

## 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 apeteería 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 aquélla— 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 inculpado: 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.