha probado en juicio. En tal virtud, el texto vigente del artículo 22, que no se modifica en la propuesta de reforma, incurre en una doble revisión de los principios del derecho penal ortodoxo, que muchos llaman derecho penal democrático: primero, cesa de tener aplicación la regla, cuyo entrañamiento en el Estado de derecho sobra ponderar, de que nadie puede ser condenado a una pena si ésta no es consecuencia de un delito, debi-

91 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 se adicionó un tercer párrafo del artículo 22: “No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo pronunciamiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que hubieran sido transferido a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe.”

92 Exp. mot., párr. 35.

93 *Ibidem*, párr. 36.

94 *Ibidem*, párr. 38.

damente acreditado en un proceso penal; y segundo, deja de tener aplicación la regla de que al Estado corresponde probar el delito y la responsabilidad penal, y no al inculpado acreditar su buena conducta o su inocencia con respecto a los cargos o las “sospechas” que contra él se dirigen.<sup>95</sup>

Coincido totalmente con el legislador de 1996 en que es preciso, yo diría que indispensable, afectar a los delincuentes en la fuente misma de su conducta criminal, en los fines que con ella pretenden, en los instrumentos de que se valen. Esto forma parte del legítimo esfuerzo por cancelar todo comercio con bienes de procedencia ilícita. Pero considero que esa afectación debiera producirse dentro del marco del Estado de derecho, y no desmontando principios inherentes a éste con el argumento —que puede parecer persuasivo, lo reconozco— de que es preciso abandonar determinados principios en aras de alcanzar ciertos objetivos plausibles. En otros términos, no cumulo con la idea de que el fin justifica los medios.

El proyecto de reforma que se analiza en 1998<sup>96</sup> pudo reexaminar la cuestionable solución de 1996. No ha sido así. En cambio, propone añadir al texto vigente un nuevo párrafo en el que se amplía la posibilidad de practicar el decomiso, denominado aplicación de bienes a favor del Estado. Efectivamente, el proyecto y su exposición de motivos evitan referirse al decomiso; en este punto aluden siempre a la “aplicación de bienes” a favor del Estado. Existe, pues, la idea de que aquí no vienen al caso un delito, un delincuente, una sanción que sea consecuencia de aquél, un juicio penal y una condena de este orden. Todo ello queda tras el concepto de aplicación de bienes, erigido como algo diferente del decomiso, aun cuando el parecido entre éste y aquél sea verdaderamente asombroso, salvo en los supuestos que lo legitiman.

En todo caso, lo que se puede admitir es que la aplicación forzosa de bienes de un particular al Estado es el género, y el decomiso es la especie. Para saber si nos encontramos ante otra especie —no el decomiso— de la aplicación de bienes, será preciso acreditar que esa otra especie ofrece elementos relevantes que lo distinguen de la especie clásica, acostumbrada,

95 De esto me ocupé en *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 61 y ss., y 169 y ss.

96 El párrafo propuesto dice: “La autoridad judicial podrá resolver que se apliquen a favor del Estado los bienes que sean instrumento, objeto o producto de aquellos delitos graves o previstos como de delincuencia organizada, que señale la ley, cuando exista resolución que ponga fin al proceso penal en la que no hubiere un pronunciamiento sobre dichos bienes; se encuentre acreditada en autos la existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y se trate de bienes sobre (*sic*) los que el inculpado fuera poseedor, propietario o se conduzca como tal, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe”.

reconocida: el multicitado decomiso. Me parece que esto no sucede en el caso que aquí se examina.

En lo que toca a este asunto, la exposición de motivos es explícita cuando manifiesta, en dos párrafos diferentes, que la adición de un último párrafo al artículo 22 “pretende crear una nueva figura jurídica”, que ya existe en otros países;<sup>97</sup> y que

es importante precisar que esta nueva figura es distinta e independiente de la responsabilidad penal. No se trata de una pena que se imponga a un delincuente por la comisión de un delito, ya que para ello existe el decomiso. Más bien se trata de una acción de que dispone el Estado para que una vez demostrada la relación causa-efecto entre el bien y los elementos objetivos del delito, se transfiera su propiedad en beneficio de la colectividad.<sup>98</sup>

Sin embargo, la esencia de la nueva figura jurídica es precisamente la de una sanción expropiatoria o desposesoria derivada de un delito. No sustento esta afirmación solamente en el hecho —que pudiera ser significativo— de que la medida de referencia se localice precisamente en un artículo de la ley suprema relativo a penas proscritas, a confiscación y a decomiso. Más bien considero ahora que la llamada —eufemísticamente— aplicación de bienes a favor del Estado constituye: a) un acto de la autoridad persecutoria, el Ministerio Público, que solicita la intervención judicial y la aplicación de una medida que afecta derechos de un particular; b) un acto de autoridad judicial que priva a un sujeto de ciertos bienes y de los derechos sobre ellos, como sucede en el decomiso; c) ese acto de autoridad se funda en una relación de derecho penal, puesto que se alude a objetos, instrumentos y productos de un delito, y no en una relación de otro carácter, ajena al ámbito material de aplicación de la norma penal; y d) ese mismo acto se valida en la medida en que se han acreditado los elementos objetivos de un tipo penal, no los elementos o datos de algún otro supuesto jurídico. En fin, la definición del decomiso sustenta perfectamente la idea de que la aplicación al Estado de los bienes del probable infractor de la ley penal —o de terceros, que los reciben de éste— constituye precisamente un decomiso.<sup>99</sup>

97 Esta figura “ya existe en otros países que, como el nuestro, han buscado nuevas formas y están en constante lucha contra la delincuencia ante situaciones que se presentan en la práctica y que con las instituciones jurídicas tradicionales se dificulta enormemente enfrentar”. Exp. mot., párr. 39.

98 *Ibidem*, párr. 44.

99 Me limitaré a citar la definición del decomiso que contiene el *Diccionario* del Instituto de In-

El decomiso se asocia solamente —por lo que hace a supuestos constitucionales— con el enriquecimiento ilícito de servidores públicos y la vinculación del dueño con la delincuencia organizada. La Iniciativa de 1997 se refiere también a delitos graves en general, aunque pudiera estar aludiendo solamente a algunos de estos delitos, si se quiere entender de este modo la expresión del proyecto cuando dice: “que señale la ley”, indicación que también abarca —bajo la sintaxis del proyecto— a los delitos “previstos como de delincuencia organizada”. En la Exp. mot. se establece que corresponde a la ley determinar los delitos por los que puede procederse a esta aplicación de bienes, y que la ley “únicamente puede considerar aquéllos entre los que se consideren como graves o los de delincuencia organizada”.<sup>100</sup>

Todo ello plantea, de entrada, una cuestión espinosa: ¿habrá ilícitos de delincuencia organizada que acarreen el decomiso, al amparo del actual segundo párrafo del artículo 22, y otros que no lo acarreen, bajo el imperio del probable cuarto párrafo, que asépticamente denomina aplicación de bienes a una variedad del decomiso? Para desentrañar la solución es preciso tomar en cuenta, igualmente, el régimen jurídico sustantivo, tan deficiente, que a propósito del delito —o los delitos— de delincuencia organizada establece la discutida ley federal de esta materia.<sup>101</sup>

El probable cuarto párrafo del artículo 22 constitucional no se ha correlacionado puntualmente con el segundo párrafo, a efecto de precisar las diversas soluciones que cada uno de ellos suscita, así como las distintas hipótesis que cubre; por ello, tendremos dos sistemas sobre el decomiso: el previsto en el segundo párrafo y el instituido en el cuarto, que ciertamente regulan la materia en forma diversa.

El proyecto faculta al juzgador para resolver la aplicación de bienes en favor del Estado, cuando éstos sean “instrumento, objeto o producto de delitos graves o previstos como de delincuencia organizada, que señale

investigaciones Jurídicas de la UNAM; esta voz fue elaborada por Álvaro Bunster: “Decomiso de los instrumentos y objetos del delito. I. Pena pecuniaria consistente en la privación de la propiedad o posesión de los objetos o cosas con que se cometió el delito y de los que constituyen el producto de él”. *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983, t. III, p. 35 (voz cit.)

<sup>100</sup> Exp. mot., párr. 41.

<sup>101</sup> Nuevamente remito a mi análisis del tipo —o los tipos— abarcado(s) por ese ordenamiento, en *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 86 y ss., y 169 y ss.

la ley”.<sup>102</sup> Como se advierte, el juzgador no está obligado a ordenar el decomiso y la aplicación de bienes —aunque el proyecto no lo indica, ésta deriva de aquél—, sino se halla facultado para hacerlo. Por ende, aparece aquí un espacio de discreción, que resulta discutible cuando se trata de la imposición de una pena. Es además controvertible que se deje al criterio del tribunal el decomiso de dichos bienes precisamente cuando éstos son instrumento, objeto o producto de un delito, aunque desde luego pudiera haber casos —cuyo análisis no hago aquí, para no prolongar excesivamente estas reflexiones— en que no sea justificable el decomiso.

Para que proceda el decomiso —sigue diciendo la propuesta de adición al artículo 22— es preciso: a) que “exista resolución que ponga fin al proceso en la que no hubiere pronunciamiento sobre dichos bienes”; b) que “se encuentre acreditada en autos la existencia de los elementos objetivos del tipo penal”, y c) que “se trate de bienes sobre los que el inculpado fuera poseedor, propietario o se conduzca como tal, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe”.

En el examen de estas propuestas constitucionales hay que rescatar un acierto: a diferencia de lo que hace el segundo párrafo —vigente— del artículo 22,<sup>103</sup> el proyecto alude precisamente a instrumentos, objetos o productos del delito. Esto fija una relación entre tales bienes, el hecho delictuoso y la responsabilidad del agente, que no existe a la luz, o a la sombra, del citado segundo párrafo. Pero para ello no es necesario reformar la Constitución: las leyes secundarias pueden establecer, como en efecto lo hacen, el decomiso de objetos vinculados de aquel modo con un delito.<sup>104</sup>

102 El texto completo del cuarto párrafo del artículo 22, en los términos de la Iniciativa, diría: “La autoridad judicial podrá resolver que se apliquen a favor del Estado los bienes que sean instrumento, objeto o producto de aquellos delitos graves o previstos como de delincuencia organizada, que señale la ley, cuando exista resolución que ponga fin al proceso penal en la que no hubiere un pronunciamiento sobre dichos bienes; se encuentre acreditada en autos la existencia de los elementos objetivos del tipo penal, y se trate de bienes sobre los que el inculpado fuera poseedor, propietario o se conduzca como tal, independientemente de que hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe”.

103 La segunda parte del segundo párrafo del artículo 22 se limita a decir: “Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso de enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes”.

104 El artículo 41 del Código Penal para la Federación y el Distrito Federal, regula el decomiso de “los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él”, en vista de las diversas hipótesis que se presentan: que sean de uso prohibido, que sean de uso lícito o que pertenezcan a un tercero.

Si revisamos los supuestos de la resolución judicial, que *supra* mencioné, parece ser que la reforma se propone subsanar una omisión del juez. En efecto, es menester que el proceso haya concluido sin pronunciamiento sobre los multicitados bienes; en otros términos, el juez olvidó —o no creyó pertinente— decidir sobre aquéllos. Ahora bien, como el proyecto indica que ya existe resolución que pone fin al proceso penal y que en ésta no hay pronunciamiento sobre los bienes de marras, lo que tenemos al frente es una resolución definitiva que se considera incompleta.<sup>105</sup> Si es así, ¿que ocurrirá al amparo de la propuesta de reformas? ¿El juzgador negligente deberá “completar” su sentencia o su auto de sobreseimiento? O bien, ¿deberá hacerlo un tribunal de segundo grado?

En cuanto al segundo supuesto, que arriba mencioné (b), la Iniciativa se refiere de nuevo, como lo ha hecho en los artículos 16 y 19, a la mera acreditación de los elementos objetivos del tipo penal, y no a la comprobación de los restantes elementos, si los contiene el tipo respectivo. Cuesta trabajo explicarse cómo fue posible dictar una sentencia condenatoria sin haber “acreditado en autos”, para usar la expresión de la Iniciativa, los elementos subjetivos y normativos incluidos en el tipo; y también cuesta trabajo justificar el decomiso cuando fue absolutoria la sentencia que omitió referirse a los bienes que luego se decomisan.

En el caso del sobreseimiento, tampoco es fácil establecer la justificación de la medida que se pretende, cuando aquella resolución jurisdiccional se dictó —por ejemplo— en virtud de que no existen los hechos delictivos considerados en la consignación y el auto de procesamiento; o bien, porque el inculpado es ajeno a la conducta constitutiva del delito, o porque se halla a cubierto de persecución en función de una causa de licitud, que son algunos de los casos que se pueden suscitar en la aplicación del artículo 298, relacionado con el 138, del Código Federal de Procedimientos Penales.

También hay que considerar ahora otros puntos que ya abordamos al analizar la propuesta de reformas a los artículos 16 y 19. Por ejemplo, ¿cómo se podría sustentar el procedimiento —y acaso la resolución— de

105 En la Exp. mot. se establece que “la aplicación de los bienes en favor del Estado est(á) condicionada a que exista una resolución judicial que ponga fin al procedimiento (*rectius*, proceso) y que en ésta no hubiere un pronunciamiento sobre los bienes. Así, tanto en el caso de que exista un sobreseimiento por cualquier causa, inclusive la muerte, como en el de las sentencias definitivas el Estado tendría acción para romper el poder económico de los delincuentes mediante la aplicación en favor del Estado de los bienes derivados de la existencia de los elementos objetivos del tipo penal”. *Ibidem*, párr. 42.



decomiso o aplicación de bienes que legalmente son de terceros, cuando no se ha podido comprobar —y así se ha dicho, en su caso— la existencia de elementos normativos y subjetivos absolutamente indispensables para establecer que en efecto existe un delito y que esos bienes son o pueden ser, también efectivamente, el producto de un ilícito penal?

Por lo que hace al tercer supuesto, éste amplía la hipótesis del segundo párrafo —vigente— del artículo 22, en tanto añade el caso del “poseedor” a las hipótesis que aquel contempla: ser dueño o conducirse como tal. Además, esclarece un punto que no aclaró el mencionado segundo párrafo: los terceros dueños o poseedores de los bienes —que se entiende les fueron transmitidos bajo algún título jurídico que produce dicha transferencia— deben acudir al juicio penal para acreditar su calidad de poseedores o adquirentes de buena fe. Si no lo hacen, afrontarán las consecuencias del decomiso que ordene el tribunal: expropiación o desposesión.<sup>106</sup>

### 5. Artículo 123<sup>107</sup>

La Iniciativa que estoy comentando también sugiere cambios y adiciones en el apartado B) del artículo 123 constitucional, el cual se refiere, al tenor de su párrafo inicial, a las relaciones laborales entre los poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores. El proyecto de 1998 propone modificar el primer párrafo de la fracción XIII —que hoy día alude a los “miembros de los cuerpos de seguridad pública” —<sup>108</sup> y agregar a ésta un nuevo tercer párrafo.<sup>109</sup>

106 Por ello señalé que “la frase (del artículo 22, como resultó de la reforma de 1996) relativa a los bienes de terceros, respecto de los cuales el inculcado se conduce como dueño, parece sugerir que en estos casos la única prueba que impediría el decomiso es la relativa a la legítima procedencia de los bienes; no bastaría con que el tercero demostrase que es él —y no el sujeto inculcado— quien realmente ejerce los derechos de un propietario, y que el desempeño de éstos por parte del inculcado es sólo aparente”. *Delincuencia organizada...*, cit., p. 64.

107 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 se adicionó un tercer párrafo a la fracción XIII del apartado B del artículo 123: “Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio público y los miembros de las instituciones policiales, se registrarán por sus propias leyes... Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la Federación, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen permanecer en dichas instituciones, en que proceda su reinstalación o restitución, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa para combatir la remoción y, en su caso, sólo procederá la indemnización. La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción, se registrará por lo que dispongan los preceptos legales aplicables.”

108 Dice así el primer párrafo: “XIII. Los militares, marinos y miembros de los cuerpos de seguridad pública, así como el personal del servicio exterior, se registrarán por sus respectivas leyes”.

109 El texto propuesto para los párrafos primero y tercero de la fracción XIII es el que a continua-

En el texto que se sugiere para el primer párrafo de la fracción XIII, la Iniciativa dice que “los militares, marinos, miembros de las instituciones de seguridad pública, los del Ministerio Público y los de la policía que lo auxilia, así como el personal del servicio exterior, se registrarán por sus propias leyes”. Añade, pues, una referencia a “miembros del Ministerio Público y de la policía que lo auxilia”, corporación a la que dejó sin “apellido” la reforma de 1994-1995 al artículo 21 constitucional,<sup>110</sup> en este punto tan irrelevante como prescindible.

Por lo visto, la Iniciativa no considera que el Ministerio Público y la policía que lo auxilia son integrantes del sistema de seguridad pública —lo que haría innecesaria esta parte de la reforma—, a pesar de que así lo indique la Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, flamante ordenamiento reglamentario del artículo 21 constitucional en esta materia.<sup>111</sup>

Una vez especificada la presencia del Ministerio Público y de la policía judicial —o de investigaciones, o ministerial, o como se le quiera llamar, puesto que desde la reforma de 1994 se multiplicaron los nombres y caímos en la dispersión terminológica— en la fracción XIII, el nuevo tercer párrafo establece la relación de sujetos de un novedoso sistema de remociones. Estos son “los miembros de las instituciones de seguridad pública e instituciones policiales, de los municipios, entidades federativas y Gobierno Federal”. Como se mira, aquí hay una distinción, difícilmente explicable, entre instituciones de “seguridad pública”, por una parte, e instituciones “policiales”, por la otra, a pesar de que éstas son una especie de aquéllas.

ción transcribo: primero, “Los militares, marinos, miembros de las instituciones de seguridad pública, los del Ministerio Público y los de la policía que lo auxilia, así como el personal del servicio exterior, se registrarán por sus propias leyes”; y tercero, “Los miembros de las instituciones de seguridad pública e instituciones policiales, de los municipios, entidades federativas y Gobierno Federal, podrán ser removidos libremente de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que en ningún caso proceda reinstalación o restitución de la plaza, cargo o comisión, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa utilizado para combatir el acto. En su caso, sólo procederá indemnización”.

110 Cfr. mis comentarios en *Delincuencia organizada...*, cit., pp. 57 y ss.

111 La ley fue promulgada el 8 de diciembre de 1995 (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del día 11 del mismo mes) El artículo 2o. indica: “El Sistema Nacional de Seguridad Pública se integra con las instancias, instrumentos, políticas, servicios y acciones previstos en la presente ley, tendientes a cumplir los objetivos y fines de la seguridad pública”. El cuarto párrafo del artículo 3o. dispone: “La función de seguridad pública se realizará en los diversos ámbitos de competencia, por conducto de las autoridades de policía preventiva, del Ministerio Público, de los tribunales...”.

Lo más relevante es que la Iniciativa sugiere un régimen de libre remoción de los miembros de esos cuerpos, “si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones...”. No procede la reinstalación, aunque sí la indemnización, “cualquiera que sea el juicio o medio de defensa utilizado para combatir el acto”. En consecuencia, con este muro se enfrentan el juicio laboral y el mismísimo amparo.

Obviamente, la reforma propuesta en este caso sorteando el escollo del primer párrafo del artículo 14 constitucional, que prohíbe dar efectos retroactivos a una ley en perjuicio de cualquier persona. El nuevo párrafo de la fracción XIII del apartado B) del artículo 123 admite la retroactividad desfavorable. En efecto, el individuo designado conforme a ciertas normas —si ese fue el caso—, que se hallaban vigentes cuando se produjo el acto administrativo de designación, que desde entonces generó los efectos que también en ese tiempo se atribuían al nombramiento, conforme al estatuto aplicable al cargo, puede ser removido si no cumple condiciones establecidas por una norma posterior a la fecha de su designación.

Esto no implica inconstitucionalidad, porque el artículo 14 y la nueva disposición del 123 son igualmente constitucionales —aunque pudiera haber cuestión por lo que toca al rango, en concepto de algunos analistas—, sino sólo retroactividad perjudicial permitida. La solución se afianza en el artículo tercero transitorio del proyecto de reforma constitucional,<sup>112</sup> que insiste en que los procedimientos en trámite al entrar en vigor la modificación constitucional, “incluyendo —se dice expresamente— los juicios de amparo”, no traerán como consecuencia la restitución o reinstalación en las plazas, cargos o comisiones que ocupaban los demandantes o quejosos.

Comprendo perfectamente el problema que tienen en sus manos las instituciones de procuración de justicia —y policiales, en general—, y la inquietud por depurar sus filas. Nada de esto habría sido necesario si desde hace algún tiempo se hubiera invertido en la buena integración de las instituciones el tiempo, la energía y los recursos que se han destinado a

112 Ese artículo tercero transitorio, según se encuentra en el proyecto, determina lo siguiente: “Las disposiciones expedidas con anterioridad a la entrada en vigor de este Decreto no conceden derecho a los miembros de los cuerpos de seguridad pública e instituciones policiales a la permanencia en el cargo y, por lo tanto, las resoluciones de los procedimientos en trámite, incluyendo los juicios de amparo, en que se hubieran impugnado los actos de cese, remoción, baja o destitución, en ningún caso podrán tener por efecto la restitución o reinstalación en las plazas, cargos o comisiones que ocupaban”.

expedir nuevas leyes y realizar reformas constitucionales. Este caso es un ejemplo precioso de lo que algunas personas han sostenido desde todo el tiempo: apliquemos las leyes, reformemos las costumbres; esto nos ahorrará modificaciones constitucionales.

## 6. *Preceptos transitorios*<sup>113</sup>

El proyecto de decreto de reformas y adiciones constitucionales contiene tres preceptos transitorios. Me referiré solamente a los dos primeros; el tercero, que tiene que ver con el cese, remoción, baja o sustitución de los miembros de instituciones de seguridad pública y policiales, fue comentado al examinar las reformas al artículo 123.

El primer artículo transitorio dispone que el correspondiente decreto “entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”. Esta impetuosa disposición recuerda las equivalentes en los decretos de reforma constitucional del 30 de diciembre de 1994, publicado el 31 de diciembre, sobre reforma judicial, y del 2 de julio de 1996, publicado el 3 de julio, motivado por el problema de la delincuencia organizada.

Es evidente que reformas constitucionales de esta trascendencia, que por lo menos requieren legislación reglamentaria y preparación de sus aplicadores, debieran prevenir una *vacatio legis* razonable. Como botón de muestra sobre vigencias intempestivas y consecuentes problemas aplicativos —además de muchos otros— puede citarse el “caso” del artículo 21 constitucional en torno a la impugnación de resoluciones en que el Ministerio Público dispone el no ejercicio de la acción penal o se desiste de ésta. A más de tres años de distancia (enero de 1995-marzo de 1998) de que se inició la vigencia de aquella reforma, no se dispone de normas reglamentarias federales; tampoco se cuenta con reglamentación en muchos estados de la República. Así las cosas, la Suprema Corte de Justicia ha debido resolver —lo cual ocurrió a casi tres años del inicio de vigencia de la nueva norma constitucional— que es procedente el amparo en contra de tales decisiones del Ministerio Público, en espera de que exista una reglamentación idónea que fije la vía procesal específica, con todos los requerimientos pertinentes: juzgador competente, legitimación para ac-

113 Por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 8 de marzo de 1999 solamente se contempló un artículo transitorio: “El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.”

tuar, procedimiento a seguir, efectos de la resolución judicial, posible impugnación de ésta, etcétera.

El artículo transitorio segundo del decreto recoge una determinación acostumbrada en asuntos procesales, que permite la continuación del procedimiento bajo las nuevas normas. Empero, como antes mencioné, en este caso dicha previsión tiene consecuencias que van más allá de las que suele haber en reformas procesales ordinarias, en tanto señala que los procedimientos en suspenso a la fecha de entrada en vigor del decreto “continuarán su curso en los términos que este mismo establece”; es decir, se reabrirá el proceso penal en ausencia del inculpado, cuando la “evasión” o sustracción a la acción de la justicia hubiese sido el motivo para suspender el procedimiento.

## VI. COLOFÓN

En conclusión— y dejando en el tintero, por lo pronto— otras muchas consideraciones que sugiere el proyecto de reforma, resulta evidente, a mi juicio, que éste avanza en el camino que propició, abrió y recorrió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada; y también son evidentes las características y el horizonte de ese camino. Por eso hablo de una reforma constitucional inquietante.

Aunque parece seguro que se aprobará la reforma, quizá con algunos cambios de menor importancia, aún es tiempo de advertir sobre los riesgos que apareja. En los últimos años hemos puesto en movimiento un juicio penal con garantías cada vez más reducidas. Nuestro rumbo era otro; ahora es éste. Como antes dije, no ignoro las necesidades ni cuestiono los objetivos. Sólo observo los medios. Sigo creyendo que en el Estado de derecho el fin no justifica los medios. El legislador tiene la palabra. Ojalá acierte. De ello depende, en buena medida, el futuro de las garantías constitucionales en México.

## LA REFORMA PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCIÓN: ¿DERECHO DEMOCRÁTICO O DERECHO AUTORITARIO?\*

Como integrante de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Político Nacional del Partido Revolucionario Institucional, celebro que nuestra organización política haya creado esta Comisión y recogido así la preocupación por la vigencia de los derechos humanos, razón de ser del Estado e interés primordial de la sociedad. Nos contribuirá a que estemos al día en un asunto que verdaderamente lo merece.

Los derechos humanos son una bandera enarbolada, a menudo, por los partidos de oposición, y mucho menos —hasta hoy— por el partido en el que militamos. Este desinterés aparente o relativo no corresponde al desarrollo normativo de los derechos humanos en México. Muchos de los progresos en esta materia —en la que han actuado con acierto, lo reconozco y aprecio, diversas organizaciones no gubernamentales— se deben a la iniciativa de funcionarios electos bajo el signo del Partido Revolucionario Institucional y militantes en esta misma organización o en sus antecesoras: lo mismo el movimiento revolucionario que produjo la Constitución de 1917, que los sucesivos Constituyentes que agregaron sendos derechos individuales y sociales a nuestra ley fundamental. Por todo ello, el PRI no puede participar en el desmontaje de esa gran obra jurídica y moral, sino afirmar —como tratamos de hacerlo aquí— su hondo compromiso con los derechos fundamentales del ser humano.

En nuestro tiempo se ha reanimado el debate sobre los derechos humanos. Se arguye, sin razón alguna, que el respeto a éstos constituye un obstáculo para la seguridad pública. Aquí queda a la vista un falso dilema, que debemos denunciar y cuestionar: seguridad o justicia. Esta es una

\* Intervención en la sesión de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Político Nacional del Partido Revolucionario Institucional, en la ciudad de México, el 6 de octubre de 1998. Este texto está publicado en *Criminalia*, México, año LXIV, núm. 3, septiembre-diciembre de 1998, pp. 85-96, alude al dictamen elaborado por la Cámara de Senadores respecto a la iniciativa de reformas a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución. También se hacen comentarios a la correspondiente iniciativa, en el artículo “Una reforma constitucional inquietante (La iniciativa del 9 de diciembre de 1997)”, que aparece en esta misma obra. Las reformas mencionadas fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de marzo de 1999.

disyuntiva inadmisibile, porque ambos extremos de la cuestión constituyen funciones del Estado y valores de la vida colectiva, que no se excluyen, sino se reclaman mutuamente. No tenemos por qué optar entre una u otra; debemos exigir ambas cosas: justicia y seguridad; derechos humanos y paz.

Últimamente, agitados por la criminalidad creciente, nos hemos deslizado en una concepción errónea o parcial de la seguridad pública, entendida como tema de policía preventiva y persecución penal. En estos términos se pronuncia, en sus líneas y entre ellas, el artículo 21 constitucional según las adiciones incorporadas en 1994, año en cuyas postrimerías se llevó adelante la denominada “gran reforma judicial”, que distó mucho de poseer el alcance y la hondura que se le atribuyeron y que ciertamente se necesitaba. Si se extrema tal versión de la seguridad pública, corremos el riesgo de incurrir en una peligrosa doctrina, que encubre y auspicia muchas soluciones sombrías.

A cambio de tal concepto, conviene proponer una seguridad integral, como capítulo o tema de la política social. De esta suerte, en el marco de la seguridad —la verdadera seguridad, con raíces firmes y fuertes— se inscriben factores éticos, económicos, políticos, educativos, culturales. De todos éstos depende, mucho más que de la policía, los fiscales, los tribunales y las prisiones, actuando aisladamente, la creación de auténticas condiciones de seguridad pública que permitan el buen desarrollo de la vida social y sea, a su turno, consecuencia de éste.

Muchas veces he afirmado que la justicia penal —o lo que se presenta como tal— constituye el escenario crítico de los derechos humanos. Ahí se plantea una grave contienda entre intereses y personajes contrapuestos. En efecto, en esa escena discurren el inculpado, con crecientes derechos elevados a la calidad de garantías individuales; el ofendido, con derechos que también aumentan y exigen la tutela del Estado y la sanción del infractor; y la sociedad, reclamante de unas formas de seguridad y justicia que finalmente son derechos humanos de quienes integran el conjunto social.

El Estado se añade a esos personajes del escenario penal. Tiene a su cargo la provisión de justicia y seguridad —exigibles a partir del hipotético pacto social—, tomando en cuenta que ambos son datos que lo explican y justifican, el Estado es, ante todo, policía y juzgador, desde el momento en que se proscribe la autojusticia y se encomienda al poder público el

monopolio de administrar con eficacia una función segregada del ámbito de los particulares.

Ahora bien, en este campo, como en muy pocos o acaso en ningún otro, el Estado acredita su verdadera condición ética, su carácter autoritario o democrático. Autoritario, cuando usa anticipada y excesivamente la reacción punitiva frente a la conducta ilícita o al riesgo de que ésta se presente. Democrático, cuando afirma y actúa el principio de intervención penal mínima, y por ello emplea primero los restantes instrumentos del control social, no punitivos, y sólo finalmente, como extremo recurso, las penas y medidas de seguridad. Por demás está ponderar la diversa eficacia de unos y otros. La misma idea se proyecta en la naturaleza de las sanciones: excesivas o racionales. En fin de cuentas, si el delito es una cuestión moral para el delincuente, la justicia penal lo es para el Estado que la administra.

Lo que hoy acontece en este campo debe analizarse a la luz del desarrollo penal en el siglo que concluye. Reiteraré lo que he expresado en anteriores ocasiones. Somos herederos de la corriente liberal y humanista de la Ilustración, que aportó un limpio concepto de justicia penal engarzado a la noción del Estado de derecho. Con estas convicciones derrotamos las tendencias autoritarias más audaces y arrasadoras, que se abrieron camino en la tercera década del siglo: el llamado derecho penal del nazismo y otras expresiones tiránicas o totalitarias.

Con estos fundamentos —y otros más, que sería prolijo mencionar ahora— construimos, laboriosamente, un derecho penal democrático, caracterizado por esa intervención penal mínima a la que ya me referí y por un sistema de garantías y derechos que se refleja en el triple componente de los delitos y las penas, en primer término, el proceso, en segundo, y la ejecución, en tercero.

Sin embargo, hoy se advierte un viraje importante, un cambio de rumbo, que se relaciona con una serie de sucesos graves. Ante todo, hay que mencionar el crecimiento de la denominada delincuencia tradicional y la aparición de una nueva criminalidad, fruto de las últimas décadas —aunque incubada desde hace tiempo—, cuya expresión más perturbadora reside en la delincuencia organizada. Asimismo, se observa lo que llamaríamos perplejidad de las instituciones de prevención y justicia, que no acaban de reconocer y adoptar el perfil y la función que les compete en esta nueva circunstancia social y criminal.



Además, hay ineficiencia o insuficiencia de los otros medios de control de la conducta, que alguna vez fueron el valladar más poderoso contra los comportamientos antisociales. La familia, la escuela, las iglesias, el trabajo, los círculos de recreación no cumplen la función que alguna vez ejercieron; desbordados, suscitan la acción represiva del Estado. Añádanse la ineficacia de muchos organismos de seguridad, persecución y administración de justicia, y la corrupción que los ha permeado, una y otra ampliamente reconocidas por los propios encargados de esos servicios.

Como factor de perturbación opera también la decadencia del Estado social, que antes proveyó condiciones razonables de esperanza o bienestar, y de los conceptos —fuertemente impugnados— e instrumentos —muy reducidos— que le fueron inherentes. En la misma relación inquietante figura la globalización de la lucha contra la delincuencia, efecto casi natural de la trascendencia territorial y social de una criminalidad que ignora todas las fronteras.

En fin de cuentas, aparece la desesperación social por la criminalidad que crece y el desencanto en torno a las medidas que se usaron contra ésta y que ya no tienen la eficacia que alguna vez tuvieron. Esta desesperación es mala consejera: despierta la imaginación y la ira y propone, a título de redención, novedades —o antigüedades, revestidas de modernidad— que de primera intención resultan atractivas, como el clavo ardiendo, aunque luego resulten ineficaces o contraproducentes.

En nuestro país, empeñado en numerosas y preocupantes —las más de las veces— reformas penales, hemos cultivado una vieja ilusión: el carácter “mágico” de la reforma legislativa, e incluso de la reforma constitucional, exacerbadas. Son, en fin de cuentas, el sucedáneo accesible, espectacular, barato y rápido de la reforma de fondo, que rara vez se intenta y menos aún culmina.

En una época, regidos por las ideas asociadas al derecho penal democrático y por las fórmulas derivadas de éste, acostumbramos reformar la ley para agregar garantías y avanzar en la justicia penal de aquel signo benéfico. En cambio, muchas de las reformas actuales, o de las iniciativas de reforma, son notoriamente autoritarias. Los cambios, cada vez más frecuentes, no siempre son más reflexivos. Es muy modesto el papel disuasivo de la crítica, que sin embargo logró, hay que reconocerlo, moderar apreciablemente la marcha de la impetuosa reforma constitucional que se inició el 9 de diciembre de 1997 y continuó a lo largo de 1998.

Hemos tenido reformas de doble filo, o francamente erróneas, motivadas por experiencias deplorables que parecieron justificarlas y que al cabo de poco tiempo desembocaron en algo con lo que ya estamos familiarizados: la “reforma de la reforma”. Sobran ejemplos. Citemos, así, el cambio constitucional de 1996 a propósito de la libertad provisional (artículo 20, fracción I), que llegó a corregir los notorios errores cometidos por la reforma de 1993, que también aportó, desde luego, diversas innovaciones afortunadas.

En este mismo sentido hay que citar la reforma de 1998 —a la que adelante me referiré con mayor detalle— en lo que corresponde a la reincorporación constitucional del cuerpo del delito, en lugar del concepto “elementos del tipo penal”, aportado por la reforma de 1993, que en este orden trajo consigo consecuencias deplorables. Así lo ha reconocido, literal y enfáticamente, la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de reformas constitucionales de 1997. Véase, pues, que la reforma de 1993, tan apresurada, acarreó en menos de cinco años otros dos procesos de reforma que pudimos y debimos ahorrarnos. La impaciencia legislativa tiene estos resultados.

Más que todo eso, inquietan los virajes fuertes en el derrotero del derecho penal moderno, que pueden poner en crisis la experiencia misma del Estado de derecho. También hay abundantes ejemplos. Entre ellos citaré la modificación del artículo 119 constitucional —igualmente realizada en 1993— que suprimió el principio de legalidad, nada menos, en materia de extradición interna, que todavía rige en la extradición internacional. En aquel caso, la ley fue sustituida por un simple sistema de convenios entre autoridades administrativas, desprovisto de garantías. Este fue un desacierto mayúsculo. Es verdad que la vieja ley de extradición, aún vigente en 1993, ya no servía a las necesidades de este tiempo, pero también lo es que para remediar el problema no se debió abolir la legalidad penal, sino actualizar sus aplicaciones.

Otro desliz lamentable —o peor todavía, un engendro punitivos que abre la puerta a un oscuro derecho penal— es la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, cuestionable como sistema jurídico —embrión de un “antiguo nuevo” sistema penal— y flagrantemente inconstitucional en diversos extremos, aunque se procuró constitucionalizar la propuesta de ley mediante “oportunos” cambios en los artículos 16, 22 y 73 de la Constitución. Sin embargo, esa “constitucionalización” resultó incom-

pleta o fallida en diversas hipótesis, en las que se mantiene la inconstitucionalidad del ordenamiento secundario.

Un botón de muestra más, prohijado por estos mismos tropiezos legislativos, es el denominado “arraigo domiciliario”, propiciado por la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en el que resulta abolida la garantía de seguridad en la detención y presentación del inculcado ante el juez natural. Todo el cuidado que se puso en organizar constitucionalmente la primera etapa de la instrucción —el tiempo que va de la presentación ante el juez a la resolución sobre la situación jurídica del sujeto—, se abandonó en esta figura espuria de reciente fecha, que permite una prolongada detención —varias semanas o algunos meses—, eufemísticamente bautizada como arraigo, en un domicilio que realmente es un lugar de detención seleccionado por el Ministerio Público.

Ahora bien, si no creemos en esos preludios del crimen humano, habrá que convenir en que la participación delictuosa es la semilla de la organización criminal, aunque luego cada una marchara por su cuenta. Ésta tiene otros datos relevantes, que la singularizan criminológicamente y acaban por tipificarla jurídicamente: yo diría que esos datos se concentran en la pluralidad activa y en el proyecto de realizar —aunque no se culmine en ejecución— ciertos ilícitos sumamente graves, peligrosos o inquietantes. Otra cosa son los medios de que se valen los infractores: astucia o violencia, menos consustanciales al concepto de crimen organizado, aunque asiduos a su desenvolvimiento.

Por esos medios, sin embargo, se conoce a los brazos mayores del crimen organizado: uno, el terrorismo, pura violencia devastadora; otro, la defraudación y sus aledaños; y uno más, el narcotráfico —para usar esa expresión reductora, que asimila un amplio número de conductas—, que sabe combinar con extraordinaria frecuencia, ya convertida en rutina, la fuerza y el ingenio. Este se aplica a lo que es la “clave final” del narcotráfico y de otros comportamientos: el “lavado” o “blanqueo” de recursos de procedencia ilícita. En definitiva, estos delitos, que ponen en jaque a los Estados y a la propia humanidad, son estrictamente patrimoniales, aunque en su trayecto van golpeando todos los bienes jurídicos que encuentran, que son muchos y muy relevantes.

Si estuviésemos en España o en Irlanda, concentraríamos la atención en el terrorismo que asuela esos países, bajo el pretexto de la insurgencia. Pero en otros lugares —entre ellos México— la delincuencia organizada tiene un santo y seña diferente: el narcotráfico. Es verdad que hay otros

problemas llevados a la ley penal en calidad de figuras delictivas, como el tráfico de órganos, el traslado ilícito de trabajadores migratorios, el secuestro, el asalto en carreteras y varios más; pero también lo es que nada supera al narcotráfico en visibilidad, lesividad y poder de fuego. De ahí que todo lo que hemos construido —o destruido— en aras de la lucha contra la delincuencia organizada, gire en torno al combate al narcotráfico.

En México, la noción de delincuencia organizada se coló en la Constitución Política, nada menos, atraída por la reforma de 1993, que tantos puntos favorables consiguió en el marcador y tantos problemas sembró como resultado de una gestación precipitada. Entonces no se sabía de qué se trataba, y si se sabía, esa ciencia no se tradujo en el papel de la Constitución y de la ley penal. Por eso al cabo de sólo tres años —1996— ya estábamos —Penélope nacional— modificando la reforma y cambiando, en un giro de ciento ochenta grados, el concepto que se tuvo en 1993 sobre la delincuencia organizada.

Si en 1993 sembramos un problema, en 1996 ese problema alumbró: lo hizo en ciertas reformas constitucionales singularmente insuficientes o francamente desafortunadas, y luego en la “madre confesa” de esas reformas: la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Atribuyo a ésta la maternidad de aquéllas, y no a la inversa como pudiera parecer lógico y fisiológico, porque entonces se aclaró que para entronizar la ley, con lo que ella trajo en su bagaje, era preciso abrirle la puerta de la Constitución. Se abrió sólo a medias, con la consecuencia de que algunas soluciones legales quedaron previamente “constitucionalizadas”, pero otras no.

La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es, en mi concepto, un muestrario perfecto de riesgos y desarreglos. No lo imagino. Está a la vista, porque ya hay experiencia en su aplicación, aunque no la haya en los resultados casi milagrosos que se le atribuyeron cuando vino al mundo. Pero esto es harina de otro costal, y tiene que ver con otro síndrome característico de nuestro entusiasmo legislativo: la ilusión de la reforma legal, más expedita, sencilla, barata y espectacular —muchas ventajas, pues— que la reforma de fondo, aunque sea ésta y no aquélla la que se necesita y se aguarda: ayer, hoy y seguramente mañana.

Examinar severamente ese ordenamiento no es sólo un escrúpulo de jurista sin mejores temas. Sucede que hacerlo implica desentrañar las tendencias de un derecho penal autoritario que entró primero con sigilo y luego sin embozo, y amenaza con sustituir al derecho democrático, cuyo

establecimiento tuvo un costo elevado y cuya demolición pudiera generar otro mayor todavía.

En la cuenta de la ya famosa —pero tristemente— Ley Federal figuran no pocos motivos de ansiedad:

- a) Tipo penal desmesurado, que hace retroceder el reloj de la historia penal;
- b) Averiguación previa compartida entre el Ministerio Público y la Secretaría de Hacienda, en conflicto con el artículo 20 constitucional;
- c) Extraña reserva sobre la identidad de los acusadores;
- d) Inversión de la carga de la prueba, a partir de una inconfesada “presunción de culpabilidad”;
- e) Negociación penal que arruina el principio de legalidad y la moralidad en las actuaciones del Estado;
- f) Para potestad de atracción sin reglamento que la legitime y con la pavorosa virtud de que la existencia del delito —y su consecuente punición— esté condicionada al ejercicio de la atracción;
- g) Oferta de recompensa por la captura del criminal, a la usanza medieval, o bien, en este hemisferio, a la del lejano oeste, que también conoció el México de nuestros malos recuerdos;
- h) Sistema de delaciones, con aire antiguo y tecnología moderna;
- i) Arraigo “domiciliario” que encubre una privación de libertad en domicilio de conveniencia;
- j) Alteración completa de las reglas ordinarias de la ejecución penal, y así sucesivamente.

Sobre semejante panorama se han producido algunos juicios terminantes. Así, creo útil reproducir conceptos de la doctora Olga Islas de González Mariscal, ex presidenta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en el reciente “Seminario Internacional sobre la Ciencia del Derecho durante el siglo XX” (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998):

Las citadas reformas, en su conjunto (se refiere a múltiples cambios en el derecho penal y procesal penal), evidencian la situación peligrosa en que nos encontramos. Se advierte la tendencia a limitar las garantías constitucionales, porque constituyen un estorbo para el nuevo sistema de justicia penal que pretende implantarse. Si a todo lo anotado se agrega la reciente iniciativa del Ejecutivo Federal, del 9 de diciembre de 1997, para reformar

y adicionar los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la situación es más grave. Dicha iniciativa es un ejemplo de atropello a los derechos fundamentales reconocidos en el sistema de justicia penal instaurado en la Constitución.

El pretexto para estos abusos de poder es que la criminalidad crece, se organiza, está mejor pertrechada y tiene poder económico para corromper.

Se avizora un derecho penal máximo, en vez de uno mínimo. El legislador crea nuevos tipos penales, amplía los ya existentes y eleva irracionalmente las punibilidades. En ocasiones, las leyes se vuelven menos precisas para dificultar la delimitación de lo punible. Se contraría así el principio de certeza, con la finalidad de que el Poder Ejecutivo (Ministerio Público) actúe más libremente.

Ante este porvenir, ¿cuál es el destino del Estado de Derecho democrático?

Las deliberaciones y objeciones respecto al proyecto de reforma constitucional contenido en la Iniciativa del Ejecutivo, del 9 de diciembre de 1997 —motivo de dictamen de comisiones en el Senado de la República al cabo de diez meses de espera—, que influyeron para que se diera marcha atrás a algunos aspectos sumamente cuestionables de dicho proyecto.

El proyecto proponía evidentes y preocupantes retrocesos. Se confesó, desde luego, el craso error cometido en 1993, en la reforma de los artículos 16 y 19, que muchos observadores denunciaron oportunamente. Sin embargo, en lugar de reparar esa equivocación deplorable, el proyecto de 1997 extremó el supuesto remedio, hasta convertirlo en una flagrante supresión de garantías. En vez de que se exigiera la acreditación de todos los elementos del tipo penal, se pasaría a requerir tan sólo débiles pruebas sobre los elementos objetivos. Es obvio que sólo hay delito cuando están reunidos los elementos que acoge el tipo penal: si únicamente son objetivos, con ellos basta; pero si el tipo requiere además elementos subjetivos y normativos es necesario tomarlos en cuenta, so pena de que la consignación se realice por un hecho que no es delictuoso.

Un gravísimo error del proyecto fue la pretensión de instituir un juicio penal en ausencia del inculpado, cuando éste se sustrajera a la justicia después de rendir declaración preparatoria. El argumento para adoptar semejante sistema se hizo residir en la necesidad de luchar contra la rampante impunidad, que agravia a la sociedad. Es cierto que la impunidad agravia, pero también lo es que resulta del inmenso número de deli-

tos cometidos y no investigados, o bien, de aquellos cuyos autores y partícipes no son identificados jamás o no son capturados. La cifra de las evasiones tras la declaración preparatoria —sobre todo si pensamos en evasiones hacia países extranjeros, tema que irrita a la opinión pública— es verdaderamente minúscula en comparación con aquellas otras hipótesis de impunidad.

Lo que hubiera logrado la pretensión reformativa del artículo 20, al introducir el juicio penal en ausencia —en términos mucho más intensos y deplorables que algunos conocidos en derecho comparado— habría sido la destrucción del carácter garantista y acusatorio del proceso penal en México. El proceso se convertiría en un diálogo autoritario: entre el Ministerio Público y el juzgador, en ausencia del inculcado y del defensor, quien no podría intervenir mientras aquél estuviera prófugo. Esto pudo significar uno de los mayores y más peligrosos retrocesos de los últimos tiempos.

El dictamen elaborado en la Cámara de Senadores reparó en buena medida esos extravíos. Así, retornó al concepto de cuerpo del delito, suprimido por la reforma de 1993, y desechó el de elementos del tipo penal, aportado por ella. Igualmente, hizo a un lado —y éste ha sido, sin duda alguna, el mayor acierto del dictamen— la propuesta de incorporar en la Constitución el juicio penal en ausencia.

No obstante el beneplácito que merece la corrección incorporada en los artículos 16 y 19, el dictamen contiene un error que causa gran desasosiego. Si bien es cierto que la propuesta de modificación a los artículos 16 y 19 es inobjetable en lo que se refiere al cuerpo del delito, también lo es que son inaceptables la explicación y la “instrucción” al legislador secundario contenidas en el propio dictamen. Efectivamente, en éste se asegura que debe entenderse por cuerpo del delito “el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal”. A continuación se afirma: “Este es el concepto que hay que rescatar e incorporar al régimen aprobado en 1993. Así habrá de señalarse en la legislación secundaria el concepto citado”. Se aduce que tal era la noción del cuerpo del delito prevaleciente antes del entuerto de 1993.

Vale recordar que si bien hubo una época en que así se entendió el cuerpo del delito —sólo como elementos materiales u objetivos de la infracción—, la situación era completamente distinta en 1993. La noción del *corpus delicti* había variado por lo menos desde 1983, es decir, una

década antes. Los artículos 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 168 del Código Federal, vigentes en esa fecha, señalaban que el cuerpo del delito se constituye con todos “los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal”, porque el delito es precisamente ese conjunto, como antes dije. Si esto no ocurre en la realidad, no hay delito. Es absurdo e indebido consignar, librar orden de aprehensión y dictar auto de formal prisión por algo que no es delito en los términos de la descripción típica.

En consecuencia, la “instrucción” que el dictamen gira al legislador secundario implica la modificación del cuerpo del delito, para que bajo ese concepto se entienda exactamente lo mismo que pretendió establecer la iniciativa de 1997 cuando aludió nada más a los elementos objetivos del tipo penal. Con ello habrá salido adelante la pretensión de aquella mediante un simple juego de palabras, que parece un subterfugio, y se habrá consumado la reducción de garantías constitucionales que planteó la iniciativa y que el dictamen quiso impedir.

Por otro lado, el dictamen conservó, con algunas variantes que no puedo analizar en el breve tiempo disponible para esta intervención, el extraño sistema —aunque tenga equivalencias en figuras del derecho extranjero— de confiscación, llamado aplicación de bienes asegurados a favor del Estado. Es muy controvertible, por decirlo suavemente, la inversión de la carga de la prueba en el caso de terceros poseedores o adquirentes de buena fe. También es extraño que esa confiscación se practique sobre bienes que no fueron materia de la sentencia condenatoria en el proceso penal. No está por demás subrayar, de nueva cuenta, la pugna que existe entre estas soluciones desesperadas y los principios del derecho penal democrático.

Asimismo, el dictamen senatorial deja subsistente la enmienda al artículo 123, que establece un caso de retroactividad desfavorable. Esto es el resultado de ciertas “políticas” de designación de personal en el ámbito de la procuración de justicia y sus servicios auxiliares, que causaron el más grave daño al país, desacreditaron a las instituciones y dieron los pésimos frutos que ahora estamos cosechando. Aquella fue la siembra y esta ha sido la cosecha.

Dejo aquí mis comentarios, necesariamente breves, tomando en cuenta las características de esta reunión de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Político Nacional del PRI. Confío en que, unidos a otras observaciones que se han producido en días recientes —movidos por la



buena fe y el deseo de preservar el Estado de derecho en México—, contribuyan a suscitar la reflexión de los militantes de este partido y de los legisladores pertenecientes a nuestra organización política, para crear conciencia sobre la inquietante evolución —o involución— del derecho penal mexicano y sus previsibles consecuencias, que aún es tiempo de prevenir.

## ALGUNAS CUESTIONES A PROPÓSITO DE LA JURISDICCIÓN Y EL ENJUICIAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los sujetos del derecho de menores infractores*. III. *Las razones de la intervención del Estado*. IV. *El órgano jurisdiccional*.

### I. INTRODUCCIÓN

En diversas oportunidades me he ocupado en el tema jurídico y social de los menores infractores. Ahora, con motivo del encuentro al que se destinan estas notas, volveré sobre ideas expuestas anteriormente, y agregaré algunas consideraciones sugeridas por las novedades legislativas —que acaso sean retrocesos—, los problemas y algunos proyectos de este lustro.

Conviene observar que entre la última vez en que se examinó el asunto de los menores infractores en un foro del Instituto de Investigaciones Jurídicas, con motivo del Coloquio sobre los Derechos de la Niñez celebrado en 1989, y este año de 1995, se presentó un hecho importante para el asunto que nos interesa: la sustitución de la Ley de los Consejos Tutelares, de 1973, por la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, de 1991. En consecuencia, lo que en aquel coloquio se dijo debe ser revisado a la luz —o bajo la sombra— del ordenamiento superveniente.

El tema de los menores infractores sigue suscitando interés, preocupación y polémica. Lo cierto es que la conducta antisocial de los menores se ha incrementado en el curso de estos años, como ha crecido, desmesuradamente, la delincuencia de los adultos. En este orden de cosas operan, de una vez, los antiguos factores causales de la criminalidad y las nuevas

\* Intervención en el Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, el 26 de octubre de 1995. La ponencia se tituló “Jurisdicción y procedimiento para menores infractores”. El texto que ahora se reproduce se publicó en: *Memoria del coloquio multidisciplinario sobre menores. Diagnóstico y propuestas*, UNAM, 1996, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 193-210; y *Criminalia*, año LXII, núm. 1, enero-abril de 1996, pp. 73-87.

circunstancias de una sociedad que no acierta a establecer condiciones de vida satisfactorias.

Todo hace suponer que la delincuencia crecerá en el futuro cercano, pese al acento que hoy se pone en nuevos programas de seguridad pública. Las más recientes reformas constitucionales, fallidas en diversos extremos, han cargado el acento en la dimensión policial de la seguridad pública. Debiera ponerse el énfasis, por el contrario, en un concepto integral de seguridad, que recoja y atienda los datos morales, políticos, sociales, económicos y culturales que hay en la raíz de la delincuencia. No se puede cifrar demasiada esperanza en la acción sobre los síntomas, que ya nos desbordan, si no se actúa suficientemente sobre las causas, que se agravan o, en el mejor de los casos, permanecen intactas.

En una sociedad juvenil, que ha moderado tan lenta como tardíamente su tasa de crecimiento demográfico neto, es muy relevante la presencia de los menores en todos los procesos sociales. Por supuesto, lo es también en los antisociales. De hecho, la “crisis” ha determinado ciertos cambios en la presencia social de la juventud. A este respecto interesa la inclusión de los jóvenes en los procesos de la economía informal, que es, hoy día, la única economía creciente. Pero en esos procesos hay un espacio, también creciente, para las conductas jurídicamente reprochables, aunque el reproche social de algunos de estos comportamientos sea mucho menos resuelto e intenso. De nuevo la realidad se ha rebelado contra los códigos.

La conducta antisocial de los menores de edad (para efectos penales) se pliega a los patrones tradicionales del delito y registra asimismo, cada vez más los datos de la delincuencia evolucionada. En la criminalidad juvenil de estos días aparecen las modalidades que otras veces he manifestado, a saber: recreativa, famélica y curiosa. A esto se agrega la concurrencia de los menores de edad —reclutados por adultos o activos por su cuenta— en ese fenómeno universal y apremiante que nuestra legislación abordó recientemente, de manera inexacta y atropellada: la delincuencia organizada.

El derecho penal tradicional se ocupó de los menores, sobre todo, en su condición de sujetos pasivos de los delitos cometidos por adultos. A ello se destinaron figuras como la corrupción, algún supuesto de la violación impropia, la violación de deberes de asistencia familiar, el llamado “robo de infante”, etcétera. A eso mismo obedecieron determinados elementos agravatorios, que generaron sendos tipos calificados, como el re-

lativo a delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos (hoy narcóticos) en agravio actual o potencial de menores de edad, por ser éstos los consumidores de la droga o estar en una circunscripción de riesgo grave: así, las inmediaciones de las escuelas.

Como signo de los tiempos que corren, algunos tipos calificados introducen ahora, además de esa hipótesis de victimación de menores, el empleo de éstos en la comisión de los delitos. Esta es la puerta de acceso —una de entre muchas— al crimen organizado.

## II. LOS SUJETOS DEL DERECHO DE MENORES INFRACTORES

El derecho penal debe definir, ante todo, el ámbito de validez de sus normas. De esta decisión política, ética y jurídica proviene otra, por exclusión: el ámbito reservado a los individuos subjetivamente ajenos a ese derecho, en virtud de su edad y de otras circunstancias, en su caso, y objetivamente vinculados a él, en atención a la naturaleza de la conducta que realizan.

Por ende, la definición de este ámbito constituye un asunto de “previo y especial pronunciamiento”, y un vértice al que concurren y del que provienen las más acaloradas polémicas. Se trata de establecer, nada menos, el universo de los delincuentes —esto es, de los “enemigos sociales” diplomados— y la posibilidad, naturalidad y necesidad de aplicar, legítimamente, las medidas más enérgicas y dolorosas del control social.

Debo advertir que para examinar la condición de los menores como sujetos del derecho penal o de un régimen jurídico diferente, al que se ha denominado tutelar, me estoy moviendo en un marco de referencia diverso del que ha empleado, con el riesgo académico que la caracteriza, mi distinguida colega Olga Islas de González Mariscal. En el coloquio de 1989, hizo ver que los menores a quienes se aplicaba la Ley de los Consejos Tutelares (ahora diríamos la Ley para el Tratamientos de Menores) seguían “siendo sujetos de derecho penal en todos aquellos casos en que realizan alguna conducta adecuada a algún tipo penal, y como consecuencia son sometidos coactivamente a un internamiento”, no así en los supuestos en que contravienen los reglamentos de policía y buen gobierno o están en situación de causar o causarse daños. Estas últimas hipótesis, incluidas en la Ley de los Consejos Tutelares, no fueron aceptadas en el ordenamiento de 1991. La perspectiva que ahora utilizo es otra. Digo que unos individuos son sujetos de un régimen jurídico específico por cuanto

éste, que los reconoce como destinatarios exclusivos de sus normas, les confiere un tratamiento propio en función de la categoría a la que pertenecen, sustraída al universo subjetivo general; emplea para este fin órganos y procedimientos específicamente suyos, y dispone medidas características, diferentes de las ordinarias, todo ello como consecuencia de ciertos supuestos objetivos cuya descripción figura en el régimen jurídico penal.

Por lo que atañe a las consecuencias jurídicas del comportamiento indebido, también se ha pugnado por deslindar a las penas, propiamente, de las medidas que se aplican a los menores. Es cierto que en ambos casos hay o puede haber retención del sujeto en una institución. Pero esto, en el supuesto de los menores, se procura asimilar, más bien, a la situación en que se halla el adolescente o joven que todavía no tiene plena capacidad de ejercicio y se encuentra sujeto a deberes de educación que restringen su libertad de elegir o de hacer. El menor interno en una institución educativa, para fines de este carácter, no es un preso, un sujeto privado de la libertad, sino un educando bajo régimen especial. El argumento se amplía cuando vienen al caso formas de conducción o supervisión de la conducta asociadas a la libertad vigilada.

En fin, existe un deslinde claro, aunque relativo. Es cierto que no sería posible construir un derecho tutelar sin la invocación del derecho penal, puesto que en éste se hallan las hipótesis de conducta ilícita, salvo que aquél se erija —pero no es el caso— sobre supuestos diferentes. No obstante, estimo que compartir categorías no implica, necesariamente, unificar totalmente las disciplinas. Las diferencias son suficientes para erigir, a partir de ellas, un régimen diverso que posea entidad y trascendencia. En todo caso, el esfuerzo histórico en este sector se ha caracterizado precisamente por esforzarse en la distancia, no en la cercanía.

Claro está que si desaparecen o se desvanecen los rasgos que distinguen esos órganos, procedimientos y medidas del derecho de menores de las figuras equivalentes en el derecho de adultos, como ha sucedido a partir de 1991, cesa el deslinde —nunca sencillo— y el conjunto se reabsorbe bajo un solo rótulo: derecho penal.

Vuelvo al hilo de mis primeras consideraciones. Es evidente que la incorporación al espacio subjetivo del derecho penal, que tiene puntual resonancia en el enjuiciamiento, ha obedecido a las ideas que prevalecen en este campo sobre el fundamento de la responsabilidad penal y los mo-

tivos o razones de la reacción jurídica, temas que no son, por cierto, estrictamente equivalentes.

Ahorraré el desarrollo histórico de la materia. Baste con decir que en una primera etapa se elevó sostenidamente la edad clave para la incorporación en el ámbito subjetivo del derecho penal ordinario. En el derecho mexicano esta elevación ocurrió al través de pasos sucesivos a lo largo del presente siglo, que culminaron en la edad de 18 años, absolutamente dominante hasta hace tres décadas. El dato característico de los últimos lustros es el inverso. Ahora se desanda el camino. Declina el límite: la edad de 16 años, que algunos estados iniciaron en los años sesenta, avanza en la preferencia de los legisladores.

De esta forma se repone el derecho penal sustantivo en el campo de los adolescentes y jóvenes. Lo mismo sucede, como veré, por lo que toca al derecho penal adjetivo. Ha caminado un largo trecho la “penalización” de los menores, con diversos argumentos de batalla, incluso los más persuasivos: desde las necesidades de la lucha contra la delincuencia, hasta la preservación de los derechos humanos.

La presión social sobre la edad, que tiene a su favor no pocos elementos racionales, pero puede desembocar en una sobrerrepresión absolutamente indeseable, adversa a las ideas prevalecientes sobre el derecho penal “mínimo”, ha generado algunas soluciones conciliadoras. Se trata de evitar el regreso de los menores, masivamente, al ámbito del derecho punitivo y al mismo tiempo responder a la alarma creada por la intervención de aquellos sujetos en delitos muy graves. En suma, se pretende una respuesta moderada y equitativa, que dirija la acción hacia donde es necesario hacerlo, y no la disperse sobre todo el universo de los adolescentes y jóvenes.

Diré aquí que durante mucho tiempo se manejó este asunto como una vertiente de la inimputabilidad, asociándolo así con el problema del discernimiento acerca de las características morales y/o jurídicas de la conducta. En este error incurrimos reiteradamente. Pero no se trata de fijar la capacidad de entender y de querer de los infractores. Si fuera esto, habría que examinarlos uno a uno, y seguramente se llegaría a la incriminación de la gran mayoría por encima de edades sumamente reducidas, o bien, se acabaría por excluir, tabla rasa, a todos los integrantes de cierta franja de edad, como hoy sucede, calificándolos de inimputables en forma arbitraria, ficticia o convencional, aunque en rigor sean imputables —capaces

de entender el carácter ilícito de su conducta y conducirse de acuerdo con dicha comprensión— y se sepa que lo son.

De lo que se trata, en realidad, es de precisar la necesidad y conveniencia de incriminar a los menores y sancionarlos con penas, habida cuenta de dos consideraciones determinantes: los propósitos que persiguen y obtienen la incriminación y la punición, por una parte, y los objetivos y métodos que el Estado adopta para el trato de la juventud, por la otra. En suma, el tema de la incorporación a las filas de los inculpatos es más de política social que de imputabilidad penal. La pregunta primordial es: ¿cómo conviene tratar a los individuos ubicados entre determinados extremos de edad, que incurrir en una conducta penalmente típica?

Hace poco más de diez años propuse, al igual que otros interesados en este tema, una solución intermedia, conciliadora de bienes sociales contrapuestos: seguridad pública y desarrollo de la juventud. Esa solución suponía conservar la exclusión penal de la gran mayoría de los sujetos de entre 16 y 18 años, y admitir solamente la incorporación de quienes fuesen responsables de los más graves delitos, que no son la regla, sino la excepción, en el conjunto de los perpetrados por infractores de aquella edad. Se trataba, pues, de admitir un método de regla-excepción, no sustentado ni en la imputabilidad ni en la peligrosidad del infractor.

La peligrosidad del sujeto acreditada por su conducta, asunto que propone tan delicadas cuestiones y promueve tan enconados debates, queda completamente fuera de consideración para establecer el ingreso de aquél al espacio de la represión penal. No quiero decir, y lo destaco, que el derecho penal deba abandonar —o siquiera pueda dejar— el concepto de peligrosidad, que se filtra a través de diversos eufemismos legislativos. Sólo indico que se soslaya por ahora, para evitar que un tema ya colmado de aristas se contamine con problemas adicionales que es posible y debido eludir.

En cuanto a la inimputabilidad, ésta funcionaría aproximadamente bajo la misma forma en que ya opera sobre los adultos comunes: a título de causa que excluye el delito o la responsabilidad, como se prefiera, pero no desvirtúa la naturaleza ilícita del hecho —cosa que importa profundamente para los fines de la reparación de daños y perjuicios— y en todo caso impide la imposición de penas, aunque no la de medidas de carácter pedagógico o terapéutico.

En 1983 se llevó adelante la más importante reforma penal habida desde 1931 hasta el presente. Esta afirmación se sustenta en el hecho de

que aquella reforma, que tocó numerosas instituciones fundamentales del derecho punitivo, varió a fondo la orientación general de éste y lo incorporó con claridad en las mejores corrientes del penalismo contemporáneo. Ahora bien, ni el anteproyecto del Instituto Nacional de Ciencias Penales, de 1979, ni el Código de Veracruz —derivado de aquél— de 1980, ni el anteproyecto de Código Penal Federal y para el Distrito, de 1983 (que ha sido una especie de “texto cantera” para la reforma penal realizada en ese año y en los subsecuentes), ni las modificaciones habidas entonces, abordaron el problema de la edad de ingreso al derecho penal.

Las sugerencias a las que arriba me referí, con el objetivo de crear una solución razonable al imperioso problema de la criminalidad juvenil en especies delictuosas graves, se recogieron en el anteproyecto del Código Penal de 1992. En su artículo 12, colocado en el capítulo sobre “Aplicación de la ley con relación a las personas”, ese texto señala que las disposiciones del ordenamiento penal se aplicarán a los mayores de 16 años y menores de 18, cuando cometan los delitos previstos en diversos preceptos a los que se hace remisión expresa (veintisiete preceptos en total, que comprenden mayor número de tipos penales) y “se acredite plenamente por la autoridad competente que el menor posee la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de conducirse de acuerdo con esa comprensión”. Se reitera innecesariamente, pues, la descripción de la imputabilidad penal que resulta de la fracción VII del artículo 29 del anteproyecto.

El primer extremo, esto es, el correspondiente a los delitos cometidos, sigue la equivocada —o en todo caso innecesaria— tendencia adoptada en 1991 y recogida en 1993 por las reformas procesales de este año, acerca de delitos graves para efectos de exclusión de la libertad provisional: enumerar preceptos en vez de atenerse a determinada entidad o cuantía de la sanción. En ésta se refleja la medición legislativa sobre la gravedad del delito. La referencia a la imputabilidad corresponde a la noción reconocida por la reforma de 1983 en la fracción II del artículo 15 del Código Penal. Una vez reunidas estas condiciones, se prevé imponer al agente “hasta la mitad de las penas o medidas de seguridad previstas para el delito de que se trate” (artículo 80).

Esta técnica apareció considerablemente mejorada en la primera versión del proyecto de Código Penal para el Estado de Morelos, de 1995-1996. El artículo 15, constitutivo del capítulo sobre “Aplicación de la ley en relación con las personas”, manifestó que se sancionará a los mayores



de 16 años y menores de 18 “cuando actúen en condiciones de plena imputabilidad y se trate de delito al que corresponda, en su término medio, una sanción superior a diez años de prisión”. Como se ve, ya no hubo relación de preceptos, sino invocación de una regla genérica que expresa la gravedad que el legislador asigna a los delitos, y tampoco existió reproducción del concepto de imputabilidad, sino reenvío al correspondiente supuesto de exclusión del delito o de la responsabilidad. No era necesario, sin embargo, reiterar la exigencia de imputabilidad, que constituye un presupuesto general aplicable a los sujetos de la norma penal. En una versión posterior del proyecto se retornó a la exclusión lisa y llana de los menores de 18 años.

El tema de la inclusión de los menores en el ámbito subjetivo de la ley penal volvió a considerarse dentro de la propuesta de Ley Federal contra el Crimen Organizado, iniciativa presentada en 1996. Se trató de un proyecto sumamente controvertido, plagado de puntos cuestionables. Entre éstos figuraba el régimen de los menores de entre 16 y 18 años, sujetos al sistema penal si incurrieran en conductas previstas como crimen organizado. En el debate que suscitó aquel preocupante proyecto, el tema de los menores ocupó un lugar destacado. Numerosas opiniones se elevaron para rechazar esta solución.

### III. LAS RAZONES DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO

En este punto, que posee la mayor importancia para definir el rumbo del enjuiciamiento de menores y sus rasgos característicos, es preciso formular algunas consideraciones generales acerca del papel que cumple el Estado contemporáneo en diversos extremos. Hoy se discute la relación y los espacios de actuación del individuo, la sociedad y el Estado. La idea de que incumbe al Estado equilibrar, con su “mano visible”, los desequilibrios y las inequidades generados por la “mano invisible”, condujo a un creciente protagonismo del poder público, que a partir de su función de autoridad “neutral”, es decir, conductor, promotor y juzgador, principalmente, devino autoridad “comprometida”, y se constituyó por ello en educador, empleador y empresario, entre otras cosas.

El Estado a cargo del equilibrio y beneficio —esto es, equilibrador y benefactor— debió advertir y definir los campos sociales del desequilibrio, moderar en la legislación sustantiva los factores de éste (a partir de la creación de derechos y obligaciones desiguales para individuos o sec-

tores —o individuos representativos de sectores— también desiguales) y establecer un trato procesal adecuado a esos conceptos y proyectos. Todo ello condujo a redefinir las abstenciones y las acciones, y a revisar los fundamentos de esta conducta política y moral en cada hipótesis reservada o recuperada para el quehacer del Estado.

Ese modo de ver y de hacer las cosas se proyectó, como es perfectamente sabido, a la relación entre trabajadores y patrones, terratenientes y peones, arrendadores y arrendatarios, productores y consumidores, etcétera. Pero no se contuvo en estos ámbitos, los más vistosos y apremiantes. Llegó al derecho aplicable a la conducta antisocial y sus remedios jurídicos. Fue así —dicho sea en forma muy general— que el Estado gendarme, fiscal, juez, verdugo, se constituyó, mejor todavía, en Estado regenerador, redentor, rehabilitador, readaptador social.

Aquello —ser apenas persecuidor— apareja cierta acción mecánica y abrumadora, vinculada con la noción retributiva de la pena. En cambio, esto —ser readaptador— trae consigo una acción de estilo o espíritu distintos: probablemente más piadosa o solidaria, pero en todo caso más intervencionista.

Lo que sucedía en el supuesto de los adultos delincuentes, donde el *ius puniendi* se rehizo como *ius readaptandi* —al menos en el terreno de las ideas, porque en el de la práctica la diferencia fue apenas perceptible, si es que la hubo—, ocurrió también en el de los menores. Aquí la acción del Estado derivó de una doble fuente. Por una parte, la misma que en el supuesto de los adultos: la versión evolucionada del derecho al castigo, que en el caso de los menores se resumió como *ius corrigendi*, tomada la noción del derecho civil familiar. Por otra parte, la correspondiente al equilibrio entre intereses contrapuestos, que puede desembocar en la supresión o radical modificación de uno de ellos. En la especie se trataba del encuentro entre las potestades paternas, un derecho natural, casi inviolable, y los derechos del menor, en tanto individuo en desarrollo, a contar con una conducción eficiente y honorable, otro derecho natural, que debía ser inviolable.

En fin de cuentas, el derecho aplicable a los menores infractores constituyó una manifestación discreta del derecho social, al que se llamó “nuevo” derecho hace una centuria, y al que hoy se mira, desde la perspectiva liberal, como un derecho antiguo.

En México se indagó la forma de justificar la intervención del Estado en la corrección de los jóvenes infractores, sin atribuir a éstos la condi-

ción de delinquentes. Para tal fin se estableció la versión de que el Estado sustituye a los padres o tutores inexistentes, deficientes o contraproducentes en el desempeño de sus poderes paternos o tutelares. De aquí surge el “juez paternal”, invocado en algún momento de nuestra evolución jurídica, y de aquí mismo procede la designación, que se sostuvo durante veinte años, de los consejos “tutelares”. La versión tutelar del Estado se apoyó en la legislación civil misma, no apenas en la destinada a los menores infractores. La del Distrito Federal estableció, expresamente, el condicionamiento de los poderes paternos y tutelares en función de las normas de la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil, de 1928 —la Ley Villa Michel—, sucedida por diversos ordenamientos: causahabientes de aquélla ante la legislación civil.

Es así como el poder paterno tiene una frontera, y en ella comienza, por subrogación del Estado, la potestad tutelar de éste: la conducta antisocial de los sujetos a patria potestad o tutela ordinaria, que pasan a quedar sometidos, como consecuencia del episodio delictuoso que revela la inidoneidad de las autoridades familiares del régimen civil, a una patria potestad o tutela con diferente titular y contenido semejante, ya en pleno régimen correccional. En éste se magnifica el derecho a corregir, pero no se sustraen los deberes de educar, vestir, alimentar, curar y alojar. Dicho nuevo titular de antiguos derechos y deberes es el Estado, con atuendo de tribunal, centro de observación e institución reeducadora.

La jurisprudencia mexicana contribuyó a formalizar la idea tutelar del Estado. Para ello sostuvo el texto de la ley civil y le reconoció, generalmente, ciertas consecuencias naturales. A menudo figuró entre éstas la afirmación de que el Estado no actúa como autoridad pública cuando toma a su cargo el juzgamiento y el tratamiento de un joven infractor, sino sólo sustituye al padre o al tutor, hace sus veces; se transfigura. En tal virtud, resultaba improcedente el control constitucional de amparo.

El derrotero tutelar de nuestra legislación se afianzó bajo la reforma constitucional de 1965 a propósito de los menores infractores. La ley penal constitucional, cuidadosa en el abordaje del delito, el juicio de adultos y la pena de prisión, había descuidado los temas supervenientes del control social sancionador, a saber, el estado de peligro, el procedimiento de menores y la medida de seguridad. En este sentido, la presentación del tema penal en la Constitución correspondió a los parlamentos clásicos, al paso que esa misma presentación en la ley secundaria de 1929 y 1931 quiso corresponder a los positivistas.

El vacío no se ha llenado, y seguramente no se llenará en lo que atañe a estados peligrosos. Empero, en 1965 se estatuyó la autonomía del tema de menores infractores. Estos pasaron a ser sujetos del sistema constitucional, bajo un texto que no se ha modificado, pero hoy se interpreta —supuestamente— en forma distinta de la que ayer prevaleció. En el curso de treinta años, las mismas palabras pasaron a tener significado diferente.

El artículo 18 estipula que “la Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores” (cuarto párrafo). Una lectura trivial de esta cláusula, que se ha hecho con frecuencia, haría suponer que al hablar de “instituciones” el Constituyente apenas se retiró a “establecimientos”, es decir, a lugares de internamiento o reclusión.

Es cierto que en otras porciones del mismo precepto se alude a sitios para el cumplimiento de la pena de prisión o el alojamiento en prisión preventiva. Sin embargo, también se hace referencia a nociones mucho más generales y penetrantes, como es la de “sistema penal”. Así pues, las prisiones no son el único asunto de aquel precepto. Si el legislador sólo hubiera querido instituir “cárceles para niños”, tal vez habría agregado una mención en el segundo párrafo, hasta integrar el elenco de los reclusos: hombres, mujeres y menores de edad, todos ellos subordinados al propósito de “readaptación social”, sin necesidad de una redundante invocación del tratamiento.

Es preciso desbordar esta lectura estrecha y asegurar que en dicho párrafo del artículo 18 se establece lo que verdaderamente se estaba requiriendo y necesitando, es decir, las bases para un orden jurídico diferente, con su catálogo propio de conceptos y figuras. De tal suerte, hablar de “instituciones” no es una manera distinta de aludir a “prisiones” o “internados”, sino una forma de convocar aquéllas en el amplio sentido jurídico de la expresión. Así las cosas, aquí quedan comprendidas las instituciones de un derecho sustantivo, adjetivo y ejecutivo propio, y no apenas los ecos del derecho penal de adultos, reducido a la escala física de los menores.

No deja de llamar la atención que a despecho de la corriente penalizadora, represiva, que ha dominado últimamente en el campo de nuestra legislación para menores, la reforma constitucional de 1993 —que trajo bienes y males a la ley fundamental— no hubiese aclarado la aplicación a los menores de las normas procesales para adultos, asunto largamente discutido y todavía no zanjado del todo en favor del derecho penal espe-

cial. En contraste, el proceso reformador de aquel año, tan nervioso y apresurado, confesó su propósito de ampliar garantías: por eso el artículo 18 incluyó derechos del indiciado y del ofendido (aunque redujo el derecho de éste a la reparación, a cambio de iluminar el derecho del Estado a la multa).

Se ha formulado una curiosa antinomia entre lo que se designa como orientación “tutelar” del régimen para menores infractores, y lo que se denomina orientación “garantista” en este mismo campo. El dilema que a partir de aquí se construye es absolutamente falso, producto de una confusión flagrante. Los patrocinadores de la antinomia quieren decir, de buena fe inclusive, que por un lado existe cierto derecho de signo supuestamente tutelar o paternal, que priva de garantías a sus destinatarios menores de edad a cambio de tratarlos como pacientes de ciertas dolencias, al paso que por otro lado prospera un derecho de signo supuestamente “garantista” —rara palabra, entre atroz y pintoresca, para decir lo que en castellano se denomina “garantizador”—, cuya virtud es dotar de garantías, en el sentido procesal de la expresión, a esos mismos destinatarios.

El error proviene, pues, de oponer tutelar o garantista, es decir, cavar un abismo entre tutela y garantía. Es obvio que estos dos conceptos son perfectamente compatibles entre sí. Más aún, debieran serlo en cualquier caso, pero sobre todo en éste. Se pierde de vista que la diferencia no reside tanto en la exclusión o la inclusión de garantías procesales, que desde luego son importantes e indispensables, sino en el sentido profundo de la reacción del Estado. La verdadera oposición existe entre un derecho para menores infractores de orientación tutelar y otro de orientación punitiva. ¿De qué se trata entonces: de mantener a los menores de edad bajo ordenamientos propios, con categorías *sui generis*, pero no despojadas de garantías consecuentes con los sujetos y los temas que se manejan en ese orden autónomo, o de reinstalarlos en el sistema penal, bajo el texto de una ley punitiva especial?

Esa es la verdadera antinomia. En este punto, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de 1991, inicia el retorno de los menores al derecho penal. Así es, no obstante las voces de algunos de sus panegiristas, que aseguran que esa ley penal sigue siendo tutelar.

Acepto, sin embargo, que habría lugar para el dilema que a menudo se ha planteado, si montamos la idea de un derecho tutelar sobre el con-

cepto de peligrosidad sin delito, o mejor dicho, sin conducta penalmente típica. Convengo en que hemos caído en esta posibilidad. Ello llevaría a reconducir el derecho tutelar, que no es lo que pretendo, hacia un sistema estrictamente terapéutico o educativo, de ingerencia estatal prácticamente libre, como efecto de situaciones sólo irregulares, marginales, opositoras o extravagantes, y no de comportamientos lesivos actuales.

#### IV. EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Si se hubiese revisado con cuidado, no digo ya en su espíritu, sino meramente en su letra, la ley que creó los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito Federal, de 1973, el más apresurado lector advertiría que ésta introdujo en el sistema procesal una serie de derechos que no existían en su antecesora de 1941. La crítica al ordenamiento de 1973 es desconcertante, por decirlo de alguna manera: más que corresponder a aquél, parece destinarse a la Ley de los Tribunales para Menores que fue relevada por la de Consejos Tutelares.

En la de 1983 se planteó, es cierto, un asunto delicado y discutible, que difícilmente prosperaría hoy: la admisión del supuesto de peligro —o inclinación a causar daños, todavía no actualizados— para conferir competencia a los Consejos. Se incurrió también en una omisión importante: la referencia a una edad inicial para la intervención de estos órganos, que sólo se previno en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Por supuesto, en la Ley de Consejos Tutelares hubo garantías procesales. Se reflejaron en la presentación de los menores, su defensa, la fijación suficiente y oportuna del tema de procedimiento, la impugnación de resoluciones, la intervención de los padres, etcétera. No hubo —también es cierto, pero sin duda plausible—, participación alguna del Ministerio Público y la policía judicial, ni siquiera bajo la foránea y oscura capa de “comisionados”, producto de llevar la noción de parte procesal a extremos tan controvertibles. Tampoco ocurrió la conversión de las medidas para menores en penas para adultos.

No es posible analizar aquí todas las diferencias entre el derecho suprimido y el vigente, para ventaja o desventaja de cualquiera de ellos: el anterior derecho tutelar con su aparato de garantías, o el actual derecho penal especial, con el suyo. Sólo me referiré a un tema que posee especial importancia: la integración de los órganos jurisdiccionales. De esta com-

posición derivan o derivarán no pocas consecuencias, que a su turno darán el perfil y el sentido al sistema procesal en su conjunto.

Dos palabras acerca de la formación de los órganos jurisdiccionales. Observemos, primero, que contra la tendencia del pasado, más o menos manifiesta, a “judicializar” la solución de los conflictos, milita la del presente, a instituir alternativas no jurisdiccionales para ese mismo propósito. Esta es una ruta conveniente. Como existe un derecho penal “mínimo”, debe existir una jurisdicción mínima —o bien, “minimizada”—. Desde luego, no estoy aludiendo solamente a los temas de la conducta penalmente típica, sino a todo género de controversias.

Hecha esta precisión, me referiré al remanente jurisdiccional, para el que es preciso instituir órganos de esta naturaleza. Aquí figuran los entes absolutamente públicos, constituidos por juzgadores profesionales y permanentes, y los semipúblicos, que admiten integrantes tomados del pueblo, como sucede en el jurado y en el escabinado. Desde otra perspectiva, hay órganos que se componen sólo con titulares juristas, y los hay que se constituyen con titulares de otras procedencias, profesionalmente calificados, además de los juristas.

Finalmente, existen tribunales imparciales y parciales, dicho esto en función de las características de sus componentes: parciales son aquellos en que intervienen juzgadores que representan a cierto sector de la actividad social concurrente ante la jurisdicción, aunque no representan, en modo alguno, a los justiciables individualmente considerados, ni están facultados para apartarse de la ley en aras de la conveniencia sectorial. Estos casos se muestran, sobre todo, en el proceso social: así, las antiguas comisiones agrarias mixtas y las juntas de conciliación y arbitraje.

En el enjuiciamiento de los menores infractores prevalecieron, primero, los órganos jurisdiccionales ordinarios, como sucedió en el terreno del proceso social. La especificidad de los justiciables, más todavía que de la materia controvertida, determinó la aparición de jueces especializados para el juzgamiento de menores infractores. Ahora bien, la más importante transformación de estas jurisdicciones ocurrió cuando se puede percibir que el carácter tutelar de los tribunales, del procedimiento y de las medidas aplicables, requería una organización diferente. Era preciso reflejar en el tribunal mismo, no apenas en el procedimiento, el cuidado integral por el sujeto justiciable, y no la atención exclusiva —o dominante— puesta en el hecho ilícito y la participación delictuosa.

Así las cosas, la justicia de menores devino plural, como otras jurisdicciones punitivas, y pluridisciplinaria, a diferencia de las restantes. Habían llegado a las cortes penales y a las prisiones los profesionistas de “bata blanca”, que disputaron la preeminencia a los profesionistas de “toga negra”. En los órganos para menores infractores se conciliaron los extremos. Quedaron compuestos con un juez licenciado en derecho —que luego sería consejero jurista— y dos jueces con profesiones diferentes: pedagogo, psicólogo, médico.

La integración multidisciplinaria enriqueció notablemente la capacidad del tribunal —o del consejo tutelar, en su momento— para entender el comportamiento del menor, comprender la función tutelar del órgano y actuar en consecuencia. Es pueril suponer que esa composición bloqueó la aplicación del derecho y convirtió a los tribunales en organismos de conciencia o clínicas de la conducta. Si hubo deslices en este sentido, no correspondieron jamás a la estructura de los tribunales, sino a desviaciones en su funcionamiento, exactamente como las que pueden ocurrir, cualquiera que sea su sesgo, en tribunales constituidos exclusivamente por juristas.

La legislación de 1991 se ha dejado llevar por el prurito de penalizar lo penalizable —que es, por cierto, todo— en la composición y operación de los consejos para menores, de cuyo nombre se suprimió, asépticamente, la palabra “tutelares”. En una de tantas manifestaciones de esta decisión penalizadora, dispuso que aquéllos quedaron constituidos solamente por licenciados en derecho. De regreso al pasado, los antiguos integrantes médicos, psicólogos o maestros volvieron a ocupar, como en las jurisdicciones ordinarias, el sitio del perito: auxiliares de la función jurisdiccional, no titulares de ésta. En consecuencia, participan en el estudio clínico, pero no conducen la instrucción; formulan los dictámenes, pero no las ponencias; responden a las preguntas de los juzgadores, pero no deliberan con ellos, y finalmente se retiran de la sala en silencio cuando llega el momento de pronunciar sentencia, en la que tampoco intervienen.

No hay duda sobre la necesidad de acreditar a los menores garantías de enjuiciamiento, que preserven la seguridad jurídica y la justicia. Pero tampoco debiera haberla sobre la impertinencia de entender que estos infractores, sustraídos de la acción punitiva ordinaria del Estado, deben regresar a ella, a título de adultos de escasa talla, y de que sus tribunales y procedimientos deben remedar exactamente la figura y el estrépito de las cortes y los procesos penales.



Hay que buscar soluciones específicas más razonables, antes de que los menores infractores se reinstalen en el lugar que abandonaron hace cien años. Para ello es necesario, entre otras cosas, abandonar el falso dilema entre un derecho tutelar y un derecho garantista (*sic*), y advertir que el verdadero dilema se localiza entre la orientación tutelar y la penal de los quehaceres del Estado dirigidos a los menores infractores.

## LA JUSTICIA PENAL PARA MENORES INFRACTORES EN MÉXICO\*

No me propongo hablar aquí de lo que hace el Consejo de Menores Infractores, de su práctica, de su acción cotidiana, o de los trabajos que cumple la dirección encargada de la prevención del delito. Todo esto es mejor conocido por ustedes que por mí. Aprecio y respeto a los funcionarios de la Secretaría de Gobernación y del Consejo que tienen a su cargo tan delicada empresa social, jurídica y moral. Son ellos —no yo— quienes podrían describir estas tareas. Estoy seguro de que quienes trabajan en este ámbito sabrán resolver, con empeño, entusiasmo y competencia, dentro de la legislación vigente, muchos de los problemas que plantea la justicia para menores infractores.

Me referiré, más bien, a lo que es esa justicia desde el punto de vista del ordenamiento expedido en 1991, que sustituyó a la Ley de los Consejos Tutelares de 1973. En consecuencia, abordaré un tema al que se podría denominar “La justicia penal para menores infractores”. En efecto, nos hallamos ante un sistema de justicia penal. Abordar un asunto de estas características, exige ubicar el tema en su circunstancia, en su contexto. Hablar simplemente de la justicia penal o de la justicia tutelar, de la readaptación o de la reinserción social, de la prevención del delito o del tratamiento de los infractores, sin referirnos a todo aquello que provoca y rodea las acciones públicas y sociales en este ámbito, es abordar el tema a medias, negarse a explorar sus raíces y arriesgarse, por lo tanto, a ignorar su sentido profundo, su horizonte y sus propósitos.

En mi concepto, la justicia penal para menores infractores, o bien, si se prefiere, simplemente la justicia para menores, debe examinarse dentro del contexto real que tenemos ahora y también dentro del contexto previsible para los años por venir. Esta justicia es un espacio más en el encuen-

\* Ponencia en el ciclo de conferencias “Actualización en materia de impartición de justicia de menores infractores. Programa anual 1996”, en el Consejo para Menores Infractores del Distrito Federal, México, D. F., 26 de noviembre de 1996. La intervención correspondiente se encuentra publicada en *Anuario 1996*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1997, pp. 45-67.

tro entre el ser humano y el poder público, esto es, el encuentro entre el individuo de carne y hueso, un hombre concreto, y ese personaje majestuoso y poderoso que hemos construido con la fuerza de nuestra voluntad y nuestro pensamiento, al que llamamos Estado. Por lo tanto, si queremos entender y comprender qué son la justicia, el derecho penal, el derecho tutelar, la prevención del delito, el tratamiento del delincuente, tenemos que preguntarnos por el rumbo que lleva la relación entre el Estado y los ciudadanos. Por supuesto no voy a convertir esta plática sobre justicia de menores en un tema de teoría del Estado, ciencia política o derechos humanos, pero no puedo evitar referirme a las tareas del Estado, ni omitir una reflexión a propósito de las funciones que éste realiza.

El estado testimonial, espectador, exaltó la igualdad de todos los hombres ante la ley, la autonomía de la voluntad, la plena responsabilidad por los hechos propios, la solución jurisdiccional de los conflictos. En suma, se concretó a ver la contienda entre los particulares y a administrar la justicia a la manera de un árbitro. Ese antiguo Estado, que hoy se ha vuelto moderno o ultra moderno, no podría constituirse en tutor o en redentor. La función tutelar o redentora estaba confiada a otros agentes sociales, no al Estado.

Por fortuna, ese modo de ver las cosas decayó hace tiempo, y el Estado adquirió una nueva intención que lo condujo por rumbos diferentes. El Estado social, el Estado de justicia, el Estado de bienestar, ciertamente respetó el principio de igualdad, pero supo reconocer que tras la formal igualdad de los hombres ante la ley, puede y suele haber una desigualdad real. Por lo tanto, lo importante es la verdadera igualdad material, y no simplemente la supuesta igualdad de carácter formal. Así, el Estado social o de bienestar corrige los excesos a los que puede conducir el principio de la autonomía de la voluntad y admite la posibilidad de intervenir o influir en la vida social —de la que forman parte los procesos en que se resuelven las controversias— para ejercer en ellos cierta acción bienhechora. Por lo menos, ese es el propósito, ese es el proyecto en favor de ciertas categorías de justiciables. El Estado interviene en bien de los trabajadores en la justicia obrera, y de los campesinos en la justicia agraria. El mismo Estado también se constituye en tutor de los menores en la justicia destinada a los infractores.

Estas dos versiones acerca del Estado en su relación con el ser humano tienen una profunda influencia sobre el sistema penal. Por aquí hay que empezar para entender y comprender dónde estamos, por qué y

cómo; y hacia dónde nos dirigimos. Bajo la fórmula del antiguo y ahora renacido Estado espectador y gendarme, resulta desde luego inconsecuente la idea de un poder público corrector o tutor. En aquél destacan conceptos que han vuelto a dominar: delito, delincuente, tribunal, proceso, sanción. Este es el acervo de conceptos que maneja con predilección el Estado espectador.

En cambio, para el Estado social, el Estado de bienestar, son familiares otras nociones. Las ideas y preocupaciones de tutela o protección constituyen principios absolutamente naturales y deseables para el Estado tutor. En éste, con un mayor compromiso moral, prevalecen los conceptos de falta, protección, infracción, consejo, tratamiento, medida. Por supuesto, no se trata solamente de conceptos o criterios nominales, sino de asuntos de fondo. Cuando se habla de tutor, se está hablando precisamente de eso, y no de una manera distinta, un eufemismo, para designar al juez penal o al fiscal; cuando se alude a infractor, de eso se trata justamente, y no de una forma diversa de referirse al delincuente. Una cosa es la realidad y otra el disfraz que la oculta o disimula, las vestiduras de las que todavía se sirve alguno de los conceptos autoritarios o punitivos para ocultar su verdadera naturaleza y sus más hondas intenciones.

Es en este punto donde aparece una antinomia, que seguramente durará por mucho tiempo, ante quienes se ocupan de estas cuestiones: la antinomia entre lo tutelar y lo garantista, es decir, la oposición entre el concepto tutelar de la justicia para menores y el concepto garantista de esa misma justicia. Lo que aquí se plantea es de nueva cuenta uno de los aspectos de la relación entre el individuo y el poder formal. A este respecto surge una pregunta natural: ¿es admisible que se prive de derechos a una persona —el menor de edad— so pretexto de tutelarla? A partir de la respuesta que se aporte a esta pregunta se quiere construir una oposición entre lo tutelar y lo garantista.

Tenemos, pues, dos extremos hipotéticos, al menos para los fines de esta discusión. En el primero se halla el sistema tutelar. Ahora bien, ¿a qué se llama un sistema tutelar? Se denomina así un sistema de acción pública sobre el individuo, que supuestamente cancela sus derechos: a la seguridad, a la libertad, a la igualdad; y en cambio asume tareas providenciales, en materia de educación, corrección o salud. Según los adversarios de este régimen, en él no existe verdadera preocupación por los derechos fundamentales de la persona humana, ni prevalecen las garantías en favor de ésta, sino se vale de conceptos providenciales como correc-

ción, tutela, beneficio, orientación, mejoramiento, para desvaler al individuo de sus derechos.

Hablemos ahora del extremo opuesto —supuestamente opuesto—, es decir, de la orientación garantista. Por cierto, con esta palabra advenediza se quiere decir “garantizador”. El llamado garantismo implica una acción pública sobre el individuo, el justiciable, en la que se mantienen invariables sus derechos, sin tomar en cuenta la edad, el estado de salud o cualquier otra diferencia que pudiera existir entre las personas. Son uniformes las garantías de seguridad, libertad, igualdad.

Esa es la antinomia hipotética. Unos se afilian a la corriente tutelar; otros, a la garantista, como si esta oposición verdaderamente existiera. La verdad es que no existe. Aquí hay un falso dilema o un par de falsos dilemas. El primero de ellos se produce cuando oponemos lo garantista a lo tutelar. He ahí el primero de los dogmas con el que generalmente comulgamos. Pero esto es tan falaz, tan inexacto, tan impertinente como oponer lo blanco a lo alto o lo negro a lo bajo. Se trata de oposiciones que no se tienen en pie; son erróneas; estamos contraponiendo entre sí conceptos heterogéneos. Lo garantista no se opone a lo tutelar, sino a lo no garantista. El que haya garantías se opone a que no haya garantías; y lo tutelar no se opone a lo garantista sino a lo penal.

Esa es la verdadera disyuntiva: garantista o no garantista, penal o tutelar. Es evidente que el régimen tutelar puede proveer de derechos, numerosos e importantes derechos, al justiciable, y seguir, sin embargo, administrando justicia con una orientación tutelar y no con una orientación punitiva. Me parece que esto esclarece y resuelve el primer falso dilema que hemos escuchado con mucha frecuencia.

El segundo falso dilema resulta de considerar que los derechos individuales, los derechos del individuo, son siempre los mismos, exactamente los mismos por encima de las situaciones en que deban operar, y por lo tanto la antinomia es ésta: o hay garantías o no las hay, sin aceptar la posibilidad —por lo menos eso, la posibilidad, para efectos de reflexión— de que haya garantías, aunque quizá diferentes, en cierta medida, según la situación en la que se encuentre inmerso el individuo. Por ejemplo, las garantías de que disfruta un justiciable del fuero civil son diversas de las que tiene un justiciable del fuero laboral. Por supuesto, hay derechos y garantías básicas o fundamentales, comunes a ambos fueros, pero las hay diferentes para cada uno de ellos. En un caso, *verbi gratia*, no se

permite la suplencia de la queja; en otro, se exige esa suplencia. Baste ese botón de muestra.

Por lo tanto, la admisión atropellada, excesiva, ligera, acrítica, de estos dilemas, sin meditación sobre lo que implica cada uno, puede llevarnos —y de hecho suele llevarnos— a trastocar inconvenientemente la naturaleza de las cosas y entrar en soluciones indeseables. Una de estas soluciones, yo diría desnaturalizadora, porque desvirtúa la naturaleza de las cosas, es instituir una justicia penal para menores que se hallan supuestamente excluidas de la justicia penal, disfrazando el hecho, la penalización de los menores, con un discurso de distracción. De esta manera se erige una “justicia que no se atreve a decir su nombre”, una justicia penal que no se acepta como penal, pero que tampoco se admite como tutelar, una justicia a media vía, que no se atreve a decir lo que es.

Dos palabras sobre el desarrollo histórico de estos temas. Ha habido muchos esfuerzos, muy prolijos e intensos, para liberar a los menores del derecho penal a través del tema de la imputabilidad. El asunto no es propiamente de imputabilidad, sino de política social. Si fuésemos a resolver el tema de los menores infractores a base del concepto de imputabilidad, es decir, capacidad de entender y de querer, tendríamos que someter a los sujetos a un examen individual, tendríamos que resolver casuísticamente las situaciones; o bien, deberíamos partir de una tesis insostenible: la de que carecen de imputabilidad muchos individuos que realmente la tienen, porque son capaces de entender y de querer.

En rigor, aquí no se trata de imputabilidad o no imputabilidad, sino de política social. Lo que se pretende es precisar qué conviene hacer con los individuos de cierta edad: ¿es conveniente y juicioso tratar a los menores de edad como adultos para efectos penales, o no lo es? Y si arribamos a la conclusión de que lo es, luego deberíamos preguntarnos en qué medida les aplicaremos el trato penal previsto para los adultos. Pero si llegamos a la conclusión contraria y consideramos que no lo es, inmediatamente surgirán otras interrogantes: ¿cómo habría que tratarlos?

Todo ello implica resolver, previamente, qué entendemos por menor de edad; a quiénes consideraremos bajo esta categoría; y a quiénes administraremos, por ende, un tratamiento diferente o matizado. ¿Hay un *ius* distinto del *ius puniendi*, con el que debemos manejar ciertos casos? El *ius puniendi* que naturalmente se aplica a los adultos ¿se va a aplicar también a estos individuos que queremos sustraer del ámbito punitivo del Estado? Y si se sustrae a estas personas ¿cuál es el *ius* que les aplicaremos?

¿Un *ius corrigendi*? ¿Va a tener éste las mismas características que el *ius puniendi*?

Todas estas preguntas tienen que ver con los grandes trabajos para extraer a los menores del ámbito penal. La respuesta a estas preguntas ha implicado un enorme esfuerzo histórico, que se podría desdoblarse en dos grandes capítulos. Primero, lo que yo llamaría el proceso constructivo de un sistema jurídico especial para menores infractores. Este proceso de construcción de un sistema jurídico —por lo tanto social, y por ende político— especial para menores infractores, implica ciertas medidas: una de ellas es la elevación de la edad de ingreso de los menores, no a la imputabilidad, sino al ámbito de validez subjetiva de la norma penal, se eleva constantemente. Esta edad, que alguna vez fue de 9 años en el derecho histórico mexicano, llegó a ser de 18 años a lo largo del proceso de construcción de un sistema jurídico especializado.

En segundo término, observemos la formación de un derecho específico destinado a los menores infractores, consecuencia de su exclusión real —no meramente nominal, verbal, retórica— del sistema penal para adultos. Si los menores salen del ámbito de unas normas y unas instituciones, deben establecerse otras normas e instituciones para recibir este nutrido ejército de quienes ayer fueron sujetos del derecho penal y hoy lo son de un derecho diferente, al que ya no llamaremos penal y que muchos se empeñan esforzadamente en seguir denominando tutelar o correccional.

Eso es, dicho en líneas muy generales, por supuesto, el primer capítulo del ejercicio histórico: un proceso constructivo. Viene luego el segundo capítulo: un proceso destructivo del sistema jurídico especial para menores infractores, que se da justamente con los elementos opuestos a aquellos que acabo de enunciar. Aquí se analiza, ante todo, el problema de la edad; sobreviene la reducción de la edad de ingreso de los individuos a ese ámbito normativo. Es obvio que si reducimos esa edad de ingreso, automáticamente incrementamos, acrecentamos, el universo de los sujetos de la justicia penal.

La segunda cuestión que viene al caso en este proceso destructivo es la reincorporación de los menores infractores en el derecho penal, es decir, en las categorías básicas del derecho penal. No me refiero a un encuadramiento de estos sujetos en los códigos penales, artículo por artículo, palabra por palabra, letra por letra, sino al encuadramiento en las instituciones fundamentales o básicas.

Vuelvo a lo mencionado hace unos momentos. En México y en el mundo entero los menores salieron del derecho penal, como efecto de un enorme esfuerzo de racionalidad. Al ocurrir este egreso, aquellos sujetos fueron acogidos o recogidos en un sistema distinto, con un código natural diferente, ya no el Código Penal; y ese ordenamiento natural diferente tuvo su raíz o fundamento en el Código Civil, las instituciones de la familia, esto es, aquellas instituciones jurídicas que tradicionalmente han presidido el trato entre los adultos y los menores.

Tal fue el discurso del Estado tutor, establecido en el texto mismo del Código Civil, que aún se encuentra en vigor, por cierto. Se dijo entonces: la acción del Estado sobre los menores, cuando éstos infringen las normas penales, cuando se convierten en infractores, es una acción sustitutiva o sucedánea de la que corresponde en primera instancia a los padres o tutores. El Estado es paterno, tutelar, porque sustituye al padre o al tutor en el desempeño de la patria potestad o de la tutela, y por lo tanto en el ejercicio de sus deberes y sus derechos. En esta playa desembarcaron los menores que habían egresado, por fortuna, del régimen penal.

Veamos cómo se ha manejado este tema en nuestra Constitución. Es interesante, pese a todo, seguir pensando en la Constitución, saber qué dice, qué quiere, cómo rige, cómo se interpretan sus conceptos. Este es el fundamento de las normas tutelares. Hasta 1964, la Constitución mexicana no decía nada sobre este asunto; no existían los menores infractores en el diccionario constitucional. Los delincuentes existían desde 1917 —y desde mucho antes— en las leyes fundamentales históricas; los delincuentes sí, pero no los menores infractores; sin embargo, antes de que éstos ingresaran en el texto constitucional teníamos tribunales para menores —así se les llamaba— y procedimientos para estos infractores; los hubo, por supuesto, todo el tiempo hasta 1964.

¿Cómo se sorteó entonces esta laguna constitucional, o esta oscuridad en la ley fundamental? Se recurrió, según señalé, a la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en su función de potestad o de tutela. Este fue el manejo que se le dió a la cuestión por parte de la Suprema Corte de Justicia, en forma constante, o bien, en algunas ejecutorias notables que fijaron el rumbo de la jurisprudencia. Así llevamos las cosas, al amparo de cierta interpretación constitucional, hasta que fueron creados los tribunales administrativos. Recordemos: nuestra ley fundamental tampoco hablaba de tribunales administrativos, sino solamente de los tribunales judiciales, encuadrados en el Poder Judicial de la Federación. Sin embargo,



existía un Tribunal Fiscal de la Federación, y era más difícil justificar la existencia de éste que la de los tribunales para menores infractores, porque en aspectos fiscales el Estado no podía asumir la función de un padre de familia o de un tutor de sus pupilos.

Muchos tratadistas, muchos analistas, creyeron que bajo este rubro de los tribunales administrativos que refugiaba al Tribunal Fiscal de la Federación y a otros órganos semejantes, también se podía alojar el tribunal para menores infractores. Éste, como los administrativos, estaba ubicado en la porción del universo público que corresponde al Poder Ejecutivo, no al Judicial. Sin embargo es preciso tomar en cuenta cuál es la materia de los tribunales administrativos. Estos fueron creados para resolver los conflictos entre el administrador y los administrados, entre la autoridad y el ciudadano, entre el gobernante y el gobernado. Y esto que ocurre en el Tribunal Fiscal o en los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo, no acontece en el tribunal para menores, ni en los consejos tutelares, ni en los actuales consejos para infractores. Así las cosas, esta interpretación tampoco pareció muy afortunada.

Fue así como llegamos a 1964. Recordemos que en aquel año el presidente Adolfo López Mateos propuso una reforma al artículo 18 constitucional, que nada tenía que ver con menores infractores, sino con el sistema penitenciario nacional; trataba de favorecer, como lo pretendió Carranza en 1916, la posibilidad de llegar a entendimientos entre la Federación y los estados para que los reos comunes pudieran purgar sus condenas en establecimientos federales, creándose así un verdadero sistema penitenciario de alcance nacional.

La propuesta de López Mateos corrió con fortuna en la Cámara de Diputados, pero en ésta se quiso ampliar sus términos. Un voto particular de los diputados del Partido Acción Nacional —que en aquel entonces eran muy pocos, pero muy activos—propuso recoger en el artículo 18 los tratamientos específicos para otras categorías de infractores o delincuentes: las mujeres, los enfermos mentales, los menores, etcétera. Esta fue la nueva idea que aportó el voto particular a los trabajos parlamentarios. No prosperó la sugerencia de los diputados de Acción Nacional en su conjunto, pero sí en alguna de sus partes, y una de ellas fue precisamente la de los menores infractores.

Sin embargo, hay que considerar la diferencia que mediaba entre el proyecto de los diputados de Acción Nacional y el texto que finalmente acogió la comisión dictaminadora de la Cámara. En el proyecto de Ac-

ción Nacional se decía que los menores de edad que contraviniesen los preceptos de una ley penal serían mantenidos en establecimientos distintos a los que se destinan a individuos procesados o sentenciados, en la situación jurídica que les corresponda, conforme a resolución de la autoridad judicial competente.

En esta idea de los señores diputados de Acción Nacional en 1964, tenemos que considerar dos puntos, por lo pronto. Uno es la palabra establecimiento, que claramente alude a planteles, edificios, lugares de detención o de alojamiento, de educación o de corrección. El otro punto que conviene tomar en cuenta es el concepto de situación jurídica que les corresponde a los menores conforme a resolución de la autoridad judicial competente. Es decir, por primera vez aparece en el escenario del Constituyente mexicano la idea de que los menores infractores deben estar separados de los adultos, en cuanto a los establecimientos, pero no en cuanto a los actos de autoridad; aquéllos están sujetos a las autoridades y resoluciones judiciales, como lo están los adultos delincuentes. Es aquí donde aflora la versión penal de la acción del Estado sobre los menores infractores, contrapuesta a la versión tutelar, que entonces todavía sostenía el Estado mexicano, conforme a sus principios generales.

La comisión dictaminadora recogió, como ya dije, aquella propuesta de Acción Nacional, pero la modificó sustancialmente, la acomodó a los principios, las creencias, los valores de la justicia; destinada a los menores, según la idea que aún sostenía a este respecto el Estado mexicano, en una versión característica del Estado social, el Estado de bienestar. Así, el artículo 18 pasó a decir lo siguiente: “la Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para menores infractores”. No se dijo establecimientos, reclusorios, cárceles, escuelas, hospitales, planteles: todo ello es importante, pero no suficiente. Se aludió, en cambio, a instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. Esa fue la palabra Constituyente y ese sigue siendo el texto de la Constitución a propósito de actividades públicas o jurisdiccionales sobre los menores infractores. En la Cámara de Diputados se enfrentaron, pues, las dos posiciones, y prevaleció la de orientación tutelar.

Es preciso entender de qué se habla cuando se alude a la existencia de instituciones especiales para menores. En mi concepto, se trata de instituciones en el más amplio sentido jurídico de la expresión. En este concepto quedan abarcados los organismos llamados a conocer y resolver; las instituciones sustantivas, que regulan el contenido de las infracciones

atribuibles a los menores y las consecuencias legales de aquéllas; las instituciones adjetivas, esto es, los procedimientos dirigidos a la adopción de resoluciones; y las instituciones ejecutivas, o sea, las reglas de ejecución y los medios para este efecto: a veces verdaderos establecimientos, pero en la mayoría de los casos el propio hogar del joven, o un hogar sustituto, a los que no podríamos denominar establecimientos en el sentido penitenciario de la expresión.

Cuando el artículo 18 constitucional quiere hablar de prisión, dice prisión; que cuando quiere decir colonia penal, dice colonia penal; cuando pretende referirse a penitenciaría, alude a penitenciaría. En este caso, en cambio, utilizó otro concepto: instituciones. Dentro del contexto de la reforma de 1964, el Constituyente habló de instituciones para el tratamiento de los menores infractores con carácter sustantivo, adjetivo, orgánico, ejecutivo; es decir, instituyó un derecho propio para menores infractores, un derecho diferente.

Bajo la Constitución reformada se expidió una ley de tribunales para menores, que rigió desde 1941 y a la que sustituyó la Ley del Consejo Tutelar, derogada ya, que significó, en su momento, la culminación del proceso constructivo del derecho de menores infractores. Para entonces la corriente tutelar había ganado mucho terreno, aunque existían resabios de la vieja etapa penal, por ejemplo: se llamaba tribunal al órgano para menores infractores. El asunto fue materia de debate en un memorable congreso en el que participamos muchos de los aquí presentes: el Primer Congreso Jurídico sobre el Régimen del Menor en México, de 1973. Ahí rompieron lanzas las ideas tutelares y las antiguas concepciones penales. Y ahí prevaleció la idea tutelar con garantías, no sin éstas. Por lo tanto, quedó temporalmente en receso, agazapada, la idea penal. No murió, sino entró simplemente en receso, en estado de catalepsia. Despertaría de su sueño en 1991, a través de la ley penal especial que actualmente tenemos en el Distrito Federal.

El escaqueo reformador, la embestida contra la Ley del Consejo Tutelar, se inició con un anteproyecto de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Esto sucedió en 1991. El anteproyecto de ley, o mejor dicho, el anteproyecto de reforma legal de la Comisión Nacional de Derechos Humanos proponía modificar treinta de los sesenta y nueve artículos de la Ley del Consejo Tutelar. No prosperó el anteproyecto. Luego llegó la vigente ley de 1991, un ordenamiento total, completamente distinto del anterior, con 128 artículos más 7 transitorios.

El anteproyecto a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que no recoge la idea tutelar, sino la corriente penal, lo hace con una sinceridad, una claridad, que no tuvo ni tiene la ley de 1991. En su documento, la Comisión Nacional de Derechos Humanos dijo con sinceridad que la Ley para Menores Infractores debe integrar la totalidad de garantías y formalidades que implica “un procedimiento penal democrático”. No lo estoy traduciendo: lo cito entre comillas reiterando o que manifiesta la exposición de motivos.

Aquí dejo las consideraciones de carácter general. Voy a tomarles todavía algunos minutos, si me lo permiten. Vamos a revisar rápidamente algunos errores y absurdos de la ley de 1991. Evoco en este momento a un viejo jurista mexicano, José Almaraz, que al cabo del naufragio del Código Penal de 1929 examinó el ordenamiento de 1931 (que indudablemente tiene méritos, o mejor dicho, tuvo méritos, porque ya no está en vigor: desde 1983 tenemos un Código diferente) y escribió una obra llamada “Errores y absurdos del Código penal de 1931”.

Podríamos examinar algunos de los errores y absurdos de la ley para menores infractores de 1991; no todos, porque son demasiados. Veamos, de entrada, que esta ley pretende mucho más de lo que hace en la realidad. Efectivamente, el artículo primero dice que el objeto de la mencionada ley es la protección de los derechos de los menores y la readaptación social de aquellos cuya conducta se encuentra tipificada en las leyes penales. Esta pretensión tan utópica —la mencionada en primer término— aparece o reaparece en otros puntos. Ahora bien, la ley que ahora comento no puede ser, ni es en realidad, un ordenamiento que organice la protección de los derechos de los menores en general, porque este amplísimo asunto no puede recogerse o abarcarse en una ley sobre menores infractores. La protección de los derechos del menor está en la Constitución, el Código Civil, la Ley Federal del Trabajo, la Ley Agraria, el Código de Procedimientos Civiles, la legislación sobre educación, seguridad social, prestaciones a la mujer encinta, etcétera, y no apenas en una ley penal especial. Todo ello me hace recordar los códigos del menor, que bajo tan ambicioso nombre eran, en realidad, leyes de procedimientos para menores infractores.

Hablemos de los sujetos. El Consejo juzga de infracciones a las leyes penales cometidas por sujetos de entre 11 y 18 años. Anteriormente no había una referencia a la edad mínima. Esto fue un desacierto de la ley anterior; ahora existe esa referencia, y ello es un acierto de la ley en vi-

gor. Sin embargo, es posible cuestionar la fijación de 11 años como límite de edad mínimo para el acceso a la justicia penal especial. ¿Por qué 11 años? ¿Por qué sí o por qué no? En los antecedentes de esta ley no he hallado una referencia a los 11 años, ni estadística, ni biológica, ni pedagógica, que justifique esta toma de posición por parte de la iniciativa. En cambio, cuando este asunto pasó a la Cámara de Senadores los legisladores se preguntaron cuál debiera ser la edad para esos fines. Entonces el senador Porfirio Muñoz Ledo, dijo con razón que probablemente podría ser la de 14 años, edad en que concluye la educación obligatoria, incluyendo el ciclo secundario. Esto es, un senador de la República, no especializado en asuntos de menores infractores, descubrió lo que no alcanzaron a ver los autores de la referencia a los 11 años de edad.

Otro problema importante en este campo es el siguiente: ¿se puede juzgar a un individuo mayor de edad por delitos cometidos cuando era menor, o mantener la medida aplicada a éste cuando llegue a los 18 años de edad? No desconozco las enormes complicaciones que tiene este tema, ni olvido que la Ley del Consejo Tutelar no acertó a resolverlo. Empero, el hecho de que una ley no acierte a resolver algo obliga a que la siguiente resuelva lo que aquélla dejó sin solución ¿Cómo es posible que un sujeto que cumple la mayoría de edad siga sometido a medidas adoptadas por un órgano que lo juzgó y sentenció cuando aún no lo era, y al que no se reconoce como tribunal penal? Conste que el tratamiento puede durar —espero no equivocarme— hasta los 23 años de edad en el caso más grave.

Pregunto además: ¿se reconoce a estos adultos anticipados o menores prorrogados, ciertos derechos ampliamente reconocidos cuando se trata lisa y llanamente de delinquentes adultos? ¿Se les reconoce el derecho a libertad preparatoria, preliberación, sustitutos de la prisión, remisión de la pena? Me sigo preguntando, y acaso ustedes mismos se han preguntado, sin obtener respuesta: ¿tiene sentido aplicar a un adulto medidas pensadas para menores? Porque las medidas de la ley han sido pensadas para menores.

Hablemos ahora de garantías. El artículo 2o. fija el irrestricto respeto a las garantías consagradas por la Constitución y los tratados internacionales. Esto alude implícitamente a las garantías del inculpado en el proceso penal. Se considera, pues, que el Consejo es un órgano penal. Pero la ley comentada no incluye todas las garantías estipuladas en la Constitución o en los tratados; por ende, es incompleta, deficiente. Es verdad que muchas de aquéllas se hallan, disimuladas, en la ley de 1991, pero otras no lo están ni siquiera en esa forma oscura.

El artículo 4o. dice que el Consejo es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, que contará con autonomía técnica. Esto promueve más interrogantes: ¿es verdaderamente, por su naturaleza, un órgano administrativo, o bien, es realmente un órgano jurisdiccional? Si es un órgano desconcentrado administrativo, no se está respetando la garantía de que haya un juicio penal ante un verdadero tribunal, lo cual constituye una garantía esencial del proceso penal —una de las garantías primordiales— y de esta suerte se pierde totalmente la pretensión de un proceso penal democrático. La ley dice que el Consejo es un órgano administrativo y que es preciso respetar las garantías instituidas en la Constitución; pero la primera de ellas es que el juicio se desarrolle ante un tribunal competente, y la propia ley dice enfáticamente que el Consejo no es un tribunal, sino apenas un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. Ahora bien, si se equivocó ese precepto y se trata de un verdadero tribunal penal, ya no tienen sentido la declaración del artículo 4o., que autodefine al Consejo, ni la proclamación de que los menores no están sujetos a la justicia penal.

Por otro lado, es muy discutible la idea de que este Consejo corresponde a la figura jurídica-administrativa de la desconcentración, que no significa simplemente que un órgano esté fuera de la sede de otro. La desconcentración implica la creación de un ente que no tiene personalidad propia, sino participa de la personalidad que corresponde al ente central del que provienen las atribuciones desconcentradas en el nuevo ente. No es esto lo que ocurre con el Consejo para Menores y la Secretaría de Gobernación, de la que aquél depende.

Me referiré en seguida a la organización del Consejo. Se manifiesta que éste contará con una Sala Superior. La expresión Sala Superior implica una referencia; de ella se colige que existen dicha Sala Superior y otra u otras que no lo son y tienen una estructura y una función distintas. Pero ¿dónde están esas otras salas? ¿Qué razón hubo para tomar estas expresiones, lisa y llanamente, de un sistema jurisdiccional totalmente distinto? Porque es obvio que se han copiado, calcado, de la justicia administrativa, y concretamente de la organización del Tribunal Fiscal de la Federación y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, que cuentan con una Sala Superior y salas inferiores o regionales. El copista trasladó algunas expresiones de aquellos sistemas a esta ley y al régimen para menores infractores, y descuidó verificar si había las coincidencias necesarias para justificar el trasplante.

En cuanto a los órganos auxiliares del Consejo, la ley dice que el conocimiento de los asuntos de menores de 11 años, tema de asistencia social, corresponde a las instituciones de los sectores público, social y privado. Es curiosa esta referencia en una ley sobre menores infractores: sectores público, social y privado, conceptos que corresponden al derecho de la planeación y al derecho económico. Sin embargo, se dice que aquéllos se constituirán como auxiliares del Consejo. Pregunta: ¿por qué son auxiliares del Consejo, si se trata precisamente de individuos menores de 11 años de edad, que están sustraídos a la competencia del Consejo? Así las cosas, ¿en qué sentido son auxiliares? ¿Cómo se puede auxiliar a alguien en el tratamiento de una persona, si ésta no está sometida a la jurisdicción de aquel a quien supuestamente se auxilia, sino se halla expresamente excluido de ella? Obviamente, no pueden ser órganos auxiliares del Consejo.

La judicialización del Consejo de Menores es, en mi concepto, una de las más deplorables novedades de la ley de 1991; me refiero a la judicialización en función de las personas que pueden integrar aquél. Esto es muy importante, tanto para la orientación penal de la justicia de menores, como para la versión tutelar, por distintas razones. Sostiene la ley vigente que todos los consejeros deben ser licenciados en derecho. Hemos vuelto a los tribunales de derecho, judiciales, con exclusión de otras profesiones.

Los expertos en diversas disciplinas de la conducta humana pueden estar aquí, y de hecho lo están, pero sólo como peritos, no como juzgadores. Emiten el dictamen y no participan en la audiencia ni en la decisión. Esta obsesión judicializadora se advierte, inclusive, en la referencia que se hace al criminólogo como integrante del comité técnico interdisciplinario. Por cierto, esta expresión corresponde al derecho penitenciario; de ahí fue trasladada al derecho penal para menores infractores. Se dice que este criminólogo preferentemente será licenciado en derecho ¿Por qué preferentemente licenciado en derecho? Ello proviene de una obsesión por sujetar todo a la toga negra y cerrar el acceso de la bata blanca, valga la expresión. En suma, se quiere devolver todo el sistema de menores infractores al régimen judicial penal ordinario.

En cuanto a la consideración de género, también se dió un paso atrás, creo yo. Anteriormente se decía que en la integración del Consejo concurrirían varones y mujeres. No olvidemos las raíces del concepto tutelar: en una familia suele haber varones y mujeres, y es importante que a los menores de edad, a estos chicos de 11, 12, 13 o 14 años, se les atienda y

se les entienda; y para atenderlos y entenderlos parece mejor la combinación de varones y mujeres de distintas profesiones, que la unificación que puede resultar de no hacer ninguna referencia a la calidad de varones o mujeres por parte de los consejeros, a cambio de que se exija que todos sean abogados.

Hablemos del nombramiento y el ejercicio de los funcionarios del Consejo. El presidente y los consejeros duran 6 años en su encargo y pueden ser designados para periodos subsiguientes. Esta norma no tiene sentido en la actualidad, porque ya se ha legislado, a escala nacional, sobre inamovilidad después del primer periodo, una vez que se produce la ratificación. ¿Qué pasa aquí con el respeto a las instituciones jurisdiccionales?

No se establecen las hipótesis de remoción, y no opera el Consejo de la Juriscatura. Este no es pecado de la ley que ahora examino, porque el Consejo de la Judicatura es una criatura engendrada en 1994, mucho después de que entró en vigor la vigente ley sobre el Consejo. Me parece que hay cierta inconsecuencia, ojalá no me equivoque, en la designación de los consejeros unitarios, al menos desde un punto de vista formal. El artículo 10 dice que los nombra el presidente de la República, pero el artículo 11 pone a cargo del presidente del Consejo convocar y supervisar los concursos de oposición para el otorgamiento, por el secretario de Gobernación, del cargo de consejero unitario. Ahora bien, la designación de éste ¿es mediante concurso o por nombramiento directo?

En seguida me referiré a la competencia. La regla general en nuestro país es que haya competencia estatal; la competencia federal surge en segundo término y por mandato expreso de la ley. Así organiza las cosas nuestra Constitución. Esta no instituye ningún sistema de conocimiento auxiliar o subsidiario en esta materia. Desde luego, la legislación anterior enfrentó el mismo problema y lo resolvió como lo hace la ley en vigor. Pero nuestra Constitución sigue sin establecer sistemas de conocimiento auxiliar o subsidiario.

Cuando se ha querido atraer ciertas materias al fuero federal, ha sido necesario reformar la Constitución. Así sucedió con la atracción de los delitos comunes conexos con delitos federales, mediante reforma al artículo 73. Si queremos hacer esto, necesitamos reformar la Constitución. Me pregunto si en un país organizado federalmente, como es el nuestro, puede ser constitucional la absorción de competencia por los tribunales y los consejos locales, cuando se trata de infracción a las leyes federales.



¿Se puede resolver por convenio entre órganos administrativos el retraimiento de una competencia jurisdiccional, que prácticamente desaparece —me refiero a la federal—, en aras de otro orden de competencia que absorbe a la anterior, es decir, la competencia común o local en las entidades federativas?

El tema de las partes procesales es muy relevante para el concepto que se adopte acerca de la materia que venimos examinando: penal o tutelar. Bajo la idea tutelar, si no hay conflicto de intereses —como no lo hay en el desempeño educativo o en el tratamiento médico—, no se requiere de partes procesales. Otra cosa, totalmente distinta, es el asunto de la legalidad del procedimiento y las garantías procesales. Quiero insistir mucho en ello. No deseo insinuar, ni siquiera remotamente, que la idea tutelar apareja la supresión de garantías de legalidad en el proceso. Una cosa no determina la otra. No se necesita de partes procesales, aunque sí de garantías, para asegurar la legalidad del procedimiento. En cambio, en el ámbito penal hay conflicto de intereses; está en juego el *ius puniendi*, y por lo tanto se requiere de una acusación y una defensa, es decir, de dos partes que intervengan en el proceso, bajo el principio de contradicción procesal.

En el anteproyecto de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que anteriormente mencioné, más directo y valiente, se hacía intervenir de plano al Ministerio Público dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Este era el acusador. Si se está planteando un concepto penal acerca de la justicia de menores, lo natural es que sea acusador el Ministerio Público integrado en la Procuraduría del Distrito Federal. Pero esto no ocurre aquí: en esta ley del Consejo de Menores Infractores parece quedar suprimido el Ministerio Público, aunque luego reaparece con el “pasamontañas” de comisionado. Ahora se llama comisionado al Ministerio Público.

Algo semejante cabe decir de la defensa. Los autores de la ley debieron llevar sus propias teorías hasta consecuencia natural. Si querían que hubiese una defensoría, había que establecerla con franqueza, separada del órgano jurisdiccional. Pero en este caso lo que se tiene es una defensoría de oficio integrada en el tribunal, en cuanto depende del presidente de éste, aunque tenga autonomía técnica. No tengo dudas al respecto. Seguramente se maneja con autonomía técnica, con plena independencia, con absoluta libertad. Estoy hablando de las normas, no de las formas en que en la realidad a venido a iluminar, corregir o aliviar los desaciertos de la ley.

Se confieren a esta defensoría atribuciones en el ámbito de la prevención general y de la prevención especial. Confieso que no entiendo lo relativo a la prevención general: ¿qué se quiere decir al señalar que la defensoría de oficio interviene en la prevención general? Por cierto, la ley dice en qué consisten la prevención general y especial; estos temas técnicos se hallan definidos y resueltos por el legislador.

Se dice algo que resultaría por lo menos dudoso para un estudiante de derecho: que corresponde a esta defensoría integrada en el Consejo, la defensa de los intereses y de los derechos de los menores —todos los intereses y todos los derechos, puesto que la ley no fija distinción alguna— de los menores ante el propio Consejo o ante cualquier otra autoridad administrativa o judicial, federal o del Distrito Federal. Ojalá que la defensoría del Consejo pudiera realizar tan descomunal empresa; y ojalá que pudiera hacerlo sin invadir atribuciones de otras autoridades.

Por cierto, se exige que sea licenciado en derecho el defensor particular que solicite el menor, en caso de que lo haga. La Constitución no exige esto cuando establece las garantías individuales del procesado. En el proceso de reformas de 1993 se quiso establecer la exigencia de que el defensor fuese abogado, pero este planteamiento no prosperó. En consecuencia, ¿cómo es que se restringe la garantía de libre defensa en un régimen procesal —el de menores infractores— en que se pretende observar todas las garantías previstas en la Constitución y hasta en los tratados internacionales?

Viene ahora el tema de la presunción de inocencia. Se trata de un asunto tan delicado como el que más. Yo quisiera, también, como el que más, que este venerable principio del pensamiento penal liberal rigiera en la ley y se observara en la práctica. A este propósito, el ordenamiento sobre menores infractores sostiene —entre las garantías que instituye— que mientras no se compruebe plenamente la participación del sujeto en la infracción que se le atribuye, gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la misma. No se habla de presunción de inocencia, sino de no haber participado en los hechos. Esta es una caracterización muy discutible, porque la inocencia, en el sentido jurídico penal de la palabra, puede tener otra connotación, otros matices. Ahora bien, el hecho es que el proceso penal no trata al inculcado, trátese de un menor o de un adulto, como un probable o presunto inocente; en realidad se le trata como un probable responsable, a partir de que se le consigna, se libra en su contra una orden de aprehensión o se dicta un auto de formal prisión.

Me temo que la idea que recoge nuestra Constitución —acertada o errónea— no coincide con la presunción de inocencia. Desgraciadamente no hay, en verdad, una eficaz presunción de inocencia. Pongámoslo de otro modo: se diría que recluir a un procesado en la cárcel preventiva o a un menor infractor —también delincuente procesado, bajo la orientación de la ley de 1991— en el centro de observación, no es la manera de tratar a un probable o presunto inocente, sino a un probable o presunto culpable. Aquí los hechos se revuelven contra los códigos, o más exactamente, las leyes se alzan contra los principios.

En materia de excluyentes de incriminación o de responsabilidad penal, la ley de 1991 hizo lo que pudo y lo que supo, pero no supo enteramente lo que hizo, y en algunos casos no supo nada. Hay un trato a medias del sobreseimiento, pero un trato escuálido. Se sobresee bajo ciertas causales, y que ciertamente no son todas las que implican la no responsabilidad penal del sujeto, la inexistencia del delito. Hay algunas, como la inimputabilidad, pero no aparecen todas las causales: legítima defensa, estado de peligro, etcétera. Si el Consejo las observa o no las observa en su práctica es otra cosa; yo sólo digo que no aparecen en la ley. Si el Consejo no interviene cuando una persona está amparada por una excluyente, enhorabuena, pero ese amparo no se deduce de la ley.

El ordenamiento sobre menores infractores señala que se puede pedir orden de aprehensión siempre que exista denuncia apoyada por la declaración bajo protesta, etcétera. En tal virtud, no se habla de la querrela, a pesar de que la Constitución —que fija el sistema del proceso penal— se refiere a denuncia, acusación o querrela. Pero la ley no alude a la querrela. Así las cosas, ¿qué ocurre cuando un delito sólo es perseguible mediante querrela?

La misma ley se refiere a la presentación, no a la orden de aprehensión. Por supuesto, sólo se trata de un eufemismo. Es preciso solicitar al Ministerio Público que pida la orden al juez penal. Aparentemente se trata de subrayar el respeto que merece la libertad humana. Empero, cabe interrogar: ¿por qué en este caso se convoca la intervención de este órgano? ¿Es que la autoridad del Consejo no satisface los principios del derecho penal democrático? ¿No atiende las garantías constitucionales? ¿Acaso el juez penal ordinario tiene algo que no tenga el Consejo, juez penal especial? Porque si es aquél quien debe emitir la orden de aprehensión, quizá también deba cumplir otros actos del proceso para menores, inclusive el más importante y delicado de todos: la sentencia. Y si el Consejo es órga-

no jurisdiccional competente para dictar una sentencia llamada resolución definitiva, también debiera serlo para dictar una resolución —como la presentación— que conduce a una sentencia.

En lo que se refiere a la impugnación de los actos del órgano jurisdiccional especializado en la materia de menores infractores, el anteproyecto de la Comisión Nacional de Derechos Humanos admitió el amparo. La ley actual habla de otros recursos. Ante todo, la apelación. Ésta tiene como objeto, dice la ley, la modificación o la revocación de las resoluciones del Consejo. Sugiero a ustedes que pensemos en el significado jurídico que puede tener la palabra objeto: por una parte, lo que quiere el apelante, la finalidad que persigue el agraviado, una posibilidad meramente psicológica, no jurídica; por otra parte, el objeto como la consecuencia jurídica del recurso. Lo que yo quiero cuando interpongo una apleación, cuando intento un recurso, es sustraerme de la resolución impugnada, evitarme las molestias que ésta me causa. Ahora bien, lo importante para el proceso mismo es la consecuencia del recurso. Dice el artículo 64 de la ley que el objeto de la apelación es modificar o revocar las resoluciones del Consejo; pero al llegar al artículo 72 el autor del ordenamiento ya ha olvidado lo que había escrito en el 64, y dice que al resolver el recurso la Sala puede confirmar la resolución impugnada; por ende, la confirmación es, jurídicamente, un objeto del recurso, aunque no sea lo que, psicológicamente, se propone el apelante. La revocación puede operar lisa y llanamente. ¿Qué quiere decir esto de revocar lisa y llanamente? ¿Qué es lo que queda en lugar de la resolución revocada, esto es, de la determinación jurisdiccional que se estimó contraria a derecho? Evidentemente, alguien debe dictar una nueva resolución: o el proceso retorna a quien dictó la resolución revocada, para que emita otra, o queda bajo la jurisdicción de quien dispuso la revocación, para que sustituya la resolución revocada. Esto no aparece en la ley.

Están legitimados para apelar el defensor, los representantes o encargados del menor y el comisionado. ¿Por qué no lo está el propio menor, como en el proceso penal, sobre todo si se trata de un menor que casi ha llegado a los 18 años, o inclusive los ha cumplido ya? ¿Por qué no está legitimado para apelar? La promoción impugnativa debe formularse por escrito. En este punto, el formalismo del sistema procesal para menores ha ganado al del régimen para adultos. En efecto, no es admisible la promoción por comparecencia, cuando se notifica al agraviado acerca de la resolución que causa el agravio. Hay un plazo angustiosamente breve

para el trámite del recurso hasta su resolución: sólo tres días para dar inicio, y cinco para la resolución definitiva. Ojalá sea tiempo suficiente para resolver un recurso de estas características.

Dos palabras acerca de la sustanciación del recurso. En la audiencia se debe oír al defensor y al comisionado, dice el artículo 60. También ahora me pregunto por qué no se oye al menor, y desde luego a su representante o a su encargado, si éstos apelaron. ¿Se quiere decir que pueden apelar, pero no alegar?

Otro recurso es la excitativa, que la Ley del Consejo Tutelar de 1973 tomó del proceso fiscal, y que ahora recoge la nueva ley penal especial. De la excitativa conoce la Sala Superior. La ley no dice bajo qué procedimiento y con qué efectos se tramita la excitativa. Es verdad que lo no previsto por aquélla se tendrá que resolver a la luz o a la sombra del Código de Procedimientos Penales, pero también lo es que ese código no regula la excitativa, sino la queja. Por último, la ley vigente no habla de revisión, concepto tradicional en el régimen de menores infractores, sino de evaluación. Se fijan plazos fijos para la petición respectiva.

Se atribuye a la Sala Superior lo que parece ser la formulación de jurisprudencia: fijar y aplicar las leyes y los precedentes conforme a lo previsto en la ley. A pesar de tan enfática declaración, ésta no contiene ningún procedimiento para la creación de jurisprudencia, ni mucho menos establece los efectos de la misma. Sólo recoge algunas normas acerca de control y publicación de acuerdos, como encomienda secretarial, y que los consejeros unitarios tomarán en cuenta los acuerdos y precedentes emitidos por la Sala Superior. Bien que se tomen en cuenta; pero ¿con qué fuerza?

Las normas sobre medidas aplicables a los menores infractores constituyen la porción más barroca del ordenamiento, en la que coinciden las más diversas y elaboradas expresiones. Ahí se agrupan las medidas conforme a tres funciones hipotéticas: orientación, protección y tratamiento, como si estuviésemos de veras ante tres categorías diferentes, cada una con un designio autónomo. Sin embargo, todas las medidas se proponen, en esencia, la orientación, la protección y el tratamiento del sujeto; todas ellas tienen el carácter de tratamiento, en algunos casos muy complejo y en otros muy sencillo. No olvidemos lo que parece haber olvidado esta ley penal: que la norma constitucional sobre menores infractores se refiere precisamente al tratamiento; ese artículo 18 alude a instituciones para el tratamiento de menores infractores. Por ende, el tratamiento no puede

ser una especie dentro del género de las medidas. En todo caso, el género —que la propia Constitución previene— sería el tratamiento.

Se dice que el fin de las medidas es encauzar la conducta del menor dentro de la normatividad y lograr su readaptación social; así, se da como objeto de las medidas de orientación y prevención, uno que es común a todas. Hay otros pasos en falso. Se clasifica el tratamiento en interno y externo, pero al hacerlo así se pierde de vista que el tratamiento, en sí mismo, no es interno o externo; lo que ocurre es que se practica en una institución o fuera de ella. Quizá por ello los artículos 84 y 85, sobre caducidad, evitan aquel tropiezo y se refieren al tratamiento en internación o en externación. El tratamiento deberá ser integral, secuencial, interdisciplinario, dirigido al menor con el apoyo de su familia. Es obvio que todo tratamiento se dirige al menor, con o sin apoyo de su familia.

La ley contiene disposiciones en lo que respecta a la reparación del daño privado que causa la conducta ilícita del menor. Es correcto que se procure un arreglo consensual sobre reparación del daño, pero ya no lo es que esto se tramite con el defensor del menor y se ignore —por parte de la ley, aunque en la realidad pudiera suceder otra cosa— a los padres o tutores del menor. Recordemos que un menor de edad no puede obligarse a actos de disposición patrimonial. Es incomprensible que en esta materia no se reconozca una importante intervención a los padres o tutores, sobre todo tomando en cuenta que para otros asuntos se invoca a los representantes legales o encargados del menor. También pudo preverse que si no hay convenio, el órgano jurisdiccional consiga resolver imperativamente —puesto que es una autoridad juzgadora— acerca de la reparación debida, debió imponerse, por cierto, que si no hay convenio el consejero pueda resolver jurisdiccionalmente sobre esta materia. La ley faculta a la autoridad para aprobar el convenio, y hacer esto significa homologarlo, lo cual constituye una función típicamente judicial. ¿Cómo es que el Consejo puede homologar, pero no sentenciar?

Perdonen ustedes esta prolija descripción, que se ha hecho demasiado larga. No quiero ser irrespetuoso con el legislador ni con una ley del sistema jurídico mexicano, pero si debo salir al paso frente a una ley que es penal, y que no se atreve a reconocerse como tal; una ley que sigue hablando de Consejo, pero le retira escrupulosamente la calificación de tutelar y ha distraído este concepto de todo el articulado, sin atreverse a denominarlo como consejo, juzgado o tribunal penal para menores infractores; una ley que se vanagloria de recoger todas las garantías de la Cons-

titución y de los tratados internacionales, y sin embargo emite muchas de ellas; una ley que se retrae ante el Ministerio Público, pero lo reproduce a través de un comisionado, y que de pronto acude a aquél, como lo hace en el caso de la orden de aprehensión; una ley que dice que se defenderá a los menores en todos sus derechos y en todos sus intereses ante todas las autoridades de la República mexicana, aunque no es el ordenamiento adecuado para regular tan amplísimas funciones.

Aquí hemos caído —lamento decirlo y subrayarlo; no es la primera vez que lo hago; lo he hecho muchas veces— en un deplorable juego de palabras. Hemos adoptado eufemismos que merecen una traducción muy clara, si queremos leerlos honestamente bajo la connotación jurídica que les acomoda. Esta ley llama infracción a lo que en realidad es delito, sólo que parece avergonzarse de decir delito y prefiere hablar de infracción a una conducta que infringe el tipo penal; habla de menor infractor, pero en realidad alude a delincuentes menores de edad; habla de reiteración y está pensando en reincidencia; habla de Consejo cuando realmente se trata de juzgado o corte penal, inclusive tribunal superior; llama consejero a quien es, por su naturaleza, un juez o magistrado penal; califica de comisionado, escrupulosa y asépticamente, a quien verdaderamente es un agente del Ministerio Público; califica como investigación de la infracción a lo que en buen romance es averiguación previa penal; dice declaración a secas, cuando en la realidad se trata de una declaración preparatoria; califica como resolución inicial a lo que es, estrictamente, auto de formal prisión; llama procedimiento a lo que es proceso; dice orden de presentación y organiza una orden de aprehensión; alude a resolución definitiva y quiere decir sentencia: se refiere a medida cuando se trata de penas. Convengo, sin embargo, en que en otros casos las cosas son como se dice que son: habla de defensor y es defensor, y alude a apelación y en efecto se trata de una apelación, aunque se halle mal regulada.

Se dice que es mejor contar con buenos jueces que con buenas leyes. Yo considero que en este Consejo los buenos jueces —a los que se ha denominado consejeros— deberán esforzarse para obtener buenos resultados de una mala ley. Esta debiera llamar a las cosas por su nombre, asumir su propia naturaleza como ordenamiento penal, y librar en forma clara y explícita su batalla por las ideas penales en el ámbito de menores infractores; una batalla que sólo tiene un objetivo: devolver a los menores, aunque sea de una manera encubierta, al ámbito del derecho penal.

Por supuesto, mi propia opinión va en otro sentido: creo que llegó la hora —llegó desde hace varios años— de que esta ley penal sobre menores infractores se sustituya por otra, no un ordenamiento penal, sino una ley tutelar con garantías. Ese debe ser, aunque hoy no parezca ser, el camino del porvenir.



## CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA VIOLENCIA\*

En nuestra ciudad y en nuestro tiempo —y no hablo sólo de México, sino de la *civitas* general, ni apenas de 1999, sino de esta época— una reflexión sobre la violencia ilegítima es siempre necesaria, además de ser oportuna. Se diría que es la más necesaria y la más oportuna de las reflexiones, sobre todo si a partir de ahí se suscitasen las acciones que nos permitieran enfrentarla, contenerla, reducirla; no diré extinguirla. Esto parece imposible. Gabriel Tarde sostuvo que el crimen sigue al hombre como la sombra al cuerpo. Eso mismo sucede con la violencia: nos acompaña. Pero podríamos hacer menos constante y severa esa compañía.

Vivimos sitiados por la violencia, padeciéndola o aguardándola, y quizá —a veces— ejerciéndola. Las noticias internacionales y nacionales nos proporcionan un paisaje aleccionador sobre esta circunstancia y dan fundamento a una conclusión bien sabida: que el siglo XX, la época del mayor desarrollo científico y tecnológico en la historia del hombre sobre la tierra, ha sido también el siglo de la mayor violencia. Estos son sus títulos; con ellos concluye y bajo ellos comenzará la nueva centuria. Si debiéramos cifrar en términos periodísticos la crónica del siglo XX, probablemente una buena parte —la mala parte, por cierto— se concentraría en la nota roja.

En el mundo, la noticia de las últimas semanas fue la guerra desatada en Kosovo. El fuego se combatió con fuego. Su saldo: el arrasamiento de las poblaciones y una legión de desplazados, muertos, heridos, mutilados. En suma, la mayor violencia: genocidio, técnicamente, que ha puesto en movimiento al Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia,<sup>1</sup> un descendiente directo de los tribunales de Nüremberg y Tokio.

\* Conferencia presentada en el Simposium “La salud en México ante el siglo XXI”, en la Mesa Redonda sobre “Enfermedad social. Violencia”, en el Instituto Nacional de la Nutrición, México, D. F., 18 de junio de 1999.

<sup>1</sup> Creado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por Resolución 808, del 22 de febrero de 1993, para juzgar a los responsables de violaciones graves contra el derecho humanitario internacional, cometidas desde el 1 de enero de 1991 en el territorio del anterior estado de Yugoslavia.

En México, las noticias más copiosas y cotidianas tienen que ver, también, con la violencia ilegítima. De diversos géneros, porque en esto hay géneros numerosos, todos ellos bien cultivados. Violencia de unos individuos contra otros, que alimenta la estadística criminal en términos absolutamente desmesurados. El asesinato espectacular de un animador de televisión tuvo una extraña eficacia: pronto se desbordó a sí mismo, fue más allá de sus propias fronteras y produjo un enfrentamiento colectivo. Descubrió, en suma, la violencia que traemos a flor de piel: otro testimonio —apenas codificado— de lo que Reyes Heróles llamara el “México bronco”. Violencia de personas contra instituciones, como la que ha sufrido nuestra Universidad Nacional Autónoma de México a lo largo de varias semanas sombrías. Violencia de instituciones contra personas, como la que se expresa en innumerables abusos de poder que victiman a los individuos y contrarían rotundamente el ideal de la sociedad democrática. Rousseau diría que el contrato social se formalizó para ahuyentar la violencia, no para darle un escenario civil, ya que no civilizado.

La estadística proporciona cifras preocupantes sobre el crecimiento de la delincuencia. Los grandes números de la población penitenciaria son aleccionadores. No todos los reclusos están privados de libertad —sea bajo proceso, sea bajo sentencia— por la comisión de delitos violentos; pero los que se hallan presos por delitos de esta naturaleza —generalmente calificados por la ley como “graves”—<sup>2</sup> son un número elevado; en muchos casos lo están, por otra parte, en relación con delitos calificados por la violencia o la coacción empleadas. En mayo de 1996 había 99,873 reclusos en 440 reclusorios de nuestro país. En mayo de 1999 había 138,292 reclusos en 446 reclusorios.<sup>3</sup> En tres años, pues, hubo un incremento de 38%. Sobra decir que el aumento de la población general está lejos, muy lejos, de ofrecer estas cifras.

En esta reunión académica hablamos de la violencia ilegítima, como he repetido, a sabiendas de que pudiera haberla legítima. Si aludimos a esa expresión de la violencia, habría que partir de alguna definición que acotara el campo de estudio y le sirviera como referencia. Sabemos perfectamente lo que es la violencia; la reconocemos, casi por instinto, cada

2 Es relevante la calificación de un delito como “grave”, porque el inculcado no tiene acceso a la libertad provisional bajo caución, en los términos de la fracción I del artículo 20 constitucional. Consecuentemente, permanece en prisión mientras se desarrolla el proceso.

3 Fuente en ambos casos: Dirección General de Prevención y Readaptación Social, Secretaría de Gobernación.

vez que la sufrimos. Definirla es más complicado. Los criminólogos suelen retraerse ante la formulación de definiciones que pueden ser insuficientes, equívocas o demasiado comprometedoras.<sup>4</sup> Empero, hay numerosas definiciones que cargan el acento sobre alguno o algunos de los aspectos de la violencia, que “no es única e indivisible”.<sup>5</sup>

Podríamos, sin embargo, ensayar un concepto provisional que nos sirva para el camino en este caso específico. La violencia tiene un componente natural y constante: la *fuerza*. Ésta es el dato material de la violencia, su figura externa, su mano abrumadora. Convengo, por supuesto, en que no se trata sólo de fuerza física; la hay de otro carácter: fuerza moral, por ejemplo, que los juristas han llamado *vis compulsiva* para distinguirla de la física o *vis absoluta*. Bajo la noción de fuerza coloco, pues, las diversas formas de coacción que pudieran ejercerse para obtener el objetivo o satisfacer el móvil que conducen la acción de quien la ejerce.

Otro rasgo inherente a la violencia es la *vulneración* —violencia es eso: violación, quebranto— *de las normas* vigentes, siempre en la hipótesis, por supuesto, de que esas normas no sean, ellas mismas, la fuente de la violencia. Me refiero, pues, a normas justas. Si no lo fueran, surgiría un derecho a enfrentarlas y abolirlas: la resistencia contra la opresión, prerrogativa natural del hombre, según la Declaración francesa de 1789.<sup>6</sup> Esta vulneración es, a su turno, el dato formal de la violencia, que deslinda la fuerza ilegítima de la fuerza legítima y nos pone en la ruta de la absolución o del castigo. La ilegitimidad confiere a la violencia una calificación que luego desencadena ciertas reacciones características.

Así las cosas, *violencia ilegítima sería, convencionalmente, el uso de la fuerza en contravención de la norma jurídica*. Un paso más a fondo nos llevaría a hablar del empleo de la fuerza con quebranto de la norma moral. Acepto que hay violencia en ambos casos, pero sólo me referiré al primero, porque a él se dirige el control externo de la conducta que gobierna a la sociedad —o debiera gobernarla—, un control al que llamamos orden jurídico, siempre en riesgo. Ese orden se halla confiado al úni-

4 Cfr. Christie, Nils, “Definición del comportamiento violento”, en Varios autores, *Los rostros de la violencia, XXIII Curso Internacional de Criminología*, Recop. de Lolita Aniyar, Maracaibo, Venezuela, Universidad del Zulia, 1975, pp. 27 y ss.

5 Cfr. al respecto, Cano Gordon, Carmen y Cisneros Gudiño, María Teresa, *La dinámica de la violencia en México*, México, UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1980, pp. 9 y ss.

6 Artículo 2o. Los derechos naturales e imprescriptibles del hombre “son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

co violento admisible, a condición de que la fuerza que ejerce sea racional y cuente con sustento democrático: el Estado, que ejerce el monopolio de la violencia, como precisó Max Weber, aunque lo hizo con palabras que tienen una traducción menos rotunda: monopolio de la coacción.<sup>7</sup> Sin embargo, ésta ya no es la violencia reprobable a la que me referí hace un momento —como no lo serían la legítima defensa o el estado de necesidad de un individuo—, en la medida en que se encuentre legitimada y no constituya la negación de la norma, sino la afirmación del derecho.

En este coloquio se examinarán las fuentes de la violencia, desde múltiples perspectivas. Hay quienes afirman que es inherente al ser humano, y por ello inevitable, inexorable. Otros sostienen lo contrario: el hombre crea las condiciones de la violencia. Entre nosotros se han producido algunos estudios recientes sobre este asunto, como los de Santiago Genovés, autor de un buen alegato, que subraya: “el lobo no es lobo para los lobos. El hombre sí es hombre lobo para otros hombres”.<sup>8</sup> Además, se han constituido unidades o programas de investigación que se aplican a esta materia; tal es el Proyecto de Investigación sobre Violencia Social, que se desarrolla en la Universidad Nacional Autónoma de México<sup>9</sup> y comienza a dar buenos frutos.

No me internaré en los difíciles laberintos de la etiología. No tengo el hilo ni la Ariadna que me conduzca en estas profundidades. En términos menos abismales, creo posible mencionar la existencia de unas culturas o subculturas de la violencia, exploradas, criminológicamente, por autores como Wolfgang y Ferracuti.<sup>10</sup> Éstas operan como fuentes de conductas de

7 Escribió: “Sociológicamente, el Estado moderno sólo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que, lo mismo que a toda asociación política, le es propio, a saber: el de la coacción física... el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio... reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima”. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, trad. de José Medina Echavarría *et al.*, 2a. ed., México, FCE, 1969, p. 1056.

8 *Expedición a la violencia*, México, FCE, UNAM, Facultad de Medicina, 1991, p. 107.

9 El Proyecto, establecido en 1996, corre a cargo de: Coordinación de Humanidades, Instituto de Investigaciones Sociales, Instituto de Investigaciones Antropológicas y Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias.

10 “Una subcultura implica —escriben esos autores— que existen juicios de valor o todo un sistema social de valores que, siendo parte de otro sistema más amplio y central, ha cristalizado aparte. Vista la situación desde la cultura dominante y más amplia, los otros valores de la subcultura segregan a la primera y obstaculizan la integración total, causando en ocasiones conflictos abiertos o encubiertos”. *La subcultura de la violencia: hacia una teoría criminológica*, trad. de Antonio Garza y Garza, México, FCE, 1971, p. 120. Cabe “pensar que mediante la identificación de los grupos en que están consensadas las más altas tasas de homicidio será posible localizar de la manera más perspicua una subcultura de violencia, y después, una vez bien determinados estos grupos, el siguiente paso

este carácter, y lo hacen, por cierto, con asombrosa eficacia. Las normas que producen son, a su turno, productoras de lo que llamamos violencia. Habría que ver si nuestra sociedad no está penetrada por venas de estas subculturas, que animan el despliegue de esa violencia que ahora nos abruma: en cantidad y en calidad. De ser así, nos habríamos convertido en la explicación de lo mismo que quisiéramos explicarnos. Habría que aplicar entonces la regla de Sor Juana, perfectamente trasladable a otros espacios: “Hombres necios que acusáis...”.

Voy ahora a la consideración jurídica —necesariamente breve y superficial— del tema de la violencia. Ya dije lo que refirió Tarde sobre el perpetuo acompañamiento de nuestra especie: el crimen. Piénsese que a poco de inaugurada la sociedad humana, primero por la pareja y luego por la familia, tendríamos el primer acto de violencia que nos diezmaría: el fratricidio de Abel, a manos de Caín.

El exterminio de la cuarta parte del género humano fue el anuncio triunfal de que el crimen había aparecido. A partir de entonces hemos querido explicarlo, comprenderlo, sancionarlo y contenerlo, todo ello con éxito sólo relativo. Sancionarlo —y en cierto modo contenerlo, como derivación hipotética del castigo— es la función del sistema penal. En una sociedad autoritaria, éste es el remedio predilecto contra la conducta desviada: algo así como un manual de buen gobierno. En una sociedad democrática, en cambio, es apenas el último recurso. Un notable penalista alemán, Reinhart Maurach, ha escrito: “*Jure est civiliter utendum*: en la selección de los recursos propios del Estado, el Derecho penal debe representar la *última ratio legis*”.<sup>11</sup> Este principio guía la conducta de quien hace las normas: “La naturaleza secundaria del derecho penal no es más que una *exigencia* ética dirigida *al legislador*”.<sup>12</sup> Tal es la regla de oro del derecho penal democrático.

Sin embargo, a menudo sucede que la frontera entre democracia y autoritarismo, un lindero movedizo, se modifica en virtud de un peligroso conse-

debe ser examinar el sistema de valores de dichas subculturas, la importancia que tiene la vida humana dentro de esa escala de valores, el tipo de reacción que se espera produzcan varios determinados estímulos, la percepción diferencial de los sujetos a la hora de evaluar los estímulos, y los trazos generales de personalidad que muestran los actores subculturales”. *Ibidem*, p. 190.

11 Por ser el derecho penal la *última ratio legis*, ha de “encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público”. Por el contrario, la “hipertrofia cualitativa” del derecho penal constituye un rasgo del Estado totalitario. *Tratado de derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ariel, 1962, t. I, p. 32.

12 *Ibidem*, p. 31.

jero: la desesperación. Vale la pena que nos preguntemos si no estamos llegando a un grado de desesperación que aconseje el traslado de la frontera.

Cuando ocurren sucesos de inusual violencia —previene el criminólogo Elías Neuman—, la comunidad se espanta y el poder político... necesita dar la imagen de restablecimiento del orden y la seguridad... Su incidencia posterior e igualitaria respecto de toda la ciudadanía traerá nefastas e impredecibles consecuencias como siempre que se trate de cortar el dolor de cabeza por decapitación.<sup>13</sup>

Ahora bien, si el crimen es perenne, no lo es, en cambio, su fenomenología. Las formas varían. Hace un siglo —para situar el tema en la época en que el criminólogo italiano Alfredo Nicéforo escribió su obra sobre la transformación del delito,<sup>14</sup> se consideró posible establecer ciertas leyes de evolución criminal. La observación de los cambios sociales informó la expresión de esas leyes o patrones evolutivos. Entre éstos figuró uno que entonces pudo suscitar cierta esperanza: cedería la violencia en favor de la astucia; en otros términos, del delito cruento, como el homicidio o las lesiones, se pasaría al delito astuto, como el fraude o el abuso. “Una de las transformaciones más evidentes que la criminalidad sufre en la sociedad moderna sostuvo el autor de la teoría—, es ésta: el delito que en la sociedad bárbara se realiza preferentemente mediante la violencia, ahora se realiza especialmente por el fraude”.<sup>15</sup> Parecía razonable suponerlo, tomando en cuenta la diferencia enorme entre el hombre de las cavernas y el hombre del siglo XX, aleccionado por siglos de violencia extrema, ilustrado por una nueva cultura y provisto por un nuevo periodo de progreso. El caballero dista del cavernícola.

Sin embargo, no ha sido así. No, en lo absoluto. Es verdad que hoy menudean los delitos astutos. Lo es que ha surgido una nueva categoría de infractores y de conductas punibles, cuyo signo estriba, precisamente, en huir de la violencia y aplicar el ingenio. Se trata de lo que Edwin H. Sutherland, en una disertación hace sesenta años (1939),<sup>16</sup> bautizó con el

13 Beristáin, Antonio y Neuman, Elías, *Criminología y dignidad humana (Diálogos)*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 63.

14 *La transformación del delito en la sociedad moderna*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Madrid, Lic. Gral. de Victoriano Suárez, 1902.

15 *Ibidem*, p. 6.

16 En su disertación sobre este asunto, Sutherland no sólo hizo “un análisis absolutamente novedoso del fenómeno delictivo”, sino también inició “una época en la investigación criminológica”, sostiene Marino Barbero Santos en la presentación de *Los delitos socio-económicos*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, p. 15.

nombre expresivo de delincuencia de “cuello blanco”.<sup>17</sup> Esta criminalidad huidiza, elusiva, se ha proyectado en múltiples direcciones y ha trascendido largamente, las fronteras nacionales. Bajo ese rótulo se acumulan conductas distintas, heterogéneas, como en un gran cajón de sastre, cada vez más henchido y diverso.

Todo eso es verdad y parecería confirmar la tesis de Nicéforo. Sin embargo, también lo es que la violencia, lejos de alejarse, se ha conservado, multiplicado y extremado. Si la criminalidad de cuello blanco aprovecha los desenvolvimientos de la tecnología —informática, por ejemplo— para su beneficio, la violencia utiliza esos mismos desarrollos para su oficio —sobre todo los aplicables a las artes de la guerra y la defensa—. En realidad, coinciden la astucia y la violencia, y en ocasiones ésta sirve para preservar los rendimientos que aquélla acumula, y la primera para facilitar la impunidad de la segunda. El narcotráfico organizado es un buen ejemplo de ambas afirmaciones.

En otras ocasiones he dicho que con la violencia sucede lo que con el dios de los romanos, Jano, que poseía un doble rostro: uno miraba hacia el pasado y otro hacia el futuro. La violencia tiene también doble rostro, pero uno mira hacia la injusticia y otro hacia la justicia. Aquélla es la ilegítima de que vengo hablando; la segunda, su contrapartida, su antinomia. La legítima se halla codificada en la legislación penal, principalmente, que en sendos tipos —es decir, descripciones de conductas punibles— aloja múltiples formas de violencia reprochable; y que en diversas sanciones (penas y medidas de seguridad, como las clasifica una doctrina generalizada) previene las consecuencias jurídicas —una reacción política, social y moral— que trae consigo la comisión de aquéllas.

En el catálogo, muy nutrido, se hallan, por ejemplo —con estas u otras denominaciones—, los delitos de homicidio simple y calificado, suicidio asistido, homicidio consentido, lesiones, genocidio, parricidio, aborto, infanticidio, violación, secuestro, terrorismo. A estos tipos hay que agregar los muy numerosos de otro carácter, que no suponen, en principio, el empleo de violencia, pero que pueden cometerse con ésta y entonces resultan calificados, agravados, como el robo con empleo de la violencia física o de medios o circunstancias que intimidan a la víctima. En la relación de sanciones, se encuentran la privación de la vida y la

17 Cfr. Sutherland, *El delito de cuello blanco*, trad. de Rosa del Olmo, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1969.

privación de la libertad, privaciones con las que la mano dura del Estado vence, retribuye, neutraliza y corrige la mano dura del delincuente.

No escapará a la consideración de nadie que estos son terrenos pantanosos para la sociedad y para el Estado. Nos encontramos, como también he manifestado, ante el escenario crítico de los derechos humanos<sup>18</sup> y del propio Estado de derecho. Por una parte se halla el infractor violento, que hiere, amedrenta, destruye; por el otro, el poder público —encargado de la seguridad y la paz—, al que se autoriza para corresponder a la conducta ilícita (jurídicamente la sanción es, ante todo, eso: correspondencia).<sup>19</sup>

En este punto aparece una encrucijada: desde ahí se puede ir en cualquiera de dos direcciones que llevan a destinos irreconciliables. La sociedad y el Estado deben optar por alguno, en la inteligencia de que su opción no sólo significará una manera de reaccionar frente al delito, sino también una forma de entender la función del Estado y la misión del derecho; en otras palabras, una forma de abrir o cerrar una puerta por la que han entrado y salido, alternativamente, todos los demonios.

Aquí existe un intenso debate, cuyos personajes ganan o pierden terreno en cada jornada. El carácter de la ley penal, del juicio y de la pena se localiza en el origen mismo del pensamiento penal liberal, informado por la ilustración y el humanismo. Poco más de dos siglos atrás, la obra más celebrada y revolucionaria de esta disciplina, el breve tratado “De los delitos y de las penas”, del florentino Beccaria, demostró que “para que cualquier pena no sea una violencia de uno o de muchos contra un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de las penas posibles en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos y dictada por las leyes”.<sup>20</sup>

Pero la marea violenta de nuestra ciudad y de nuestro tiempo —esa doble circunstancia— no facilita las cosas. Ya me referí a los consejos que brinda la desesperación. Entre ellos está el paulatino desmantelamiento del Estado de derecho, cuyas mejores proyecciones penales son el principio de intervención mínima —el sistema penal como último remedio— y un régimen de garantías, cuya construcción nos ha llevado doscientos años, si contamos a partir de los *bills of rights* estadounidenses, o

18 García Ramírez, *Los derechos humanos y el derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 171.

19 Para un panorama sobre los objetivos de la pena, *cf.* mi ensayo *Itinerario de la pena*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 1997.

20 *Tratado de los delitos y de las penas*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla, Ed. Cajica, 1957, p. 185.



millares de años, si hacemos la cuenta a partir de los años en que los castigos eran solamente un dato de la fuerza; esto es, la violencia desenfrenada *versus* la desenfrenada violencia. Delincuente y gobernante sólo diferían por su posición en el combate, no por los métodos. Regresar a ese punto es desandar la historia completa y desmontar todo el aparato que construimos bajo el nombre de Estado de derecho, que no es un régimen protector de los delincuentes, sino de los ciudadanos.

Obviamente, este no es un peligro remoto, sino una situación actual y concreta. La lucha contra el terrorismo, sobre todo, en Europa, y contra el narcotráfico y otras formas de delincuencia organizada, principalmente, en América, han contribuido a edificar un sistema penal nuevo —en realidad viejo—, de garantías reducidas o modificadas. Cada día se pierde una garantía, en aras de una seguridad y una paz que no llegan. En México esto sucede a través de diversas reformas y propuestas ominosas, que han dado lugar a cambios constitucionales —otros, más graves, han quedado en lista de espera— y a leyes completas; este es el caso de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, un mayúsculo desacierto cometido en 1996, que comienza a filtrarse, como era previsible, hacia la legislación ordinaria.<sup>21</sup> Sin embargo, no se ha levantado sino una leve, insuficiente reacción, que no tiene el tamaño del peligro que corre la sociedad con estos asedios sobre el Estado de derecho. Es natural: la inseguridad, que es un abismo, tiene un efecto congruente con su naturaleza: produce otro precipicio. Habría que ver por cuál nos deslizamos.

Sin embargo, ese es un falso dilema. De lo contrario, estaríamos ante un callejón sin salida tolerable. Uno de los mayores desafíos —por emplear esta expresión manida— que enfrenta la sociedad contemporánea es cómo dominar la violencia sin convertirse, ella misma, en una sociedad violenta. Hay que apagar el fuego sin provocar otro incendio. Muchos sospechan que esa posibilidad se localiza en el hallazgo y la reducción de las causas, que son el tema de la criminología: la clínica, la sociológica y la crítica. La reducción de la violencia no provendrá de la acumulación de anécdotas. Conviene, pues, reflexionar sobre este asunto para ir a sus raíces; extirparlas puede servir más y mejor que seguir podando todos los días un árbol cuyas ramas vuelven a crecer todas las noches.

21 Análisis de este ordenamiento y sus bases constitucionales en García Ramírez, *La delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

*Estudios jurídicos*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 24 de abril de 2000 en los talleres de J. L. Servicios Gráficos, S. A. de C. V. En la edición se utilizó papel cultural de 70x95 de 50 Kgs. para los interiores y cartulina couché de 162 Kgs. para los forros. Tiraje: 1,000 ejemplares.