

# JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

Emma M. Bremauntz

Catedrática por oposición, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.

## 1. LOS DERECHOS HUMANOS PREVISTOS Y GARANTIZADOS CONSTITUCIONALMENTE

El reconocimiento de la existencia de ciertos Derechos que resultan, no de una declaración legal sino de la naturaleza misma del ser humano, ha sufrido, a través de la historia, avatares sin fin que han conducido, en algunas épocas y por muchos legisladores y gobernantes, inclusive por muchos teóricos, a su desconocimiento y negación.

Sin embargo, podríamos afirmar que en especial los decenios finales del siglo pasado estuvieron impregnados de un impulso internacional, propiciado por la Organización de las Naciones Unidas, en el sentido de hacer un reconocimiento de estos Derechos, llamados Humanos, como absolutos e innatos de toda persona humana.

Una de las formas de dicho reconocimiento consistió en la creación de organismos que en principio deberían tener un carácter civil, autónomo e independiente del Estado, precisamente para impulsar el respeto de los Gobiernos a estos Derechos Humanos.

Históricamente, los Derechos humanos se concibieron como “naturales” por considerárseles absolutos en cuanto que no se les puede ceder ya que están irremisiblemente unidos al ser de los hombres en sentido neutro, y no pueden negárseles a ninguna persona.

Kant afirma que lo único que importa es el hecho de que los seres humanos son seres racionales dotados de voluntad y que por el hecho de serlo están en un plano de igualdad con cualquier otro ser racional y en la medida en la cual su voluntad o deseo sea racional, actúa autónomamente sobre la base de los principios requeridos por su naturaleza racional o por la índole de cualquier otro ser también racional.<sup>1</sup>

No siempre se ha dado en las sociedades humanas este reconocimiento; por ejemplo, en lugares donde la esclavitud era reconocida como legal, los seres humanos estaban concebidos de dos

formas ya que los libres sí eran humanos poseedores de derechos y reconocimiento de libertad, de ciudadanía y de familia, pero los esclavos eran hombres y cosas, propiedad de sus dueños y no personas al carecer de estos tres estados.

En el Derecho moderno ha de considerarse que todo hombre es persona, pues este carácter es esencial e inseparable del hombre de acuerdo con su naturaleza de ser racional con una dignidad que debe ser reconocida y respetada y por ello, considerársele libre y responsable para regular su actividad, proponerse objetivos y límites en el obrar. Debe entonces ser primaria para el Derecho, una categoría ontológica y moral, no sólo histórica y jurídica.

Ahora bien, su calidad de persona poseedora de valor y dignidad implica el respeto por sí misma, en la medida en que contribuye a la justa distribución de los beneficios y las cargas, teniendo el reconocimiento de la importancia esencial que existe en cuanto a los derechos de los individuos, el reconocimiento de sus obligaciones como correlativas.

Por ello es válido afirmar que cuando, con justicia se sanciona a una persona y se la encierra para purgar su culpa, no se la despoja de su derecho humano a la libertad sino de ciertas oportunidades para ejercer este derecho. Sin embargo, la negación injusta de ese derecho o cualquiera otro derecho humano sí produce daño moral o perjuicio a la persona, en una categoría totalmente diferente de la que corresponde a la violación de un derecho especial, como el que puede derivar del incumplimiento de un contrato.

No se hace necesario el reconocimiento legal expreso de la calidad de persona para el ser humano ya que ésta es un *præius* para el Derecho, pues la persona no empieza con el Derecho, sino que es una realidad que ya existe fuera y antes del Derecho.<sup>2</sup>

Así pues, persona es un ser que por tener no sólo instintos, sino también entendimiento y libertad, es capaz de sentir necesidades morales, tanto en relación con su cuerpo como respecto a su espíritu y por ello también tiene derecho a satisfacer esa doble clase de necesidad.

Se implica que tiene dignidad en cuanto a la superioridad o importancia que corresponde a un ser, independientemente de la forma en que se comporte; por ejemplo cuando se habla de la dignidad de la persona humana no se hace referencia sólo al valor de los hombres que actúan recatemente sino a que todo hombre, por el hecho de ser persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional.<sup>3</sup>

Esta categoría o dignidad de toda persona humana es completamente independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las calidades que posea. Entre dos hombres de distinta inteligencia no cabe duda de que, en igualdad de condiciones, es el mejor dotado el que puede obtener más ventajas, pero esto no le da ningún derecho a proceder como si el otro no fuera igualmente una persona. Y lo mismo puede afirmarse si se compara un hombre que obra moralmente bien y otro cuya conducta es reprochable. La dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino la de todo hombre, en general, sobre los seres que carecen de razón.<sup>4</sup>

Se dice que las diferencias entre los hombres, sean adquiridas o naturales, deben subordinarse a los principios de "dignidad de la persona humana" que requiere que todos satisfagan sus necesidades materiales y espirituales; al de "igualdad", que no se opone al legítimo provecho personal de cada cual, pero que implica comportarse de tal forma que no sólo se respeten los derechos de los demás, sino que activamente se procure el mayor bien posible para ellos: el bien común.

Esta idea de persona que si bien tiene sus raíces en una concepción cristiana de la vida, es defendida y desarrollada por la doctrina jusnaturalista. La ética y la filosofía kantiana atribuyen al hombre, por ser persona, una dignidad por la cual debe considerarse al hombre como un fin en sí mismo. "Los seres irracionales tienen solamente un valor relativo, como medios, y por ello se llaman cosas; en cambio, los seres racionales son llamados personas, pues su naturaleza les distingue ya como fines en sí mismo, esto es, algo que no está permitido emplear simplemente como medio."<sup>5</sup>

Precisamente de este planteamiento resulta para Kant el primer principio de toda su Ética, el imperativo ético fundamental: "Obra de tal forma que utilices a la humanidad, tanto en tu persona como también en la persona de cualquier otro, en cuanto fin, nunca en cuanto un simple medio."

En este sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, de 1948, en su artículo 1º de-

clara que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..." y proclama en el artículo 6º que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica."

El imperativo kantiano influye decisivamente inclusive en el lenguaje de la iglesia católica que encontramos en la Encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII que expresa que "En toda comunidad bien organizada y fecunda, hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre y que por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes, que al ser universales e inviolables, también son absolutamente inalienables."

En el Derecho español se reconocen como características de los derechos de la persona que:

1. Son derechos *innatos* u originarios, en cuanto nacen y se extinguen con la persona, sin necesidad de que concurra circunstancia, requisito o formalidad alguna.
2. Son derechos *necesarios* en cuanto corresponden a toda persona y, por tanto, el Ordenamiento tiene que reconocerlos necesariamente, si bien pueden suprimirse o suspenderse total o parcialmente, como es el caso del derecho a la vida del condenado a muerte, o el derecho a la libertad del condenado a prisión.
3. Son derechos *privados* en cuanto garantizan a su titular el disfrute y protección de su propia persona en la esfera del Derecho privado, sin perjuicio de que sean también protegidos por el Derecho público (Derecho Administrativo, Derecho Penal, etc.)
4. Son derechos *absolutos* o de exclusión en cuanto son oponibles frente a todos, incluso frente al Estado (*erga omnes*); es decir, confieren un poder inmediato y directo sobre el bien de que se trate y cualquiera tiene la obligación de respetarlos y no lesionarlos. No son, en cambio, absolutos (ilimitados) en cuanto a su contenido, pues "están condicionados a las exigencias de orden moral y las de orden público que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común."<sup>6</sup>
5. Son derechos *extrapatrimoniales* en cuanto no son susceptibles de valoración económica. Sin embargo, aunque no contienen en sí una inmediata utilidad de orden

económico, ante la imposibilidad de reparación *in natura*, se admite la reparación económica por los daños morales a que haya dado lugar la violación del derecho, aparte de la reparación en dinero de los posibles daños económicos.

6. Son derechos *inherentes* a la persona, en cuanto se encuentran necesarios vinculados a esta, razón por la cual se les denomina derechos personalísimos o de la personalidad. De este carácter se derivan, a su vez otros de orden negativo: a) son intransmisibles e indisponibles, b) son irrenunciables, c) son inexpropiables e inembargables, d) son imprescriptibles y e) no son susceptibles de acción subrogatoria.

También se hace una clasificación de los derechos de la personalidad de derechos relativos a la *esfera corporal* o física de la persona y derechos sobre la *esfera espiritual* o moral de la misma.

Entre los primeros encontramos: derecho a la vida, derecho a la integridad física y derecho a la libertad. Entre los segundos se incluyen: derecho al honor, derecho a la intimidad, derecho a la propia imagen y derecho al nombre.

De los primeros se considera el más importante el derecho a la vida, pues es el que permite a la persona realizar su destino; ningún otro derecho es realizable sin éste y es connatural al hombre porque la vida no tiene puramente un valor individual sino también familiar y social, lo cual explica que la defensa de la vida constituya uno de los casos que pueden eximir de responsabilidad criminal.

La Constitución mexicana aunque no hace una declaración expresa de considerarlo como más importante respecto a los demás derechos consagrados como garantías constitucionales, sí lo protege expresamente al señalar en su artículo 14:

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Se hace, en este precepto, referencia clara a los derechos protegidos: la vida, la libertad, propiedades, posesiones y derechos, con la desafortunada expresión de que cumpliéndose las formalidades procesales y legales, aún se conserva la posibilidad de privar de la vida a las personas. Sin embargo aún cuando es una suerte de "horca caudina" suspendida sobre la cabeza de todos

los militares y más remotamente de los civiles, ha quedado hace ya mucho tiempo solamente como una amenaza constitucional, aunque para mi criterio, aún así debería desaparecer.

La Constitución española señala que "todos tienen derecho a la vida y queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares en tiempo de guerra", con lo que se defiende y consagra el derecho a la vida y se hace una cierta reserva al derecho castrense y sólo en caso de guerra.

El derecho a la integridad física, entendido como el derecho de la persona sobre su propio cuerpo y atributos corporales, se encuentra explícitamente reconocido en el párrafo primero del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar que:

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

.....

Con ello se proscriben las penas bárbaras que otrora sirvieron a una justicia penal cruel, quizá apropiada para un mundo medieval cruel, pero absolutamente inaceptable para una sociedad que reconoce lo innecesario de la brutalidad penal y que sabe que el castigo salvaje no sirve ni al ser humano ni a la sociedad.

Este artículo y las leyes de él derivadas, sirven para precisar la integridad física y la dignidad de todo ser humano, especialmente vulnerable cuando se encuentra privado de su libertad en virtud de una sentencia condenatoria o sujeto a una investigación, prohibiéndose las penas que tengan un carácter inusitado y trascendental, es decir, tanto las no previstas en la legislación como las que pudieran afectar a persona distintas al inculcado y ajenas al delito cometido.

Se vincula este precepto con el párrafo cuarto del artículo 19 de la misma Carta Magna al referirse a la detención ante autoridad judicial y a la fracción II del artículo 20 en su parte primera, referida a las garantías del inculcado en todo proceso penal.

"Párrafo cuarto, Art. 19. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades."

“Art. 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

.....

fr. II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura.....

.....”

En cuanto al Derecho a la libertad que se considera como una consecuencia de la condición de persona que todo ser humano tiene, ha de entenderse como el derecho a actuar libre y responsablemente sin más límites que los que la ley, la moral y el orden público imponen, pues todo deber supone libertad.

La libertad que capacita al hombre para obrar por deber y no solamente por instinto es también la que lo hace ser persona y no un simple animal, como dice Antonio Millán, pues hace diferentes a las personas, de los animales y de las cosas. Se dice que todo hombre es persona por tener cierta libertad, aun en las peores circunstancias y aunque sea una libertad limitada, no suprime la categoría de personas sino las mantiene como “persona humana.”<sup>7</sup>

La libertad como Derecho humano desde luego es un concepto muy amplio que abarca varios aspectos o libertades especiales, protegidas constitucionalmente, como:

La libertad y la seguridad personal, que se encuentra reconocida en los artículos constitucionales siguientes:

El Art. 14, en su párrafo segundo, ya comentado, al establecer como requisito para cualquier acto de privación de bienes la celebración de un juicio legal por tribunales previamente establecidos y sometido a leyes preexistentes.

El Art. 16, al prohibir actos de molestia sin el mandamiento escrito por autoridad competente, debidamente fundado y motivado en la causa legal del procedimiento.

El Art. 18 párrafo primero, al señalar que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, en sitio diferente de la correspondiente a la extinción de la pena de prisión.

El Art. 19 en su párrafo primero, al establecer términos precisos para la detención ante autoridad judicial, la declaración del auto de formal prisión debidamente fundamentado en los datos que arroje la averiguación previa que deberán ser los necesarios para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado,

y solamente prorrogables en el caso preciso que se especifica en el texto. Se ordenará la liberación del detenido si no se recibe copia del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, previa consulta con el juez.

El art. 103 y el 107, en los cuales se fundamenta el juicio de amparo o de protección de garantías que es un procedimiento judicial para garantizar la legalidad en el ejercicio del poder público y para proteger los derechos de los individuos frente a las autoridades, al otorgar precisamente la protección y amparo de la justicia federal.<sup>8</sup>

Se encuentran previstas también en nuestra constitución, la libertad ideológica, religiosa y de culto, en el artículo 24, el Derecho a circular libremente por el territorio nacional y elegir igualmente el lugar de residencia, en el art. 11, el Derecho a la inviolabilidad del domicilio que también prevé el art. 16 en el párrafo octavo y en el decimotercero, el derecho al secreto de las comunicaciones, en el párrafo décimo segundo el multicitado artículo 16.

Se protegen también los derechos a la libre expresión del pensamiento, producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra y a comunicar y recibir libremente información, previstos en el art. 6 y en el párrafo primero del art. 7 de la misma Carta Magna, así como la libertad de escoger profesión contemplada en la parte primera del artículo 5.

Igualmente, se protege el derecho de asociación o reunión que fuera perseguido en otros tiempos inclusive penalmente, siempre y cuando sea pacífico, en el párrafo primero del artículo 9 y la libertad de enseñanza y creación de centros docentes, como derecho a la educación, en el párrafo primero del artículo 3º.

Relacionados con el derecho de asociación comentado en el párrafo anterior, se establecen asimismo el derecho a la sindicación y el derecho de huelga en el artículo 123, fracs. XVI y XVII. Se han consagrado asimismo otros Derechos que realmente se contemplan como meras declaraciones como el Derecho al Trabajo o a la salud, que si bien tienen el carácter de derechos humanos, la posibilidad material de cumplirlos los deja en ese estado declarativo.

## 2. DERECHOS HUMANOS. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

Los Derechos humanos han sido distinguidos de los demás derechos de los hombres al reconocérseles como derechos naturales, al sostenerse que tienen su fundamento en la propia naturaleza,

o bien como derechos originarios o innatos ya que se afirma que nacen con el hombre y no requieren de ninguna otra condición.<sup>9</sup>

También se les ha denominado derechos fundamentales o esenciales del hombre, cuando se afirma primero, que sirven de fundamento a otros más particulares, subordinados a ellos y que son esenciales porque son permanentes e inherentes al ser humano.

La expresión “derechos individuales” aún se reconoce y, por ejemplo, en nuestro país se utiliza como “garantías individuales” contempladas en la Constitución Política, como comentamos en el inciso anterior, reconociéndose que el individuo humano lo es como una unidad de su especie pero es persona, a diferencia de los seres del resto del mundo animal. Ello da lugar a otro sinónimo de mayor calidad: derechos de la persona humana o del hombre, cuya individualidad tiene carácter personal.

Existen otros sinónimos que hacen referencia al origen y sentido trascendente de estos derechos y se puede afirmar que todos se orientan a realzar la dignidad y la autonomía de la persona humana, contemplada dentro del marco de la convivencia social y del régimen político ya que el hombre tiene una naturaleza que observa exigencias provenientes del orbe del valor que deben ser reconocidas en el ámbito cultural de la vida humana denominado mundo jurídico-político.<sup>10</sup>

Se puede afirmar que la existencia de un sistema de Derechos humanos constituye un poderoso argumento en favor de la legitimidad de un ordenamiento jurídico y refuerza la obligación de obediencia que se tiene respecto a éste, pero a partir de su reconocimiento, no *a posteriori* mediante una jurisprudencia analítica, sino como una reflexión preliminar al mismo.

De ahí se concibe la visión dualista de los derechos fundamentales que *“constituyen una categoría jurídica del Derecho positivo y sólo adquieren eficacia allí donde éste los reconoce; pero no son un invento del Derecho positivo sino que, al margen y con independencia de las determinaciones del poder, encarnan unos valores costosamente labrados desde la filosofía del humanismo, valores que gozan de un fundamento suficiente y en favor de los cuales es posible aportar razones morales. Justamente, en eso consiste fundamentar los derechos, en mostrar las razones que imponen o respaldan el deber moral de su reconocimiento jurídico.”*<sup>11</sup>

Algunos autores consideran que los Derechos humanos o fundamentales carecen de un significado técnico jurídico preciso y bien delimitado, debi-

do quizás a su fuerte carga emotiva y su dimensión moral. Los Derechos Humanos se han convertido en uno de los terrenos más fértiles de la demagogia política y de la insustancialidad teórica.

Tal vez por esa carga emotiva o porque tienden a situarse en la frontera del orden jurídico, donde éste deja de serlo para enlazarse con alguna utopía ética, pero parece que los Derechos humanos se hallan sometidos a un abuso lingüístico que hace de ellos una bandera de colores imprecisos, capaz de amparar ideologías de cualquier color ya que todos los credos políticos se proclaman adalides de los Derechos humanos y ninguna revolución ni reacción de los dos últimos siglos ha dejado de exhibir en su programa la defensa de los “verdaderos” derechos del hombre. Sin embargo, es evidente que no todos implican los mismos objetivos ni tienen una misma idea acerca de lo que dicen defender.

Es algo semejante a lo que en los primeros años de este siglo ha sucedido en nuestro país en el cual todos los políticos hablan de la vigencia del Estado de Derecho sin entender su significado que permanentemente es violentado con las actitudes arbitrarias o corruptas de algunas autoridades.

Prieto Sanchis, a quien hemos citado líneas arriba, señala que el núcleo de certeza o contenido mínimo del concepto de Derechos humanos comprende dos elementos:

El primero que identifica a los Derechos humanos como la traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad, como el vehículo que en los últimos siglos ha intentado conducir determinadas aspiraciones valiosas de las personas desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad.

El segundo que significa la calidad legitimadora del poder que asumen los derechos que se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política y por tanto, para que éstas se hagan acreedoras de la obediencia voluntaria de los ciudadanos.<sup>12</sup>

### 3. LA VISIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los Derechos humanos en cualesquiera de sus concepciones han sido reconocidos por diferentes ordenamientos legales y definidos por una gran cantidad de filósofos del Derecho y escuelas y corrientes filosóficas y jurídicas.

Sin embargo, no es la idea de este trabajo profundizar en los aspectos históricos y el origen de estos derechos sino analizar primero su reconoci-

miento más cercano que ha significado la relación entre los derechos humanos y la justicia penal, por ser quizá el área en la cual con mayor facilidad pueden ocurrir las violaciones a estos derechos.

El reconocimiento de los Derechos humanos, con una visión ya más sistemática aún cuando no de una absoluta uniformidad, deriva en mi criterio de la visión internacional que se tiene a partir del siglo pasado de los multicitados Derechos.

Encontramos que la **Declaración internacional de los Derechos Humanos**, adoptada por el Instituto de Derecho Internacional de Nueva York en 1929, es el antecedente directo de la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), pero realmente la internacionalización de los Derechos del hombre se inicia en 1945, en el seno de la misma Organización que, a su vez, dio lugar a la Organización de los Estados Americanos y a la Comunidad europea que, sin embargo, no son las únicas organizaciones e instituciones que buscan obtener la tutela de los Derechos fundamentales que se promueven en todo el mundo mediante la promoción y firma de tratados y convenciones sobre la materia.

En 1945, la Carta de las Naciones Unidas fue en realidad el heraldo de la preocupación de los Derechos humanos que reafirma, en su preámbulo, la *fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres*, y más adelante confirma la determinación de los pueblos de las Naciones Unidas para promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.<sup>13</sup>

En esta etapa, faltaba la enumeración de los derechos que considerados fundamentales deberían garantizarse, cuestión que se consolida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que constituye, pudiéramos decir, el primer catálogo intencional de estos derechos al enunciar:

Los Derechos Civiles y Políticos, los Derechos Económicos y Sociales, poniendo énfasis en la igualdad y la libertad frente a la discriminación, constituyendo la estructura sustantiva adecuada y necesaria para la creación de una maquinaria de protección, por lo que se convirtió en un vínculo importante para generar una conciencia general, un cierto ambiente entre los Estados americanos y se le consideró como la guía para el contenido de los derechos y deberes fundamentales de la persona humana y así se constituyó en la base para la

Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica de 1959.

En 1966 surgen los primeros mecanismos contemplados en dos pactos denominados: uno Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y otro Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entraron en vigor en 1976 y contaban hasta 1998 con 90 y 71 Estados adherentes respectivamente.<sup>14</sup>

En 1969 se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Convención de San José y dieron las bases definitivas para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que de alguna manera operaba desde 1960. Esta Convención establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica. El mismo año, aunque en un ámbito más limitado, se pactó la Convención Americana de Derechos del Hombre, subsiguiente de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá, celebrada en 1948.

Sin duda, la Carta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, llamada también Carta de San Francisco, firmada en ese lugar el 26 de Junio de 1945, fue el punto de partida para el desarrollo del reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, así como del mismo derecho internacional actual que sobrepasó así los ideales de la Sociedad de las Naciones, la Carta del Atlántico de 1941, la Declaración de las Naciones Unidas de 1942 y los demás antecedentes normativos que la historia reconoce respecto a los Derechos Humanos.

Se mencionan de diferentes formas los Derechos humanos en la Carta de la ONU, en el preámbulo que ya comentamos así como en los artículos 13, 55, 56, 62, 68 y 76, a partir de que en el Capítulo Primero, en el título de Propósitos y Principios, se enumeran los objetivos de las Naciones Unidas, señalándose en el numeral 3: *el de realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.*

Igualmente, en el inciso b) del artículo 13 de la Carta, se establece entre otras, como atribución de la Asamblea General la de *ayudar a hacer efectivos los Derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.*

El citado artículo 55 en su inciso c) señala como cometido de la Organización el de promover *el respeto universal a los Derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión y la efectividad de tales derechos y libertades*. Lo cual se complementa en el artículo 56 que señala que los Estados miembros *se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55*.

En realidad, la firma de la Carta de la ONU que la constituye, es además un tratado multilateral suscrito y ratificado, ya actualmente, por casi todas las naciones del mundo, incluyendo aquellas que surgieron mucho después de la constitución de las Naciones Unidas.

Por ello se debe considerar que las normas contenidas en la Carta tienen un alcance histórico único, pues a partir de ella, en especial los Derechos humanos de los individuos en cada Estado, dejaron de ser asunto de jurisdicción interna y por primera vez en la historia de la humanidad, los Estados asumieron la obligación legal internacional de respetar estos Derechos de todos los seres humanos que viven dentro de sus fronteras.

Es a partir de ese momento que las Naciones Unidas pudieron exigir a sus Estados miembros que rindieran cuentas ante ese máximo organismo internacional frente a la violación de los Derechos humanos y no resulta válido jurídicamente alegar que con dicha actitud se lesiona la soberanía de los Estados por cuanto ellos admitieron, al suscribir este tratado multilateral, ceder cierta soberanía respecto a esta materia.

Aún cuando la Carta no contiene ni una definición ni una enumeración de los Derechos humanos se deriva de ella misma la posibilidad de incluir derechos y libertades que la ONU vaya determinando, por actos posteriores y mediante los procedimientos de aprobación de sus documentos y propuestas.

Precisamente la recomendación de la UNESCO recoge la interpretación evolutiva del concepto de Derechos humanos y determina que son aquellos que se especifican en la Declaración Universal de los Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>15</sup>

Originalmente, en la Conferencia de San Francisco en la cual se aprobó la Carta de la ONU, se había adjuntado una declaración sobre los de-

rechos esenciales del hombre pero por la amplitud de su contenido, se consideró que requería un tiempo excesivo por lo que se decidió posponer su sanción para otro momento aún cuando su contenido general quedaría implícito en la Carta de la ONU. Posteriormente, en 1946 en la reunión de la Asamblea General de la Organización celebrada en Londres se analizó un proyecto que posteriormente pasó por el Consejo Económico y Social y por la Comisión de Derechos humanos para luego introducirse en un comité de redacción.

Para 1947 la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas comenzó a referirse a una Carta Internacional de Derechos humanos que comprendería una Declaración, una Convención que se sancionaría bajo la denominación de Pacto y algunas otras medidas de aplicación.

Fue así como finalmente vio la luz la aprobación y proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos como primer instrumento que se aprobó por la Asamblea General en su reunión en París el 10 de diciembre de 1948 con 48 votos a favor y ninguno en contra, con 8 abstenciones, documento en el cual se reafirman no sólo los derechos inalienables de todo ser humano sino que proclama otros jamás expresados hasta entonces en ningún otro documento.<sup>16</sup>

Sin duda, el respeto a los Derechos humanos es una aspiración de todos los pueblos de todas las naciones, por lo cual la legislación internacional, más que ninguna otra, marca las tendencias en cuanto a ideales y principios filosóficos que han alcanzado cierto consenso en cuestiones que son fundamentales para la convivencia internacional por ser portadores de un ideal de aceptación mundial, generándose así obligaciones y derechos para los Estados que suscriben los documentos o tratados multilaterales que los contienen para procurar su vigencia permanente independientemente de los cambios que acontezcan en las sucesiones gubernamentales.

Con esta Declaración se pretende establecer verdaderos modelos de conducta internacional que se intenta mantener efectivos en medio de la turbulencia de los hechos internacionales que muchas veces hace difícil una aplicación como es querida y que exige de los hombres y de los gobiernos un esfuerzo permanente en la ponderación y en el equilibrio en especial de los Derechos humanos, cuya protección en definitiva debe interesar tanto a los gobernados, como a los gobernantes, porque se ha creado e institucionalizado en beneficio de todos los hombres.

Es un hito en el momento actual, en que revelaciones de violencia y abuso se presentan internacionalmente y se conservan internamente en nuestros pueblos por lo que su conocimiento demanda una constante supervisión y estudio en búsqueda de un "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en la Declaración, difundiéndola mediante la enseñanza y la educación y luchando por el respeto de estos derechos y libertades, aseguren, con medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como en los que no lo sean, aún los colocados bajo su jurisdicción."<sup>17</sup>

#### **4. PODER PENAL DEL ESTADO. LA LEGITIMACIÓN DEL EJERCICIO DEL *JUS PUNIENDI***

El hombre es un animal gregario en el que la vida asume manifestaciones muy complicadas por lo que sus sociedades, como las de todos los animales gregarios, presentan una estructura de poder, con grupos que dominan y grupos que son dominados, con sectores más cercanos o más lejanos a los centros de decisión y conforme a esta estructura, se puede controlar socialmente, al menos se intenta, la conducta de los hombres, control que se ejerce sobre todos los grupos para conservar el propio poder.

Es notoria la extensión y complejidad del fenómeno del control social que se demuestra en las sociedades, cuando son más o menos autoritarias o más o menos democráticas, según sea más o menos amplio el control social vigente, no solamente el control social institucionalizado o explícito sino también el control social implícito.

Este control social, necesario para la convivencia pacífica de los pueblos, es amplísimo y no siempre resulta evidente, utilizándose a veces medios más o menos difusos y encubiertos y otras veces abiertos y explícitos, como resulta el sistema penal que se encuentra integrado por la policía, los jueces, el personal penitenciario y en general todos aquellos que trabajan para el área penal.<sup>18</sup>

En el campo de los Derechos humanos, las libertades del ser humano, los derechos públicos subjetivos, los derechos del gobernado o garantías constitucionales de las personas nacieron universalmente con una fuerte carga de defensa contra

las autoridades en el fuero de lo penal, a través de todos los tiempos y todas las sociedades.

Si bien todas las ramas de la normatividad jurídica precisan regulaciones a la conducta humana o prevenciones relacionadas con ella, que afectan la libre determinación y actuación de los seres humanos, ha sido necesario por no llamar indispensable, legitimar esta intromisión de las autoridades en las libertades de las personas por lo que se ha hecho indispensable hacer un cesión parcial de nuestros derechos y libertades para permitir que se normen jurídicamente, mediante la coacción de un órgano estatal que imponga sus determinaciones.<sup>19</sup>

El Derecho Penal, que es un derecho represivo por naturaleza, lleva a cabo esa afectación en valores destacadísimos del individuo, su vida, su libertad, su integridad corporal, su desplazamiento, sus propiedades y posesiones, así como el ejercicio de otros derechos o libertades connaturales a él.

Es por ello que cuando nacen los primeros documentos mediante los cuales el soberano, las autoridades en general y el Estado reconocen no sólo los derechos fundamentales del individuo sino la manera legal de afectarlos, haciéndose mención de respetar a la persona humana al verse afectados estos valores esenciales, principalmente en el campo del Derecho Penal.

El sistema penal es la parte del control social que resulta institucionalizado en forma punitiva y por ello llamado control social punitivo institucionalizado que en la práctica abarca desde que se detecta o sospecha la ejecución de un delito hasta que se impone y ejecuta una pena bajo el imperio de la ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar. Esto es a lo que se llama sistema penal que además incluye, de manera más amplia, la actividad del legislador, del público, de la policía, de los jueces y funcionarios de la procuración de justicia y de la ejecución penal.<sup>20</sup>

Es importante enmarcar al Derecho Penal dentro del sistema penal y de control social para no caer en la ficción de que se respetan los Derechos humanos cuando en realidad las violaciones se cometen por la vía de sustraer en lo penal aspectos materiales de la punición o peor aún, introducir en el ámbito legal del sistema penal aspectos de punición de discursos diferentes.

Porque si bien la justificación del poder punitivo del Estado se da ante la necesidad de hacer posible la convivencia social pacífica de los hombres, encausando su conducta externa a través de normas jurídicas que se imponen por medio del

poder coercitivo del estado y cuya sistematización está inspirada en ideas del más alto valor ético y cultural para obtener la paz y la seguridad sociales, es precisamente el conocimiento de estas ideas y valores lo que debe fundamentar el derecho a la sanción penal que ejerce el Gobierno sin llegar al exceso en la aplicación de penas y procedimientos y por ende a un exceso en la ejecución de las sanciones, aún bajo la observancia de la ley vigente.

Es así que la Constitución Política de un Estado de Derecho constituye el primer ordenador del sistema penal que tiene o debe tener un determinado contexto social; sin embargo, un Estado de Derecho de corte democrático no sólo es aquel que se ciñe a un orden jurídico sino que reconoce y respeta los derechos del hombre y se auto limita en virtud de esos derechos.<sup>21</sup>

El Derecho Penal o *jus puniendi* representa una potestad cuya titularidad es compartida por los tres poderes del Estado. Así, al Poder Legislativo le corresponde generar las leyes sobre penas para los autores de conductas infractoras a las normas penales, el Poder Judicial se ocupa de aplicar las penas en los casos concretos luego del correspondiente proceso penal y al Poder Ejecutivo le corresponde la ejecución de la sentencia condenatoria y el cumplimiento de las penas, cuyo ejercicio debe estar limitado por el reconocimiento y respeto de los Derechos humanos.

En suma, el sistema penal entendido como el conjunto de medidas de control social de carácter penal, constituye un sector de las medidas estatales adoptadas para el logro de las funciones encomendadas al propio Estado. Igualmente, la legislación penal sustantiva constituye un aspecto del sistema de justicia penal institucionalizado, es decir, del sistema de justicia penal. Es un instrumento en manos del Estado y como tal, sirve para los fines de éste y debe revestir las características especiales de cada Estado.

Es decir, si el Estado que lo detenta posee un régimen jurídico y político que limita su soberanía y poder penal, es probable que el Derecho Penal y todos los demás sectores del control penal sean utilizados limitada y ponderadamente por sus representantes en su ejercicio, respetando los derechos humanos. En cambio, si el Estado posee un régimen diferente que permita un desbordamiento de su poder, el Derecho Penal será utilizado, seguramente de manera ilimitada, como medio para someter y manipular al individuo.

Porque de cualquier forma, aún cuando un Estado consagre en su ley fundamental el reconocimiento de determinados derechos del hombre y

formalmente se auto limite, no es garantía suficiente para que el control penal sea utilizado sólo dentro de estos límites constitucionales y haya un total respeto de los Derechos humanos.

Teóricamente, a mayor reconocimiento de los Derechos humanos en el ámbito legislativo, menor será el alcance del poder punitivo, en razón de una mayor autolimitación y, a menor respeto de los Derechos humanos, corresponderá un mayor abuso del poder.

En general, el Estado está legitimado para adoptar las medidas necesarias con el fin de prevenir y reprimir las conductas criminales, pero cuando se ha optado por el ejercicio del Derecho Penal, debe tener en cuenta los siguientes principios:

1. El Derecho Penal deberá intervenir como último recurso, ya que no le corresponde corregir toda conducta desviada de los ciudadanos, pues el Estado cuenta con otros recursos y medidas no punitivas. Como señala Claus Roxin, *el Derecho penal es un medio resultado de la reflexión científica sobre los presupuestos de la coexistencia social y medio para defender la libertad contra ataques de terceros*.<sup>22</sup>
2. Aunado a lo anterior, está el principio del bien jurídico, pues la tutela penal debe utilizarse solamente para bienes jurídicos esenciales que permitan un desarrollo armónico en sociedad. Otros bienes de menor importancia deberán estar protegidos por legislaciones secundarias y con sanciones de tipo administrativo.  
La imposición de una pena sólo está justificada donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insostenible la coexistencia libre y pacífica de los ciudadanos y no sean adecuadas para impedirlo otras medidas jurídicas y político- sociales menos radicales.<sup>23</sup>
3. El Derecho Penal debe partir de una culpabilidad de acto y no de autor ya que el juicio de reproche contenido en la ley penal se hace por hechos propios, contrarios a la norma específica de Derecho Penal (acto típico) y contrarios al ordenamiento jurídico en su totalidad (aspecto antijurídico). En esta cuestión es importante aclarar que el estudio criminológico del procesado o sentenciado no implica en ningún momento que se trate de castigar al autor con el criterio mencionado sino que, especialmente en el caso de los procesados, se apoye al juzgador con los elementos

técnicos necesarios proporcionados por profesionistas especialmente capacitados, para que conozca en realidad al que va a sentenciar y no juzgue solamente “de vista” o basado en los papeles procesales sino conozca al ser humano que va a sentenciar, para ayudarlo a decidir en la amplitud fundada de su arbitrio legal. El aspecto del estudio para el ámbito ejecutivo tiene la finalidad de buscar adecuar el manejo del sentenciado a sus necesidades para lograr mejorarlo y convencerlo de no reincidir y aprender a respetar los derechos ajenos.

4. En cuanto al principio de culpabilidad como fundamento para imponer y ejecutar una pena, debe entenderse a partir del fundamento del juicio de reproche hecho al autor del ilícito: haber podido obrar de manera diferente, reconociendo que tenía la libertad para escoger entre actuar conforme o contrario a lo dispuesto por las normas. En este momento, este principio aparece como la garantía del fundamento de la aplicación de la pena, en cuya virtud sólo puede ser aplicada por un hecho anterior, imputable a dolo o culpa, a persona que conociendo lo que debía hacer y la significación jurídica de lo que hacía, lo hizo a pesar de todo. Pudiendo haber hecho algo diferente.

Ahora bien, el Derecho Penal reprime o sanciona el delito donde éste se manifiesta, pero no lo hace donde se produce, donde se genera pues no está dentro de sus funciones atacar las causas, cuestión que corresponde al control social que lo fundamenta y que debe prever un amplio sistema criminológico, es decir, el estudio de dichas causas, la manera de prevenirlas y su aplicación.

Sin embargo, *sigue siendo el Derecho Penal, así sustantivo como adjetivo y ejecutivo por encima de cualesquiera otros órdenes jurídicos, el escenario crítico de los Derechos humanos. Acaso por ser el derecho de los delitos y de las penas el refugio elemental, inderogable, de la dignidad del hombre, en él cobra peculiar intensidad y alcanza más doloroso dramatismo la acción autoritaria del Estado y adquiere alzado rigor, en contrapartida, la resistencia a la opresión por la sociedad y por el individuo.*<sup>24</sup>

Señala con razón Juventino Castro que históricamente la vida misma de los individuos ha sido y es el primero de los valores protegidos contra sanciones privativas de ella, y si es de oponerse a la determinación legal de privar de ella por

cualquier causa, más lo es privar ilegalmente en general y peor por manos de las autoridades responsables del ejercicio de la ley penal.

Sin embargo, como actualmente sigue siendo la pena privativa de la libertad la más usada, es la que más preocupa, pues es de esperarse un respeto absoluto a la libertad de los individuos salvo cuando una sentencia firme e irrecorrible se haya dictado por un órgano jurisdiccional perfectamente legal y legitimado. Pero ante el riesgo de que los delinquentes se sustraigan a la procuración e impartición de la justicia, se ha buscado una solución intermedia que permita asegurar materialmente a los individuos para evaluar su conducta en la investigación y durante el proceso en todas las instancias, impidiendo así toda evasión, con la grave desventaja de que se abuse de este poder por la autoridad para retener materialmente al indiciado o acusado hasta que se dicte la sentencia definitiva y pueda concluirse con una libertad por falta de méritos o de elementos para proceder.<sup>25</sup>

Es en este sentido por el cual en años recientes ha optado la legislación mexicana, so pretexto de seguridad y con la idea de mayor castigo y mayor libertad para la procuración de justicia al utilizarse el arraigo y la prisión preventiva obligatoria como instrumentos para obtener mayor tiempo para la investigación y mayor seguridad para el procedimiento, llegándose a extremos verdaderamente violatorios de los derechos humanos dentro del marco legal, con el pretexto de la protección social y sin tomar o impulsar medidas de una investigación más sólida y científica de los delitos.

Resulta entonces que la libertad personal de los individuos puede legalmente ser afectada y en vez de ser el resultado de una sanción impuesta en resolución final, es por el contrario una medida cautelar o preventiva, cuyo sujeto de la previsión es el propio ser humano, medida que se ordena antes del juicio y no después de agotar todos los procedimientos jurídicos.

Hoy por hoy, el Derecho Penal es una realidad existente y no podemos prescindir de él, pero está en nuestras manos ponerle límites, por lo pronto, para lograr después “no un derecho penal mejor sino algo mejor que el Derecho Penal” y fijar los lineamientos generales que permitan a las autoridades correspondientes que se respeten los derechos de las personas.<sup>26</sup>

Es triste observar que cada vez se constriñen más, en las leyes ordinarias penales y en la práctica algunos Derechos humanos, con el pretexto de la lucha contra la delincuencia organizada, incluyendo especialmente el tráfico de drogas y el

terrorismo y que los individuos ajenos a todo delito, en gran cantidad, ven cada vez más agredidos sus derechos personales al ser sujetos de revisiones e inclusive privados de objetos personales sin ninguna garantía de devolución, con el pretexto de la seguridad.

La problemática constitucional consiste en disponer y llevar a cabo, por parte de las autoridades correspondientes, una regulación congruente en las leyes ordinarias y procesales secundarias, teniendo en cuenta las necesidades y presupuestos elementales para procesar y aplicar las sanciones penales con respeto a la dignidad y a las libertades de los individuos.

Estructurar un sistema de sanciones cuyo criterio orientador sea el respeto a los Derechos humanos es un verdadero problema al que debe enfrentarse con toda seriedad y cuidado el legislador que renueva o crea un código penal, en virtud de que no puede olvidar los principios de prevención general y especial en el momento de incorporar la sanciones a las conducta típica en particular, intentando con ello alcanzar los fines sociales reconocidos.

Es así que la búsqueda de la pena justa es el objetivo prioritario del Derecho Penal y, sin embargo, éste ha sido el menos estudiado. La punibilidad y sus determinaciones no han producido mayores debates como se aprecia en la creación indiscriminada de los llamados delitos graves y en el incremento excesivo de los límites superiores de la pena de prisión, que en reforma reciente se ha llegado al extremo de sesenta años y con la posibilidad de incrementarlos, sin haberse hecho los estudios necesarios, además, para conocer la eficacia de dichas penas.

La ejecución de la pena, dejada en las manos de simples ejecutores de sentencia, nos ha llevado a permitir los excesos y arbitrariedades que actualmente conocemos de internos que viven en condiciones verdaderamente inhumanas de abuso e inmundicia, sin trabajo y sin alimentación, dentro de las cárceles, lo cual se trata de justificar siempre con el estribillo de que hay otros que viven peor.

## 5. EL DERECHO PENAL Y SUS CRISIS

Se señala por algunos autores que el Derecho Penal está en crisis aún cuando podemos considerar que, en realidad, el Derecho Penal como conjunto normativo para su evolución hacia un Derecho Penal moderno ha requerido de la pugna que surge entre el enfrentamiento de las autonomías de la libertad y la seguridad; cuando ambas ya no

se resuelven automáticamente mediante la ley vigente, empieza a surgir una crisis o tensión interna que permanece hasta el encuentro de una solución mediante reformas en una evolución dialéctica.

Dicha dialéctica se plasma en síntesis sucesivas de signo ascendente humanitario y garantista, pese a lo que en algunos momentos de *antítesis* pueden llevar a pensar los resultados aparentemente fascistas y represivos.

El Derecho Penal en la actualidad, entendido como potestad punitiva del Estado, se halla en crisis, una crisis de *legitimación* pues se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado al utilizar la maquinaria penal, como su instrumento mas poderoso. También se encuentra en crisis la llamada "ciencia del Derecho Penal", crisis de identidad en la que lo cuestionado es el modelo a adoptar y su auténtica utilidad social, así como una crisis de "legitimidad epistemológica" de validez científica.

En los dos casos nos enfrentamos con fenómenos nuevos, por decir que la crisis actual del Derecho penal se inicia en los años sesenta, en el momento en que se quiebra de modo aparentemente definitivo el esquema tradicional de un Derecho Penal de la retribución, cuando se rechaza por muchos sectores que el Derecho Penal se justifique por la realización de la justicia.<sup>27</sup>

De lo referido se puede deducir que en el marco de la ciencia del Derecho Penal, la crisis comienza al ponerse en cuestión el modelo clásico de ciencia deductivo-axiomática, abstracta y en suma, ajena a la realidad social del delito.

El desencadenamiento de ambas crisis viene dado por la necesidad de proceder a una legitimación del Derecho Penal que resulta inmanente a la sociedad y no trascendente a la misma.

Es cierto que sigue discutiéndose acerca de cuál es la legitimación empírica de la intervención penal (la función social del Derecho Penal) y también si cabe el atribuir el estatus de ciencia a una disciplina que incorpora tantos elementos valorativos y se muestra tan inmediatamente condicionada por la coyuntura social como la dogmática jurídico-penal.

Y es que, además, en los últimos años, a esa crisis global de legitimación se le han superpuesto nuevos fenómenos conflictivos que han contribuido a agudizar lo problemático de la situación, al parecer porque pasados los años de los procesos legislativos de despenalización, volvemos a encontrarnos perfectamente inmersos en nuevos procesos de incriminación.

Estos procesos aparentan que no cabe oponerles un concepto de bien jurídico que no es adecuado para justificar la exclusión en el ámbito jurídico penal de intereses sobre cuya necesidad de protección aparentemente es inexcusable.

Esta tendencia, que es muy pluriforme en su interior, es difícilmente reducible a un juicio unitario y adopta la forma de una legislación claramente simbólica o retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil. Tal legislación expansiva conlleva a la aparición del Derecho excepcional que choca con dos tendencias: una, la que aboga por un Derecho Penal mínimo, resaltando la vertiente garantista del Derecho Penal y la otra que pone de manifiesto un total escepticismo ante la eficacia preventiva especial (resocializadora en concreto) del mecanismo punitivo más característico: la pena privativa de libertad. Pero también choca con una realidad del propio sistema de penas privativas de libertad como son las modernas instituciones de política criminal del Derecho Penitenciario.

En resumen, con base en lo expuesto, podemos constatar la superposición de tres "crisis": la inmanente al Derecho Penal moderno, la de legitimidad del Derecho Penal y su dogmática y la que enfrenta una legislación penal expansiva con un sistema penal en retroceso. Estas son las tres posturas de política criminal que se nos presentan a la hora de decidir desde cuál punto de vista se va a analizar el fenómeno jurídico-penal, que continúa siendo mixto en la realidad y que serían: la abolicionista, la resocializadora y la garantista.<sup>28</sup>

En este caso, la primera postura se opone a toda forma de Derecho Penal, pretendiendo construir alternativas al sistema punitivo, la segunda y la tercera, en cambio, pretenden, desde perspectivas diversas, la consecución de un mejor Derecho Penal.

## 6. EL MODELO ABOLICIONISTA

El problema de la justificación de la pena, es decir, del poder de una comunidad política cualquiera, de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del Derecho. ¿En qué se basa este poder, llamado a veces "pretensión punitiva" o "derecho a castigar"?

Son cuestiones que han tenido históricamente dos tipos de respuesta, una en línea de principio positiva y otra en línea de principio negativa. Las

respuestas positivas son las proporcionadas por las doctrinas llamadas *justificacionistas* en cuanto justifican los costos del Derecho Penal con fines o razones, o funciones moral o socialmente irrenunciables. Las respuestas negativas son, por el contrario, las ofrecidas por las llamadas doctrinas *abolicionistas* que no reconocen justificación alguna al Derecho Penal y propugnan por su eliminación, bien porque impugnan de raíz su fundamento ético-político, bien porque consideran que las ventajas proporcionadas por él son inferiores al costo de la triple construcción que produce: la limitación de la libertad de acción para los cumplidores, el sometimiento a juicio de todos aquellos de quienes se sospecha que son incumplidores y el castigo de cuantos se juzgue que realmente lo son.

Ferrajoli considera abolicionistas "sólo aquellas doctrinas axiológicas que impugnan como ilegítimo el Derecho Penal, bien porque no admiten moralmente ningún posible fin como justificador de los sufrimientos que ocasiona, bien porque consideran ventajosa la abolición de la forma jurídico-penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos o instrumentos de control de tipo informal e inmediatamente social.

Por el contrario, no son abolicionistas sino exactamente sustitucionalistas aquellas doctrinas criminológicas, a veces libertarias y humanitarias en su intención, pero convergentes en la práctica con el correccionalismo positivista, que bajo el programa de la abolición de la pena, proponen en realidad la sustitución de la forma penal de la reacción punitiva por tratamientos pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, pero siempre institucional y coercitivo y no meramente social. Son simplemente reformadoras las doctrinas penales que propugnan la reducción de la esfera de la intervención penal o, por otro lado, la abolición en favor de sanciones penales menos aflictivas de esa específica pena moderna que es la reclusión carcelaria."<sup>29</sup>

El citado autor sostiene, por un lado, la necesidad de rebajar y como horizonte abolir las penas privativas de libertad en tanto que excesivas, inútilmente aflictivas y en muchos aspectos dañinas, así como de limitar las prohibiciones penales sólo a las exigencias de tutela que definen el esquema del Derecho Penal Mínimo. Por otro, defiende, en contra de las hipótesis abolicionistas propiamente dichas y de las sustitucionistas, la forma jurídica de la pena como técnica institucional de minimización de la reacción violenta a la desviación social no tolerada y de garantía del inculpaado frente

a las arbitrariedades, los excesos y los errores ligados a sistemas jurídicos de control social.

El abolicionismo penal, que representó una corriente teórica y práctica ante la crítica radical que se dio al sistema de justicia penal y que plantea su reemplazo, constituye un conjunto un tanto heterogéneo de doctrinas, teorías y actitudes ético-culturales unificadas bajo el rubro general de la negación de cualquier clase de justificación o legitimación de la intervención punitiva sobre la desviación social por parte del Estado.

Se encuentra representado básicamente en Europa por Nils Christie que se refiere principalmente a la abolición del Derecho Penal, Louk Ulsman al concepto del delito y Thomas Mathiesen que se ubicó sobre el sistema carcelario.<sup>30</sup>

El fondo de la ideología abolicionista no subyace en la idea de una sociedad sin delito (entendiendo por éste que hay una situación problemática que resolver), sino la propuesta de manejar los conflictos de forma diversa a la actual, con una negociación entre la comunidad, la víctima y el ofensor, atendiendo a la compensación o reparación del daño causado a la víctima.<sup>31</sup>

Quizá un principio de abolicionismo lo podemos encontrar en la mediación penal que poco a poco ha logrado introducirse en la legislación penal de algunos países, incluyendo al nuestro en Quintana Roo, Sonora, etc., con variantes en cuanto al nivel de participación del grupo social o las autoridades de procuración de justicia, pero ajena a la intervención procesal penal.

Esto se produce en buena parte mediante un retorno a los planteamientos y principios formadores de la sociedad liberal del siglo: XIX, que en algunos autores adquiere la denominación explícita de un *retorno a Kant*, de lo que deriva la expresión “neoclasicismo”, corriente que en los Estados Unidos ha recibido la denominación de *just-deserts theory* o *just-desert-movement*.

Esta corriente utiliza la idea de que el castigo es el postre aplicable a los que disfrutaron practicando actividades prohibidas por la ley y que en el castigo tendrán los postres como final obligado de sus actitudes que no corresponden a la abstinencia de los demás que no violentaron la ley.

Una de las críticas más profundas que se han hecho al “neoclasicismo” es en cuanto a su limitación a los aspectos exclusivamente formales, sin poner la necesaria atención a cuestiones de contenido que traten de conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad, mediante la disuasión de los delincuentes, con los

principios de proporcionalidad y humanidad, por un lado y de resocialización por el otro.

## 7. LA CORRIENTE GARANTISTA

Esta última cuestión se observa como punto de referencia, de modo que no pueda renunciarse al tratamiento en tanto se plantee como un ofrecimiento al condenado que éste puede aceptar o no. En esta vía y mediante la formulación de alternativas a la pena, como se ha abierto paso la concepción del llamado “Derecho Penal Mínimo” que concibe a la pena como una “amarga necesidad” y se inspira de manera general en las ideas de la tradición liberal, utilizando el mínimo de penas necesario para evitar la violencia social informal.

Según Ferrajoli *Un sistema penal está justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas y punitivas arbitrarias– que él puede prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas.*<sup>32</sup>

Este Derecho se desenvuelve por el triple sentido de una máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva.

La construcción de un Derecho Penal garantista en lo formal y en lo material demanda una profunda depuración de los objetos de protección penal. Lo **mínimo** ha de manifestarse también en una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico penal. Además, en segundo lugar, hay que tomar en cuenta que no nos movemos en magnitudes exactas, que no se puede fijar el punto exacto en el que la reacción penal sigue siendo necesaria para “prevenir.”

Ya se hizo mención en otra parte de que en todos los temas sociales y jurídicos, especialmente en los penales, nos encontramos en continua evolución, marcada por la tensión dialéctica entre el interés prevencionista y algún otro, como el humanitario o el resocializador, centrados en la protección de las garantías individuales.

Lo que en cada momento histórico se estima como “mínimo necesario” de la intervención penal constituye el punto de equilibrio alcanzado por la referida tensión dialéctica en cierto momento. Esta idea de las garantías no se queda en el ámbito formal de la prevención general sino que profundiza en ámbitos materiales, es decir, no se piensa sólo en la seguridad jurídica y en la proporcionalidad sino que se insiste en la humanización

como uno de los intereses a valorar junto con la prevención general.

Otra forma de ver las cosas como un puro funcionalismo nos acerca más a las dictaduras que a las ideas planteadas desde el siglo XIX y que en su instauración han constituido un progreso para las sociedades humanas. No se trata pues sólo de instaurar las garantías formales, sino de tener presente la progresión humanizadora, la valorización de todos los seres humanos, delincuentes o no, no procurando redituales un sufrimiento igual o mayor que el que ellos ocasionaron, sino tratándolos al detectar las posibles causas de su desviación y su actitud delictiva para evitar mayor violencia social como su reacción ante el castigo.

Si se observa el nivel de violencia delictiva en los Estados Unidos, el tipo de delitos que se cometen, profusamente y en todos los Estados, nos percatamos que la violencia institucional sólo está generando mayor violencia delictiva y que finalmente lo que se trata es de evitar para permitir una pacífica convivencia social.

## 8. EL MODELO AUTORITARISTA

Este aspecto del Derecho Penal es contemporáneo a su nacimiento y desde luego una tendencia realmente jamás interrumpida. Es una tradición fruto irreflexivo y consolidado de las prácticas legislativas, jurisdiccionales o policiales, que también enlaza doctrinas y modelos teóricos y políticos del Derecho Penal en todo o en parte antitéticos del anterior modelo comentado.

Un gobierno autoritario es un sistema político basado en la autoridad indiscutida de quienes controlan el poder, en el que el pueblo está sometido a una autoridad rígida y de manera incondicional. Es un régimen basado en la subordinación absoluta al poder de una persona, un rey o funcionario al que se le han concedido poderes especiales que lo dotan de un poder supremo.

Este individuo no está sometido en su actuación gubernativa a normas jurídicas preestablecidas, que no provengan de su voluntad sino a normas que precisamente pueden variar a su arbitrio, siendo un estilo contrario al de una democracia y puede tener dos significados:

1. Comprende todos los sistemas no democráticos, incluyendo los totalitarios.
2. Se contraponen al totalitarismo y comprenden los sistemas no democráticos caracterizados por un bajo grado de movilización y de penetración en la sociedad.

También se denominan autoritarios los regímenes que privilegian el aspecto del mando y menosprecian de un modo más o menos radical el de consenso, concentrando el poder político en un hombre o en un solo órgano y restando valor a las instituciones representativas, reduciendo a la mínima expresión a la oposición y a la autonomía de los subsistemas políticos y la anulación o la sustancial eliminación del contenido de los procedimientos y de las instituciones encargadas de transmitir la autoridad política de la base hacia lo más alto.

Zaffaroni nos comenta que en estos sistemas penales, cuyo más claro ejemplo es el Derecho Penal fascista, el cual se caracterizó por asignar al Derecho Penal la función de proteger al Estado, de establecer gravísimas penas para los delitos políticos definidos subjetivamente, proteger al partido oficial y con un amplio predominio de la prevención general mediante la intimidación. El Código penal italiano de 1930 es un ejemplo claro de este tipo de sistema y legislación.

Este Código, llamado Rocco en memoria del ministro Alfredo Rocco, extiende desmesuradamente el ámbito de la punibilidad, no distingue entre actos preparatorios y tentativa, aplica medidas de seguridad a los que cometan sin que se inicie la ejecución del hecho y equipara los actos de todos los concurrentes. No sólo esto, sino que agrava las penas bajo el pretexto de medidas de seguridad a los delincuentes habituales, profesionales o con tendencia a delinquir. Su autoritarismo se manifiesta más con la indeterminación de las medidas de seguridad segregatorias y el establecimiento de la pena de muerte por delitos contra el Estado y algunos delitos contra las personas.

Este Código sirvió para apuntalar a un Estado que ejercía su totalitarismo con miras a un desarrollo acelerado que le permitiese superar el subdesarrollo que había impulsado importantes masas de población a la emigración y que había impedido la consolidación de la unidad política, dificultando la integración de las regiones más pobres. De ahí que fuese un estatismo chauvinista con una grave pérdida del sentido de la realidad por lo que asumió las formas simbólicas romanas y degeneró en un delirio imperialista que acabó catastróficamente en la Segunda Guerra Mundial.

Su carácter "estatista" se nutrió del idealismo neo-hegeliano y de positivismo. Conforme a su concepción del "derecho", la pena no tenía contenidos vindicativos ni preventivos sino que era la simple segregación de los que atacaban la integridad del pueblo (alemán o italiano) y todos los de-

litos se consideraban ataques de esta naturaleza, habiéndose suprimido el principio de legalidad e introducido la analogía penal, justificándose por el “sano sentimiento del pueblo”, lo cual garantizaba el carácter irracional de la legislación y la dictadura de la costumbre.<sup>33</sup>

En el plano de la técnica jurídica se observa una desvaloración del papel de la ley como criterio exclusivo y exhaustivo de definición de los hechos desviados y cuestiones que llegan a la identificación del tipo de autor con criterios éticos, sociales o naturalistas y en todo caso, ontológicos.

Podemos mencionar figuras que recuerdan este moderno oscurantismo penal como la concepción positivista-antropológica del “delincuente natural”, la doctrina nazi del Derecho Penal de la voluntad o del “tipo de autor” o la estalinista del “enemigo del pueblo” o de “la revolución.”

También se asemejan a diversas medidas de prevención como las cautelares de policía utilizadas, como el arraigo penal, no como consecuencia de hechos legalmente denotados y judicialmente probados como delitos sino derivados de presupuestos variadamente subjetivos, como la sospecha de haber cometido delitos o, peor, la peligrosidad social del sujeto, legalmente presumida, conforma a condiciones personales o de estatus, como las de “vago”, “vagabundo”, “reincidente”, “delincuente habitual”, “profesional”, “de tendencias delictivas” y similares que de repente resurgen en nuestra legislación.<sup>34</sup>

Encontramos en todos estos casos la reiteración de la tentación común de atenuación o disolución de la estricta legalidad penal para perseguir no tanto por lo que se ha hecho sino por lo que se es.

Además, se agrega a la atenuación o disolución de la estricta legalidad la de la estricta jurisdiccionalidad, es decir, una acentuación, hasta los límites, de la arbitrariedad del etiquetamiento y la inquisición del juez, que viene a configurarse según la ocasión como confesor, psicoanalista o terapeuta social, en todos los casos desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación y juicio penal, ético y estético, degenerando en juicio “sin verdad” no motivado por juicios de hechos, afirmaciones verificables o refutables sino por juicios no verificables porque en su propia naturaleza no son verdaderos ni falsos y no están basados en procedimientos cognoscitivos expuestos a controles objetivos y racionales, sino basados en decisiones potestativas, confiados en “la sabiduría de los jueces y en la verdad sustancial que ellos poseen.”

Es evidente que este modelo de juicio penal potestativo en vez de cognoscitivo tiene una na-

turalidad intrínseca autoritaria. Su fundamento es exactamente el inverso del modelo garantista: sin una predeterminación normativa precisa de los hechos que se han de comprobar, el juicio se remite en realidad mucho más a la *autoridad* del juez que a la *verificación* empírica de los supuestos acusatorios. Además, su carácter no cognoscitivo ni estrictamente vinculado a la ley contradice su naturaleza jurisdiccional. La estricta legalidad constituye al fin y al cabo el rasgo distintivo de la jurisdicción penal en el sentido de que de sus pronunciamientos, a diferencia de lo que ocurre en cualquier otra actividad pública, la ley aspira a predeterminar no sólo las formas sino también los contenidos.

## 9. CONCLUSIONES

Lo expuesto es solamente una revisión muy superficial de las características y tendencias que incluyen a los tres modelos pero sin duda, aún sin profundizar, dejando al margen un poco por remota, la aceptación de un modelo abolicionista, resulta evidente la pugna y las profundas diferencias en cuanto al carácter y las consecuencias de los otros dos modelos: garantismo y autoritarismo.

La alternativa epistemológica entre los dos modelos -uno estrictamente iuspositivista y el otro tendencialmente iusnaturalista- se manifiesta en el distinto tipo de verdad jurídica por ellos perseguida. La verdad a la que aspira el modelo sustancialista del Derecho Penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, una verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a las personas investigadas, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Esa verdad sustancial, al ser perseguida fuera de reglas y controles y sobre todo de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como el cognositivismo ético sobre el cual se basa el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal.

A la inversa, la verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser *la* verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal, está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de defensa.



## NOTAS

1. Kant, Immanuel, citado por A.I. Melden en *Los derechos y las Personas*. México, FCE, 1992, (Colección Popular) p. 221.
2. Lete del Río, José Manuel, *Derecho de la Persona*. Madrid, Tecnos, 2ª ed, 1991, p. 22.
3. Millán Puelles, Antonio, *Persona humana y justicia social*. Madrid, Rialp, 1962, p. 15.
4. Luna Guerra, Florencia de las Mercedes. Tesis Doctoral. *Los Derechos Humanos de los reclusos en el sistema penitenciario mexicano*. México, ed. mecanográfica, 1998, p.13.
5. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid, Espasa-Calpe, 1932, en Lete del Río, op. cit., p. 23.
6. Castán Tobeñas, José, *Los Derechos de la personalidad*. Madrid, R.G.L.J. Editores, 1952, p. 5.
7. Millán Puelles, Antonio, *Persona humana y justicia social*. Madrid, Rialp, 1962, p. 13.
8. CNDH, *Los derechos humanos de los mexicanos*. México Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, p. 62.
9. Castan Tobeñas José, *Los Derechos del hombre*. Madrid, Reus, 2ª ed., 1976, p. 9.
10. Del Vechio, *Persona, estado y derecho*. citado en *Teoría general de los Derechos Humanos*. México, UNAM, III, 1989, p. 15.
11. Sanchis Prieto, Luis, *Estudios sobre Derechos fundamentales* Madrid, Debate, 1990, p. 18.
12. Idem.
13. Sepúlveda, César, *Estudio sobre derecho internacional y derechos humanos*, México, CNDH, Colección Manuales 91/7, p. 18.
14. Luna Guerra, Florencia, op cit., p.51.
15. Laviña, Félix, *Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos humanos*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 16.
16. Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y Derecho internacional*, Buenos Aires, R.L., 1990, p. 133.
17. Laviña, op. cit., p. 20.
18. Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Manual de Derecho Penal. Parte general*. México, Cárdenas Editor y Distr., 1994, p. 23.
19. Castro y Castro, Juventino, *Las garantías constitucionales y la libertad personal que ellas regulan*. México, Miguel Ángel Porrúa, 1990, p. 6 (Col. V. Jurídica. Esc. Libre de Derecho).
20. Zaffaroni, op. cit., p. 30.
21. Terrazas, Carlos R., *Los derechos humanos y las sanciones penales*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1992, p. 59 (Cuadernos INACIPE, 32).
22. Roxin, Claus, *Inacción al Derecho penal de hoy*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1982, p. 31.
23. Roxin, op. cit., pp. 31 y sig.
24. García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho Penal*. México, Porrúa, 1988, p. 19.
25. Castro y Castro, op. cit., p.7.
26. Luna Guerra, op. cit., p.74.
27. Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, Bosch, 1992, pp.14 y 15.
28. Ibidem. p. 17.
29. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995, p. 248.
30. Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *La pena de Prisión. Propuesta para sustituirla o abolirla*. México, UNAM, III., 1993, p. 172.
31. Luna Guerra, op. cit., p. 87.
32. Ferrajoli, Luigi, op. cit., p. 39.
33. Zaffaroni, op. cit., pp. 286 y sig.
34. Ferrajoli, op. cit., p. 48.