

CAPÍTULO PRIMERO

LAS BASES DE UNA POLÍTICA CRIMINAL GARANTISTA

— I —

El modelo de estado y la clase de su política jurídica

Las constituciones políticas de los diferentes Estados del mundo contienen las decisiones fundamentales que orientan a su sistema jurídico y político. De ahí que la misión del Derecho en un determinado orden social esté —o deba estar— en relación directa con el contenido, los ideales y el modelo de estado de la Constitución que lo rige. En la actualidad se distingue entre dos modelos ideales de estado: el modelo del estado de derecho o democrático y el del estado absolutista o autoritario.⁶⁶ En la vida moderna ambos tipos de Estado tienen el común denominador de que se rigen por leyes. Pero la diferencia específica entre ellos estriba en que el ideal de estado de derecho —además de que funciona a través de cauces jurídicos— se ajusta a una serie de principios que limitan al poder del propio Estado. Esos principios se basan en que es el mismo Estado el que respeta a los derechos de las personas en su Constitución Política. Pues las primeras decisiones fundamentales en ese sentido estriban en el hecho de que en la C. se consignan los derechos humanos y las garantías individuales de todas las personas y, además, en que a la “soberanía” se le hace residir en el pueblo a efecto de que el Estado la ejerza en el bien del mismo pueblo. (Artículos 1° a 29, 39 y 40 C.) Por lo tanto, es a las personas que integran ese pueblo a quienes les corresponde elegir a sus gobernantes. Pero para que éstos —en el ejercicio del poder que les confiere el pueblo— actúen en beneficio de él y respeten las garantías que la misma Constitución establece y los derechos humanos de los que ella parte. A grado tal que en la moderna teoría del Derecho Constitucional ya se plantea la idea de que: “...la Constitución es «previa» al Estado. Así Peter Häberle sostiene que (...) si todo el poder del Estado proviene de los ciudadanos que se “encuentran” en la comunidad ciudadana, no queda entonces ningún espacio para un poder estatal extra o preconstitucional. La Constitución debe concebirse así como “previa” al Estado, a pesar de la importancia que éste pueda tener o conservar”.⁶⁷ El que se reconozca lo anterior se traduce, además, en una serie de garantías que observará el Estado creado por la C. para que limite su poder en respeto a los derechos de las personas y lo ejerza en beneficio de la sociedad. Garantías que aquél deberá desarrollar en el orden jurídico secundario. Es decir, en el que mane de la Constitución.

Para que se implemente lo anterior se divide el poder del propio Estado. Y en la C. se forma así a los poderes legislativo, judicial y ejecutivo. Esa división de poderes ya significa de por sí otra limitación al poder estatal. En efecto, el artículo 49 C. consagra el principio de la división de poderes al establecer que: “*El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial*”. De la división de poderes —nos dice el distinguido jurista Moisés Moreno— se sigue también que: (...) El Estado debe estructurarse en diversos órganos, cada uno de los cuales tiene delimitada su función por la propia ley para proteger a los hombres

⁶⁶ Sobre este particular, véase Antonio E. Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pp. 187 y ss.; Ángel Garrarena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1992, pp. 195 y ss.; G. Bettiol, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, pp. 51 y ss. Peter Häberle, *El Estado Constitucional, Estudio introductorio*, traductor e índices, Héctor Fix-Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

⁶⁷ Peter Häberle, *El Estado Constitucional*,... op. cit., pp. 20 y 21.

frente al despotismo, derivándose de ello otros principios, como son el de reserva y el de legalidad.⁸⁸ Lo cual a su vez, agrego por mi parte, tiene su complemento en las garantías de los artículos 14 y 16-párrafo primero, de la C. Por el contrario, en un estado absolutista o autoritario, aunque cuenta con un orden jurídico éste obedece a otros principios, tales como el de concentración de poderes y el de oportunidad o de utilidad. De los que se excluye del primer plano a los derechos humanos. Porque éstos —en concepto confesado o inconfesado del autoritarismo— dificultan la realización oportuna de otras prioridades. Lo anterior, por cierto —incluso en sociedades formalmente democráticas— ha llevado a declarar que mientras la "sociedad estatal" no sea satisfecha con otras necesidades, todavía no es el tiempo de la vigencia plena de los derechos humanos.⁸⁹ De aquí cabe explicar en parte la ausencia, la disfunción o la ineficacia de controles de información e invalidación de las violaciones de los titulares de los poderes públicos, en especial cuando se trata de los ámbitos de la política, la administración pública, las finanzas públicas y la economía. De ello se sigue la idea siguiente: No todo Estado que se rija por leyes será por ese mero dato un estado de derecho. Pues para ello es insuficiente que el Estado tenga un cuerpo legal y se sujete o trate de ceñirse a él. *El Estado sólo será un estado de derecho en la medida en que con sus actos —legislativos, administrativos y judiciales— reconozca, respete y desarrolle el disfrute de los derechos humanos y beneficie a la sociedad que gobierne, auto-limitándose y guiándose eficazmente por esas virtudes.*

Ese reconocimiento y las garantías de esos derechos los debe hacer el Estado a través de los cauces formales que se derivan de los principios antes mencionados. Mas la libertad, la igualdad y la dignidad humanas, la legalidad y los demás derechos y garantías que supone el estado de derecho se deben manifestar más allá del plano formal. También, y sobre todo, se deben evidenciar en el plano material. En el de la realidad social, cultural y económica y, por supuesto, en el entorno jurídico que rija a esas realidades. Ya que en un estado de derecho tanto el Estado como el Derecho son producto de la voluntad general. En oposición con el estado autoritario, donde el Derecho y el poder residen en manos de una o de pocas personas para que aquellos actúen en el patrocinio de sus intereses. A diferencia del Estado democrático donde ese Derecho se formula para beneficio de la gente y el respeto a las garantías y los derechos personales. Aquella concepción deviene del principio democrático que se expresa en la idea de la «soberanía popular», la cual —dice Pérez Luño— (...) lejos de ser una categoría abstracta o puramente retórica, entraña una respuesta normativa al problema de la legitimación política en el plano material y formal.⁹⁰ El principio de la «soberanía popular» es entonces una condición por la que se garantiza que cualesquier ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado se base en su legitimación popular y se realice en interés del pueblo y con ajuste a las garantías personales. Y, por ende, en favor de las personas que forman al mismo pueblo. Bien dice Mir Puig —cuando interpreta el sentido del Estado social y democrático de Derecho que se estipula en el artículo 1º de la Constitución Española— que: (...) la fórmula «Estado social y democrático de Derecho» supone no sólo la tentativa de

⁸⁸ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, Editorial Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1999, p. 42

⁸⁹ Menciona y critica esa clase de posturas Luigi Ferrajoli, *Derecho y Garantías, La ley del más débil*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, pp. 28 y ss.

⁹⁰ Antonio E. Pérez Luño, *Derechos Humanos...*, p. 204

someter la actuación del Estado social —a la que no se quiere renunciar— a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real.⁸¹

Ahora bien, ninguna duda cabe que el Estado Mexicano se sustenta en la aspiración a un estado democrático y de derecho. Pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 39 dispone que: *"La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo"*. Y, además, que: *"Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste"*.⁸² En su turno el artículo 40 establece que: *"Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, «democrática», federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental"*.⁸³ En tal línea de pensamiento, un Estado que aspire a ser una república democrática será aquél en el que la democracia signifique para la república algo más que la voluntad de la mayoría y la forma de elegir a sus gobernantes. Pues ello sólo vendría a ser una democracia formal. Un estado democrático será el que, además, contemple a la democracia como una forma permanente de gobernar con respeto a las garantías y los derechos del ser humano y en beneficio de la sociedad. Y el que, por tal condición, admita el imperativo de organizar de manera eficaz los actos de gobierno de sus tres poderes y órdenes de autoridad en favor de aquellos. Esto es la democracia sustancial. La idea misma de democracia se cimienta en admitir el derecho humano de elegir. Y el derecho de elegir surge del derecho que tiene toda persona a ser libre y, por lo tanto, de beneficiarse con sus actos libres o de responder por ellos. El estado democrático debe buscar entonces en ese marco respetar a la persona y lo que sea benéfico para la sociedad. Para que la persona viva y se le trate como ser humano digno —artículo 3° de la C— y para que la sociedad se desarrolle y prospere en paz. Todas estas aspiraciones —y en especial el entendimiento de la democracia como una democracia sustancial más que como simple forma de llegar legítimamente al gobierno— ya se explican de por sí —con el sentido y fines que se apuntan— en el artículo 3° de la Constitución, que concibe a la *democracia*: *"No solamente como una estructura jurídica, y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el mejoramiento económico, social y cultural del pueblo"*. Y más aún, cuando el artículo 25 C, dispone que: *[El Estado] "... [a efecto de fortalecer el] régimen democrático... que... permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales..., ...llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución"*.

De aquí entonces que el que haya un orden jurídico legítimo depende en mucho de la concepción del Derecho en un Estado. O al menos la que de él se tenga en un Estado para el que la democracia simbolice una forma permanente de gobernar reconociendo la esencia del ser humano y el imperativo de entender y organizar de manera eficaz los actos de gobierno para que a aquél se le respete en sus bienes jurídicos. El estado democrático ha de buscar entonces en esa dirección lo que sea necesario para que la persona viva y se le trate como un ser humano digno y para que con actos benéficos de gobierno la sociedad se pueda desarrollar en paz. Por ende, el Estado que se apoya en esas bases es un Estado que se auto-limita en su poder y que lo

⁸¹ Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1994, p. 33

⁸² Los corchetes, naturalmente, son míos.

⁸³ *Idem*.

dirige en favor del grupo humano que gobierna. El Estado democrático es en suma un Estado en el que al Derecho se le estructura como un conjunto de normas que surgen de reconocer a los derechos individuales y sociales del ser humano y que procura apoyarlos para su desenvolvimiento en sociedad y lograr la paz y el bien común. A la par que diseña las prestaciones sociales y de gobierno necesarias para el disfrute y desarrollo de aquellos bienes y valores. Por ende, en el que al Derecho se le organiza con reglas que reconozcan a esos derechos al tutelar los bienes jurídicos en los que aquellos se cristalizan. Y el que en ese contexto instrumenta los preceptos conducentes para hacer que aquellos se respeten y, en su caso, se resarza por su lesión. Y del mismo modo desarrolla los mecanismos jurídicos por los cuales se puedan corregir con oportunidad razonable las desviaciones o abusos del poder estatal en perjuicio de las garantías y los derechos de las personas.

¿Mas es cierto todo eso en el contexto de la Constitución Mexicana? El hecho mismo de que el artículo 1° de la ley fundamental diga que *"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece"*, revela que la propia carta fundamental parte del presupuesto de la existencia de los derechos humanos. Los que reconoce como tales. Y es con el fin de protegerlos que «otorga» las «garantías» conducentes. Las garantías que la Constitución otorga es para hacer eficaz el respeto a los derechos humanos, porque aquellas en su sentido instrumental no son ni constituyen a los derechos humanos. Es decir, las garantías individuales son herramientas con las que se fijan parte de los límites a los que el poder del Estado se debe ajustar en sus actos con relación a los derechos humanos. Las "garantías" sirven o deben servir a "todas" las personas como avíos jurídicos para que puedan hacer valer esos derechos y se defiendan de los actos que rebasen esos límites atentando contra ellos. De aquí que si bien pueda ser verdad que debido a su naturaleza instrumental ciertas garantías no sean en sí un derecho humano; lo cierto es que esas garantías son bases mínimas para que se respete a los derechos humanos. Mismos que en lo esencial también se les reconoce de manera expresa en gran parte de los primeros 29 artículos de la C. bajo la denominación genérica de *"Garantías Individuales"*. En éste amplio sentido de garantía, sí es que pueda aceptarse que las mismas comprenden tan a los derechos humanos como a las normas instrumentales de corte constitucional para respetar algunos de ellos. Pero ni siquiera así es admisible que sea la C. la que "otorgue" los derechos humanos. Estos son previos al Estado y una Constitución de corte democrático no es sino la expresión de ese reconocimiento. De esta manera las garantías —tan las sustantivas, como las instrumentales— se convierten en los pilares y los lindes básicos en los que el Estado se deberá apoyar y a la vez ajustar y orientar cuando ejerza su poder tan en sus actos legislativos, como en los administrativos y en los jurisdiccionales con relación a las personas. Garantías que en su aspecto sustantivo de "derechos" los reconoce ahora la C. de manera expresa en la mayoría de sus primeros 29 artículos dedicados a las "garantías individuales".²⁴ Para hacerlas eficaces, tan a unas como a las otras al Estado le corresponde apuntalarlas, desarrollarlas y perfeccionarlas en aquellos ordenes.

²⁴ Cifra, ver el apartado siguiente: La política criminal en un estado de derecho.

La noción de garantía entendida como consagración de un derecho viene de Francia. La "Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano" de 1789 constituye la proclamación de los derechos básicos inherentes al ser humano que por esa vía buscó su respeto. Como se trata de derechos naturales, anteriores y superiores al Estado, éste no tiene más que reconocerlos. Pero con el objeto de que se les respete es que el Estado debe otorgar las «garantías», que no equivalen a los derechos mismos, sino a las medidas por las que se asegura su acatamiento. Providencias que le corresponde al legislador desarrollar para que operen con eficacia. De esa forma, a los derechos de las personas no solo se les garantiza a través de que se les "reconozca" en un mandamiento constitucional; sino, mejor aún, por medio de disposiciones sustantivas e instrumentales en las que se limite el poder del Estado o se le faculte, según los casos, para hacer respetar aquellos derechos o hacerlos efectivos.⁶⁶ Esas normas se contienen en las mismas Constituciones. Pero a su vez, el orden jurídico secundario les debe regular con claridad y desarrollar con eficacia por tratarse de garantías constitucionales. Es válido incluso que la ley amplíe el margen de esas garantías si ello redundaría en beneficio de la persona y de la comunidad o de una de ellas sin perjuicio de la otra. A las preguntas de si: ¿contiene la Constitución un inventario de garantías máximas, cuya ampliación se deba disponer por la propia ley fundamental? O por el contrario: ¿se trata tan solo en la Constitución de un catálogo de garantías mínimas, que el legislador secundario puede ampliar? Aunque las respuestas que dan los analistas son contradictorias, García Ramírez precisa: (...) En un Estado de derecho democrático, humanista, pendiente de la libertad del hombre, los derechos públicos subjetivos establecidos en la Constitución son apenas el «minimum» irreductible, que ninguna autoridad —ni la legislativa, el Congreso de la Unión o los congresos de los Estados— puede reducir, estorbar o cancelar.⁶⁷ Si se tiene presente, además, que el texto del artículo 1° de la carta fundamental asegura a toda persona las garantías que estipula aquella: (...) *las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...* No cabe entonces menos que coincidir con el ilustre jurista: [s]e prohíbe, pues, restringir y suspender, pero no ampliar o extender.⁶⁸

Por otra parte, es innegable que la Constitución de 1857 se adhirió a la tesis iusnaturalista que se acaba de exponer, pues el artículo 1° proclamó que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. Sin embargo —y con pie en el actual artículo 1° que dispone que la Constitución "«otorga» las garantías"— se podría alegar también que la carta fundamental de 1917 se afilió a la tesis positivista, con la cual se argüiría que los derechos son creados por el orden jurídico. Fix Fierro señala: (...) hay indicios para suponer que el Constituyente de 1916-1917 no tenía una idea precisa de lo que implicaban ambas concepciones (y, por lo tanto, no pretendió zanjar la discusión), pero sí consideraba que los derechos sociales

⁶⁶ Un ejemplo claro de mecanismo de control protector del derecho a la libertad, se encuentra en el mismo artículo 16 C. con relación a la ratificación de la legalidad de la detención o retención del indiciado que debe hacer el juez tan pronto reciba una consignación con detenido. Así mismo, son ejemplos de medios legales de autocontrol para la obtención de la verdad histórica de los hechos a través de medios de prueba confiables y del debido proceso penal: Las cláusulas de invalidez de diligencias sin ciertas formalidades y las de los medios de prueba que se obtengan ilícitamente, que prevén los artículos 64, 68, 72, 76, 77, 151, 183, 184, 188, 191, 210, 210, 263, 284, 282, 296, 338, 374, 387, 403, 435, 439 y 471 del CPPC; así como las causas de nulidad de pleno derecho por falta de formalidades, de los artículos 150, 156, 176 a 183 del CPPC. Por el contrario, los artículos 180 del CFPP y 124 del CPPDF sólo contienen la cláusula "declarativa" que en lo conducente dice que "... se podrán emplear los medios de investigación que se estimen conducentes siempre que no sean contrarios a derecho", o bien que "... esos medios no estén reprobados por la ley". Pero el CFPP y el CPPDF nada previenen de las consecuencias en caso de que no sea así y sólo el primero prevé la invalidez de la inspección que se practique sin el funcionario que debe llevarla al cabo y de la confesión ante la Policía Judicial. Por lo que atañe a la nulidad por la violación de formalidades esenciales, el CFPP nada más permite hacerla valer en la siguiente diligencia en la que intervenga la parte a la que afecte la nulidad (artículos 27 bis, 206 y 287 del CFPP.)

⁶⁷ Sergio García Ramírez, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, 14ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, p. 228

⁶⁸ Idem.

debían quedar claramente establecidos y definidos en la Constitución, lo que se puso sobre todo de manifiesto al discutirse los derechos sociales. Hoy se acepta, más allá de las discusiones filosóficas, que los derechos pierden valor si, además, no existen los medios para hacerlos efectivos, es decir, que éstos son tanto o más importantes que la declaración del derecho mismo.⁹⁸ Pero desde el enfoque del estado democrático que antes se delineó de acuerdo con los artículos 3º, 25, 39 y 40 de la C. y, además, con el contenido actual de los primeros 29 artículos de la C., es innegable el imperativo que existe para los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de ejercerlos con respeto de los derechos de las personas y para procurar el bien común. Y, asimismo, que para cumplir esos fines el Estado cuenta con el Derecho como uno de los medios principales. Éste se crea por y para el ser humano. Por lo tanto, es un equívoco trastocar la naturaleza del Derecho para convertirlo en un fin en sí mismo. El Derecho es para las personas y no éstas le son para él ni en virtud de él. Por ello es que debemos entender el cambio de paradigma, pues ya no se trata del Estado legislativo de derecho, sino del Estado constitucional de derecho. No se trata pues, de que si el Estado se auto-limita a través de leyes que la mayoría decide, sino de que el Estado de por sí «ya ésta limitado» por los derechos humanos, sus garantías individuales, los derechos sociales y los ideales democráticos que recoge nuestra Constitución. (...) Contra los que —dice Ferrajoli— la mayoría ya no puede decidir o no-decidir validamente contra su realización eficaz.⁹⁹ El Estado tiene el imperativo de gobernar con respeto de las personas y en beneficio de la sociedad conforme a las garantías individuales y los derechos sociales que la propia Constitución consagra como ideales en forma rígida. Porque esta es la verdadera dimensión «sustancial» de la democracia. Dimensión «democrática» que retroactúa sobre la misma democracia como tal. Bien apunta Perfecto Andrés Ibáñez: [La democracia]... ahora, no se agota en el respeto de las reglas procedimentales de formación de la voluntad popular propias del sistema representativo, puesto que la aludida nueva dimensión tiene que materializarse en el «contenido» de los actos del legislativo.¹⁰⁰

De aquí que ya no podamos conformarnos con la posición de un derecho paradigmático mexicano donde la Constitución dice una cosa, las leyes otra, la jurisdicción otra más y la realidad muestra otra distinta. Donde se ve una rama, pero no se advierte el árbol, menos el bosque, ni sus veredas, sus arroyos, sus cauces y sus fuentes. No podemos conformarnos con una visión que enfoque a la sociedad y no mire a los individuos. Ni que sólo vea a las personas, pero desatienda a la gente. Menos aún podemos aceptar aquella visión que se concentre en el Estado sin atender al pueblo y las personas por igual y en debido equilibrio. Es cierto que la realidad siempre tenderá a ser distinta a los imperativos ideales del estado de derecho. Más así como no debemos confundir el "ser" con el "deber ser", tampoco nos debemos contentar con supuestas aforías insuperables. Nada hay de quimérico en denunciar el distanciamiento y menos todavía la oposición entre la Constitución, la ley y la jurisprudencia que no se pueda eliminar o al menos reducirse significativamente. Como tampoco es ya suficiente contar con leyes consecuentes con la carta fundamental, pero que son simplemente declarativas o sólo programáticas. Sin fórmulas claras ni mecanismos efectivos para su función y vigencia eficaz. Y sin los autocontroles posibles y necesarios para corregir las desviaciones y los abusos de poder. Es

⁹⁸ Héctor Fix Fierro, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, 14ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Editorial Porrúa, S. A., México, 1999, p. 3

⁹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 19.

¹⁰⁰ Perfecto Andrés Ibáñez, "Prólogo" a Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías*, *idem*, p. 11.

ya inadmisibles la falacia naturalista o neo-determinista de que nuestros sistemas son como son porque no podrían ser de otro modo. Así pues —según aquella— teorizamos la descodificación, la deslegalización o la desregulación. Porque sería bueno que esto sucediera de manera reflexiva, para simplificar y hacer funcional y eficaz un orden jurídico que respete al ser humano y beneficie a la sociedad. Pero sería malo que ello se dé favoreciendo lo contrario y subordinando el derecho sustancialmente democrático al derecho formalmente democrático. El que se nutra por imperativos de carácter puramente económico, tecnológico o político que sólo se sustentan en la oportunidad. No se trata entonces de ir a los extremos, del mito difuso del idealismo a la normatividad excesiva o de ésta a la regulación disfuncional y neutra. Ni una ni otra cosa. Porque nada hay de inevitable y postergable en la ineficacia de los derechos y en su violación sistémica por parte de la autoridad. Nada hay de irremediable en la abusiva condensación que deja amplios márgenes para la arbitrariedad o en la misma normatividad excesiva. Esto es, en normas simplemente retóricas o en el contrapunto de la actual fragmentación tan abundante como irreflexiva donde priva la falta de fórmulas claras y la ausencia de los controles racionales posibles en la misma ley para asegurar su eficacia y mejor aplicación.

De lo anterior también se sigue que el grado garantista de un país no sólo se define por su modelo constitucional. Sino, además —y de manera primordial— por el funcionamiento efectivo de ese modelo. El nivel garantista de un Estado puede ser alto en su representación constitucional, pero deficiente en su desarrollo secundario o en su observancia práctica. Luigi Ferrajoli observa que: (...) ha de medirse la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos idóneos de invalidación y de reparación, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente declarados: Una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y por los derechos que sanciona. Y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de “garantías”— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.¹⁰¹ Por su parte, Moisés Moreno piensa que: (...) el Estado de derecho que se concibe de esa manera, debe tener una función que no se puede traducir en otra cosa que no sea la realización de fines consistentes en crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de personas que le dieron origen y posibilitar la vida en comunidad.¹⁰² Claro es también que el Estado Mexicano cuenta en su Constitución Política con la Institución del Amparo como mecanismo protector por excelencia de las garantías y, por ende, de los derechos personales. Pero por decir lo menos, es por igual nítido —en mi concepto— que en muchas leyes es deficiente el desarrollo o el entendimiento de los derechos humanos y de las garantías individuales. Al igual que lo es de los mecanismos para la autorregulación del poder y de corrección de los abusos; si no es que aquellas y estos son contrarias a esos derechos y a esas garantías. Simplemente, en el primero de los casos, porque ese desarrollo o ese entendimiento legales con frecuencia carecen de los dispositivos y de los criterios congruentes con la garantía o el derecho personal; o de los que realmente sirvan para que se auto-repare o bien se enmiende con oportunidad su violación. Y en el segundo, por la resistencia interna e inconfesada a un cambio. Pero en especial, a una evolución que implique dejar de ejercer un poder cuyo ejercicio contraría los principios del estado de derecho. Aunque el poder soberano no pertenezca al Estado, sino al pueblo, pero que en esas leyes

¹⁰¹ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 852.

¹⁰² Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, p. 43.

beneficia la presencia de un estado autoritario que perjudica al pueblo. O aunque a éste aquellas leyes no le sean benéficas. Y en cualesquier evento, por la falta de una política verdadera y constante que en su integridad respete los derechos de las personas y los de la sociedad. ¿O qué acaso se puede afirmar con honestidad que es alto el nivel garantista del Estado Mexicano —con relación al respeto de los derechos y las garantías de las personas— porque en él se cuenta con el amparo como mecanismo reparador por antonomasia de las violaciones a la Constitución? ¿Qué acaso por ese motivo carecería de importancia la deficiencia, la disfuncionalidad, las lagunas o la ineficacia de muchas leyes? ¿O es intrascendente el que en ellas mismas se haga caso omiso de las garantías y los derechos de las personas o de hacerlos realmente efectivos? ¿Y acaso importa poco que la autoridad no se abstenga de incurrir en tales defectos o desvíos? ¿O para que conforme a esas garantías no deba intervenir con otros medios eficaces para corregirlos? ¿Y para que en las mismas leyes no se contemplen los mecanismos posibles de control y de corrección que sean oportunos?

Porque la respuesta a todo ello tiene que ver con la política criminal que el Estado debe adoptar para que estructure un sistema penal que en su integridad sea acorde con un estado de derecho o democrático que se deriva de nuestra misma Constitución. Sistema penal en el que las instituciones penales funcionen realmente con respeto a los derechos fundamentales de las personas y en beneficio de la sociedad.

— II —

Una política criminal garantista en un estado de derecho

El poder punitivo es inherente al poder estatal. Guste o no, el poder punitivo es una forma de control social. Y guste o no, la coerción que se ejerce con la ley penal es una verdad histórica sin que se avizore su cancelación en el corto o mediano plazo. Pretender lo contrario es aspirar a utopías abolicionistas que se desentienden de las realidades sociales y de los modelos de Estado en el pasado, en el presente y en un futuro previsible. Es un hecho, asimismo, que la coercibilidad es la nota distintiva de las normas jurídicas. Al igual que dicha coercibilidad es una forma de violencia, la cual no se puede explicar conceptualmente sin atender a los diversos contextos históricos, políticos, sociales y económicos en los que se manifiesta. Es más, la violencia así entendida ni siquiera es privativa de la norma penal, sino que es un emblema de todas las normas jurídicas creadas para la defensa o protección de determinados intereses, legítimos o ilegítimos, organizados en un sistema social. Pero quizá lo que diferencia a esa violencia y a ese sistema en el ámbito jurídico penal —de las demás instituciones de control social— es su carácter severo y limitado, no solo por cercos formales que la distinguen de otros subsistemas al restarle a aquella el carácter de sorpresa a través de normas previas y claras que se debiesen crear a tal efecto; sino, además, por su naturaleza sustancialmente legítima que se debería desprender de esos límites. Y es que al poder de punir se le limita por la misma C. no solo cuando regula las garantías penales, procesales y ejecutivas en sus artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 101-A, sino que a dicho poder de punir también se le limita por los derechos humanos y las demás garantías reconocidos en la misma C.

Por ello, cuestionarse ¿cuáles han de ser los límites de la potestas puniendi? Es preguntarse antes y en primer lugar, ¿cuál es la política criminal que ha de «limitar y encausar por vías legítimas» el ejercicio de ese poder punitivo?

Las bases de esa política criminal han de hallarse en una carta fundamental de corte democrático. Porque si la Constitución Política de un Estado constituye el principal indicador de la política social que debe existir en ese Estado; el parámetro de validez del «sistema penal»¹⁰³ que aquél implemente a su vez se ha de sustentar en las normas constitucionales que apunten al ideal del Estado de derecho. Desde este punto de vista, al examinar el ius puniendi con relación al estado democrático o de derecho Moisés Moreno apunta: (...) al Derecho Penal se le atribuye una determinada función: La de proteger a los bienes jurídicos, tanto individuales como colectivos, que sean fundamentales para la vida ordenada en comunidad. Para lo cual cuenta con las sanciones penales como mecanismos de control. El porqué, cómo y cuándo se debe echar mano de estos recursos, depende de la política criminal del Estado.¹⁰⁴ Ahora bien —agrega el distinguido jurista—: (...) Si los criterios generales que informan al modelo del estado democrático o de derecho deben impactar a todo su orden jurídico. Por lo tanto, también deben trascender a su sistema penal. Pues las «medidas de control social de carácter penal» son un sector de todas las medidas estatales que se adoptan para el logro de los objetivos que se encomiendan al Estado. O dicho de otro modo —como Moisés Moreno también lo anota—: (...) la política que el Estado adopta en materia criminal es solo un sector de toda la política social de dicho Estado. Y con la que debe mantener una fuerte unidad. En tal orden de ideas (...) para que la política criminal se enmarque dentro de los principios que se derivan de la propia Constitución, debe reflejar siempre la concepción filosófica y política que inspira a la ley fundamental. La ideología que nutra a la política criminal será la que le dé sentido; como sentido le da a toda decisión política. Y aún cuando no sea fácil determinar la “ideología que sigue o debe seguir un «sistema penal»”; sin duda alguna que ella debe ser acorde con la filosofía fundamental que derive de la Constitución Política y, en su caso, que caracteriza al estado democrático o de derecho.¹⁰⁵

Las razones del Dr. Moisés Moreno son de validez indudable. Porque dado que los textos de nuestra carta fundamental son elocuentes de lo que en ella significa la democracia sustancial como ejercicio del poder: ¿Qué acaso existe alguna razón para que no sea así en todos los ámbitos de la política que ejerza el Estado? Al contrario, hay razones de sobra para que así se conciban las políticas que el Estado debe diseñar para ejercer el poder que el pueblo le confirió. Y en especial, para que forje así su política social. Y la política criminal es uno de los segmentos de esa política social. Una política criminal, por ende, que debe ser integral, constante en el garantismo y eficaz en sus postulados. La cual ante la realidad azarosa, plagada de vicios e inercias grandes, la enfrente con un sistema penal que realmente funcione y en el que su cerco y guía sea el espíritu de la democracia sustancial. Una política que genere un sistema que muestre respeto a los derechos humanos y actúe para el bien común. Nuestra carta fundamental es de corte democrático y por tanto, la política criminal debe ser coherente con ella. Debe de ser un credo por el que se garantice el respeto a los derechos humanos en los diferentes niveles de intervención del Estado frente a las personas. Ya apuntan de por sí hacia esto los

¹⁰³ Sobre los alcances de la expresión “sistema penal”, véase Raúl E. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Primer Informe del...*, op. cit., pp. 7 a 10.

¹⁰⁴ Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal*, p. 76.

¹⁰⁵ Moisés Moreno Hernández, *idem*, pp. 59 y ss.

principios de "división de poderes" (artículo 49 C.), de "legalidad" (artículos 14 y 16 C.), de "libertad" (artículo 2° C.), de "dignidad humana" (artículos 1° y 2°; apartado C del artículo 3°, párrafo sexto del artículo 4° y párrafo primero del artículo 25 C.), y de "igualdad" (artículos 1°, 2°, 4°, 12 y 13 C.)

Y lo confirman las garantías a los derechos personales —tan las de tipo sustancial como las de carácter instrumental—: De los derechos indígenas. (Artículo 2° y párrafo primero del artículo 4° C.) De igualdad de género y de decisión libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de los hijos. (Párrafos segundo y tercero del artículo 4° C.) Del derecho a la protección a la salud personal; y del derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar personal. (Artículo 4° C.) Del derecho de la familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa. Y de que la ley establezca los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. (Artículo 4°.) Del derecho de los niños y las niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Y a que el Estado provea lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. (Artículo 4° C.) De libertad a cualquier actividad lícita. (Artículo 5 C.) De manifestación libre de las ideas y de libertad para escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia, sin más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública (artículo 7° C.) De libre asociación (artículo 9° C.) De poseer armas en el domicilio para la seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del ejército, armada, fuerza aérea y guardia nacional (artículo 10 C.) De la libertad de traslado (artículo 11 C.) De la inviolabilidad y protección de la correspondencia por estafeta y de la comunicación privada (párrafos décimo, undécimo y trigésimo del artículo 16 C.) De la inviolabilidad general del domicilio (párrafos noveno, duodécimo y decimocuarto del artículo 16 C.) Del acceso a una justicia expedita, pronta, completa e imparcial (artículo 17 C.) De que cada cual profese la creencia religiosa que más le agrade y practique las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley (artículo 24 C.) De la propiedad privada (artículo 27 C.) En virtud de esas concepciones es que se debe limitar el ejercicio del poder punitivo que corresponda a cada uno de los órganos del Estado. Y esa limitación obedece —precisamente— a la observancia de las garantías individuales, al respeto a los derechos humanos, al reconocimiento —expreso o implícito— de los valores constitucionales y al deber de actos de gobierno que en tal contexto procuren el bien común. Porque esto también lo corroboran las garantías a los derechos humanos de carácter social o colectivo de nuestra carta fundamental. Los derechos: A la educación (artículo 3° C.) A la protección de la salud; a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar; a disfrutar de vivienda digna y decorosa; a la satisfacción de las necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para el desarrollo integral de la niñez. (Artículo 4° C.) A que se prohíban los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos (artículo 28 C.) Y a la planeación y desarrollo económicos democráticos, que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga la Constitución (artículo 25 C.) Del derecho al trabajo, a la seguridad social y demás prestaciones sociales. (Art. 123 C.)

Por ello, la política criminal del Estado Mexicano debe respetar la concepción del ser humano que tiene la Constitución, en tanto que es de las personas y para las personas —en lo individual y como sociedad— que

deriva la propia existencia y fines del Estado y del Derecho. Los que conciben al individuo como "persona". Como "fin en sí mismo". Como un ser "racional". Respecto de quien —como señala Moisés Moreno— se le habrá de reconocer una serie de características inherentes a su naturaleza humana. Características que —reconocidas en la C—, a su vez, determinarán los contenidos y el sentido de diversas categorías que se manejan en todo el sistema penal. Particularmente en el nivel legislativo y judicial, al igual que en el sustantivo, procesal y ejecutivo. En suma —dice Moisés Moreno—: (...) en un estado de derecho es pues necesario que su política criminal se funde filosóficamente y racionalmente; y, además, en correlación con los principios que manan de aquél. Y en el orden jurídico punitivo esa fundamentación alcanza al menos tres grandes campos: el penal, el procesal penal y el ejecutivo penal.¹⁰⁶ Por ello, es igualmente importante que se analice respecto a cada una de esas áreas, cuáles fueron y cuáles son todavía los «dogmas» en los niveles legislativos y jurisprudenciales frente a los que habrá que sostener una "herejía". Es decir, las normas y los criterios jurídicos que atenten contra las decisiones fundamentales o que incumplan con el espíritu que anima a éstas que es el que se procure un estado de derecho. Todo ello bajo la perspectiva del garantismo penal, que puede operar como método crítico y no solo como modelo ideal de referencia de los bloques de garantías penales y de los derechos de las personas que hay en nuestra Constitución Política. Pues creo que con la denuncia constructiva de los espejismos, de las disfunciones y de las ineficacias que existieron y que aún hay en esos campos y niveles, es posible que se diseñen nuevas o superiores opciones que respondan mejor al reclamo de la sociedad, para que haya un sistema penal que a la par respete los derechos humanos, dé seguridad, sea racionalmente funcional con sus límites y fines y que dentro de esa tesitura se dirija a beneficiar a la sociedad.

Ya antes señalé la idea de Ferrajoli: En la noción misma del estado de derecho o democrático subyace una latente ilegitimidad jurídica. La que se debe al anhelo de las promesas que se encierran en las normas constitucionales y que no se mantienen en sus normas secundarias, en la interpretación judicial de ellas o en la práctica. Y que —como dice Ferrajoli: "[q]uizá y sólo en cierta medida, aquella constituya una «aporía insuprimible» en el modelo ideal de un estado de derecho. Pero en verdad, esa ilegitimidad puede alcanzar grados patológicos cuando las normas del sistema superior son del todo inefectivas".¹⁰⁷ Si esto sucedió y sucede aún en México respecto a muchas manifestaciones legislativas y judiciales en el sistema penal, es lo que habrá que poner de manifiesto a través del método crítico garantista. Porque creo que el sistema penal mexicano lejos de quedar exento de aquéllas aporías se nutre de ellas en forma constante. Y con los intentos de que se vuelva a fórmulas del pretérito cuya esterilidad ya se demostró. Cuya divisa pareciera ser la de cambiar para que se vuelva a un sistema autoritario o no salir de éste en lo que aún se esté. Todo ello con la bandera de proteger a la sociedad. Pues con el pretexto de la inseguridad pública y el combate a la impunidad, se pugna para que persistan las disfunciones y las distancias con un real estado de derecho e incluso para que se abran nuevos cauces para la intromisión arbitraria del Estado en los derechos de las personas. De aquí que

¹⁰⁶ La necesidad de fundar la pena en cada uno de esos estadios y de que esa fundamentación tenga trascendencia en la concepción dogmática del delito y de la pena fue puesta de manifiesto por Claus Roxin en sus *Problemas Básicos del Derecho Penal*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Editorial Reus S. A., Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Madrid, 1976, pp. 3 y ss. De esa postura surgió la teoría funcionalista de la prevención, por la cual se resalta la función que deben tener los fines político-criminales de la pena en el ámbito del Derecho Penal. En México, Gustavo Malo Camacho alude a esos fines —aunque no se compromete expresamente con esa tesis— en su obra póstuma *Derecho Penal Mexicano*, Tercera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 2000, pp. 71 y 140. Sin embargo, creo que en nuestro país, es Moisés Moreno quien sobresale en poner de relieve la necesidad de compaginar el estado de derecho con la política criminal y la concepción del delito y de la pena, en su obra *Política Criminal y Reforma Penal* ya citada.

¹⁰⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho Penal y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, p. 852.

desde una perspectiva jurídica sea preciso ver cuál ha sido y cuál es la validez efectiva de los bloques de garantías penales en México. En tal sentido, por los límites de este trabajo acusaré sólo algunas de las divergencias —o los peligros de que se produzcan— entre esos bloques de garantías y derechos de las personas y las realidades del sistema penal. Principalmente las que se refieren al ámbito de la ley penal y el delito. Pues creo que con la denuncia de las discrepancias entre el «deber ser» y el «ser que no debe ser» —o del peligro de que así suceda— es que surgen las propuestas para que se reduzca la brecha entre esos extremos. De ésa manera, cuando se legitima a un estado de cosas se justifica el que se le mantenga. Mas cuando se le deslegitima, paradójicamente se legitima la necesidad de que él cambie; en especial cuando esa deslegitimación o legitimación se hace a la luz de las pautas constitucionales que se orientan al ideal de un estado de derecho como son las de la C. mexicana.

Los fundamentos político criminales acerca de la ley penal y del delito se deben proyectar entonces críticamente sobre las realidades jurídicas vigentes a la luz de los principios de un estado de derecho y que afloran de nuestra Constitución.