

## CAPÍTULO PRIMERO

### Principios, reglas y derecho penal en el nuevo marco constitucional

*Adrián Rentería Díaz*

#### I. INTRODUCCIÓN

ESTE TRABAJO tiene como objeto algunas reflexiones generales acerca del derecho penal y sus principios rectores —en un sentido que se esclarecerá más adelante—, reflexiones generales que en la intención de quien escribe deberían ser, benévolutamente, vistas como el complemento de las reflexiones de carácter técnico que forman parte de este volumen, y que provienen de un estudioso con una formación de ese tipo. Quiero decir, con lo anterior, que mis observaciones probablemente carecerán del acumen técnico-jurídico propio de un estudioso de derecho penal, y que por ello es probable que más de un lector fruncirá el ceño frente a las observaciones que aquí iré desarrollando. Para tratar de disculparme, si fuera el caso, puedo sólo aducir que el tipo de reflexión que espero conducir aquí no va en esa dirección, y que mis llamados esporádicos, casi casuales, a aspectos técnico-procesuales del derecho penal, responden a una finalidad específica: tratar de evidenciar las problemáticas conectadas con el uso (que personalmente me parece) desenvuelto que se hace de la palabra “principio” (o “principios”) en el derecho, y en el derecho penal en modo particular. Parto, por ello, de la con-

vicción de que en el desarrollo legislativo que ha llevado a la “confección” del nuevo modelo de derecho penal mexicano esto es precisamente lo que se ha hecho, o sea, que se ha utilizado en modo desmedido y poco mesurado la palabra “principio”, y que, así, lejos de contribuir, al menos en mis personales previsiones, a una implementación que cumpla con las expectativas positivas que había generado<sup>1</sup> en relación, por ejemplo, a la tutela de los derechos de los ofendidos y de los imputados, a la reparación del daño, y en términos generales, a una sensible mejoría de la administración de la justicia penal, probablemente, y desgraciadamente, contribuirá a conducir a la sociedad mexicana hacia un sendero plagado de problemas; algo, que, probablemente, ya se está viendo en estos momentos. En este sentido, las observaciones críticas que pretendo realizar aquí tienen la finalidad exclusiva de llamar la atención sobre tal concepto jurídico, y si en ellas se mencionarán en algún momento aspectos técnicos, será con el único objetivo de no colocar el discurso teórico en el alto cielo de los conceptos ya señalados por Jhering, tan alto, que no tiene nada que ver con la realidad.

Las reflexiones que aquí han tomado forma constituyen una respuesta a una invitación específica. La que me fue gentilmente hecha por los colegas Patricia González Rodríguez y Jorge Witker, investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, para que conjuntamente con otro estudioso discurriera acerca de los principios del derecho penal, específicamente a la luz de la transformación, en curso en nuestro país, del modelo mixto inquisitivo a un modelo acusatorio. De buen grado acepté, no sin hacerles presente que mi “campo” de investigación se orienta prevalentemente hacia la filosofía

---

<sup>1</sup> Expectativas de marca negativa también había generado, hay que decirlo.

del derecho y la teoría del derecho, con algunas esporádicas incursiones, casi invasiones en el derecho constitucional y en la teoría constitucional. Mi deseo, es claro, era de alguna manera expresarles a ellos que probablemente mis reflexiones no iban a estar en línea con las de quienes desde otras “trincheras” trabajan más de cerca con el derecho penal. De cualquier manera, la sugerencia que recibí fue que de alguna manera, y en eso no pude no estar de acuerdo, era necesaria una reflexión teórico-filosófica acerca de los principios en el derecho penal, una reflexión que fuera más allá —sin que ello comporte, por supuesto, que a ella se le atribuyera una mayor relevancia— de los factores eminentemente técnicos, sustantivos y procesales que habría de acompañar este volumen. Van, pues, mis observaciones, esperando que puedan ser de utilidad para propiciar más investigaciones acerca de la transición hacia un modelo de justicia penal que supere las inercias inquisitivas del modelo anterior, acerca de las dificultades culturales que ello implica. Todo, es claro, con la intención de subrayar que un Estado constitucional de derecho, como pretende serlo el nuestro, necesita una justicia penal que funcione, una justicia penal que castigue al culpable, que exonere al inocente, que repare los daños que resulten un delito, y que genere, finalmente, las condiciones necesarias para una convivencia entre los ciudadanos que se caracterice por la seguridad y la confianza, y para que los aparatos del Estado, en un nivel más general, funcionen como estructuras al servicio de la sociedad.

## II. PRIMER APARTADO

### 1. *Para comenzar*

Considero oportuno tomar como punto de partida algunas consideraciones que hace algunos años realizó un profesor

de derecho civil, por parecerme sumamente interesantes. El estudioso a quien me refiero es Stefano Rodotà (1933-2017), a quien sería casi ofensivo llamar con su título académico, “profesor de derecho civil”, en razón de sus múltiples facetas como investigador. Rodotà publicó en 1981 un excelente estudio sobre la historia de la propiedad privada, intitulado *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*.<sup>2</sup> La eficaz fórmula reflejada en el título se remonta a unas reflexiones que hace alrededor de 250 años planteaba Cesare Beccaria —uno de los padres del iluminismo jurídico—, quien en *Dei delitti e delle pene* sostenía que el hurto cometido sin uso de violencia debería ser castigado solamente con penas pecuniarias. Beccaria justificaba su convicción —revolucionaria aún hoy— en la idea de que muchos delitos, y entre ellos el hurto, se encuadran en un contexto de miseria y desesperación, y que por lo general se cometen por hombres a quienes “el derecho de propiedad (terrible y acaso no necesario) ha dejado sólo la desnuda existencia”.<sup>3</sup> La intención de Rodotà es rastrear los orígenes históricos de la propiedad, así como evidenciar su desarrollo como instituto jurídico a lo largo del tiempo, subrayando los conflictos que en nuestras organizaciones sociales ha venido generando, en una difícil y compleja transición como derecho absoluto de la burguesía a tentativas de encontrarle una colocación equilibrada, entre intereses individuales y necesidades colectivas, con fórmulas como los bienes sociales, intereses comunes; en suma, poniendo en resalto cómo aún dentro de una sociedad fuertemente permeada por un capitalismo que no parece encontrar límite alguno, la

---

<sup>2</sup> Rodotà, Stefano, *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. de L. Diez-Picazo, Madrid, Civitas, 1987.

<sup>3</sup> Beccaria, Cesare, *Dei delitti e delle pene* (1764). La cita proviene de la traducción castellana *Tratado de los delitos y las penas*, cap. XXII, Madrid, Imprenta de Doña Rosa Sanz Calle del Baño, 1820, pp. 63 y 64.

lógica propietaria debe hacer necesariamente las cuentas con la emersión siempre más potente de intereses que suponen su puesta en discusión, precisamente por no representar intereses individuales, como el trabajo, la salud, el ambiente, la comunicación, la información, por mencionar sólo algunos de los más relevantes.

Se explica fácilmente entonces, en mi parecer, la caracterización de Rodotà del derecho de propiedad como “el terrible derecho”. Pero su caracterización, precisamente por su nexo con las observaciones de Beccaria en *Dei delitti e delle pene* —cuyo lugar relevante en la historia del derecho penal pocos pondrían en discusión— además de encontrar su justificación en el pensamiento iluminista del siglo XVIII, tiene una utilidad ulterior; una utilidad para caracterizar, a su vez, el derecho penal como “el temible derecho”, o sea, aquella rama de un ordenamiento jurídico mediante la cual el Estado se atribuye a sí mismo la potestad para usar la fuerza, y con ella limitar la libertad —y en ocasiones hasta la vida— de las personas. El derecho penal, no menos, por supuesto, que otras ramas del ordenamiento, en las que —como el derecho administrativo— el Estado ocupa una posición preponderante frente a los particulares, se coloca en un lugar central, como un eje a través del cual un orden jurídico particular y el sistema político del que constituye expresión pueden ser caracterizados, y calificados, de una manera u otra. Como, entre otros, sostiene Ferrajoli, “[e]n el tratamiento penal se manifiesta —en estado puro y de la manera más directa y conflictiva— la relación entre estado y ciudadano, entre poder público y libertad privada, entre defensa social y derechos individuales”.<sup>4</sup> En otras palabras, dependiendo de las modalidades concretas que asuma el derecho penal será posible

---

<sup>4</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. A. Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 1989, p. 210.

caracterizar un Estado como autoritario, democrático, liberal, etcétera. Es así, en efecto, porque alrededor de esta rama del derecho se construye un universo complejo, que tiene como objeto regular las relaciones de las personas entre ellas mismas y entre ellas y el Estado: para decirlo de otra manera, hablar de derecho penal implica necesariamente la elaboración de un discurso relativo a los derechos de las personas.

Hablar de derecho penal implica, además, la necesidad de elaborar un discurso complejo, que supere los límites de modelos construidos casi siempre alrededor de las circunstancias de un proceso terminal, es decir, relativo al momento en que se decide si un hecho constituye un acto ilícito jurídicamente y si un sujeto determinado es responsable. Nadie pone en duda el carácter central de este proceso específico, y en torno a él existe una literatura cuya extensión no puede ser reflejada aquí; sin embargo, no se puede oscurecer el hecho de que el momento de la decisión final de un juez en un proceso penal es sólo el punto último de una amplia serie de actos, de decisiones, de comportamientos, de todos los actores (policías, investigadores, ministerios públicos, jueces de control, jueces de garantías, personal administrativo, acusados, abogados). Es reductivo y simplista, es ésta una convicción que presumo debe generalizarse, presentar las características de un derecho penal específico (el mexicano, por ejemplo) como si el objeto de estudio fuera, en modo exclusivo, el momento de la decisión final de un juzgador (o de un colegio de juzgadores, es obvio). Podría, tal vez, parecer trivial subrayar lo anterior, habida cuenta de que en realidad no se dice nada nuevo, pero, como se verá en el curso del trabajo, existen buenas razones para que se deba ir más allá de la mera superficie de ese fenómeno, tratando, precisamente, de evidenciar aquello que por parecer trivial termina por no recibir la atención que merece.

La convicción que está detrás de la afirmación anterior se deduce fácilmente de lo establecido en el artículo 20 constitucional, y se fundamenta en él, así como resulta de la reforma del 18 de junio de 2008: “Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. En efecto, una lectura no superficial de esta disposición da lugar a una interpretación mediante la cual se llaman a cuenta actores institucionales del proceso penal que no son exclusivamente aquellos que conforman las instituciones que emiten un fallo, una sentencia.<sup>5</sup> Hablemos, pues, de la reforma, y de cómo con ella no sólo, de manera contundente, se involucra a diferentes actores del proceso penal, sino además, es casi de dominio público, en el ordenamiento mexicano se dio inicio a una profunda transformación estructural, que se podría definir, sin temor a exagerar, como una mutación, que da lugar a un nuevo paradigma, en lo que respecta a la administración de justicia en el ámbito penal, y abandona un modelo con serias incrustaciones inquisitorias propias de una etapa anterior a la Ilustración de los siglos XVIII y XIX.<sup>6</sup> El modelo inquisitorio,<sup>7</sup> el que comenzó a ser superado con

---

<sup>5</sup> Una primera sensación de la lectura de este artículo, en mi parecer, es precisamente la idea de que la enunciación de esos principios involucra, llama en causa, una gran multitud de actores institucionales, y no solamente a los jueces, como se podría pensar.

<sup>6</sup> Por lo que concierne específicamente, el derecho encuentra en Beccaria uno de sus exponentes más conocidos. Acerca de la Ilustración (*Lumières*, en francés; *Enlightenment*, en inglés; *Illuminismo*, en italiano; *Aufklärung*, en alemán) existe una amplia literatura, que no es posible mencionar aquí. Sólo como ejemplo, el clásico Cassirer, E., *La filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943 (orig. alemán. *Die Philosophie der Aufklärung*, 1932).

<sup>7</sup> Estoy hablando por comodidad expositiva de modelos (inquisitorio, acusatorio) como si se tratara de modelos “puros”; en realidad, son abstracciones teóricas que, en la experiencia jurídica concreta, se concretizan en modelos mixtos.

la reforma de 2008, tiene sus ejes fundamentales —por lo general— en la presunción de culpabilidad del inculpado, en la contigüidad —si no es que en la conjunción— de las figuras del acusador y del juez, en la libertad de éste para la búsqueda del material probatorio, en el carácter secreto de las deliberaciones, en la preponderancia del material escrito como fundamento de la decisión, en el proceso de formación de la prueba ya en momentos antecedentes el juicio. Elementos, todos que, como se reconoce sin dificultad alguna, se contraponen a las modalidades previstas para el funcionamiento del modelo a raíz de la reforma. Es del todo evidente que un modelo cualquiera de derecho penal se extiende al momento de la decisión final del juzgador, ya sea en un espacio público a la luz de las exposiciones orales de las partes o bien en el espacio limitado de una oficina a partir del expediente que se ha ido formando; pero también se ramifica hacia otros momentos, diferentes, pero no menos importantes, que preceden la decisión final. Me refiero, es claro, a las actuaciones de todo el personal que interviene cuando se tiene noticia de un hecho que se presume que está calificado como ilícito penal, y que tienen lugar antes de que se determine, mediante una sentencia, si el hecho forma parte o no, en efecto, del “catálogo” de eventos naturales calificados por una disposición del código penal como ilícitos, y, en caso de respuesta positiva, la declaración del eventual inculpado como responsable o no. Estoy convencido de que en gran parte de la literatura que ha surgido después de la reforma de 2008 no se han subestimado estas fases, pero de igual manera estoy convencido de que por lo general se les ha dado un tratamiento no específico, es decir, sin establecer de manera articulada y sistemática sus factores diferenciales;<sup>8</sup> algo que, en efecto, me parece sumamente

---

<sup>8</sup> Una visualización que al contrario toma en cuenta lo anterior (o sea, las fases preliminares), e inclusive, las fases sucesivas (fases de impugna-



relevante, y que trataré de hacer en este trabajo, a la luz de la temática más general, relativa a los principios del derecho penal y, en modo particular, a los principios del derecho penal mexicano después de la reforma.

## *2. Lo que hace el derecho (en general)*

El derecho, sin pretender aquí ponerle punto final a una controversia en la que han participado algunas de las mentes más preclaras de la doctrina jurídica, se puede entender como un instrumento a través de cual se establecen las estructuras institucionales que orientan el sentido de una organización social. En palabras simples, el derecho es un instrumento, una herramienta, cuya finalidad no está determinada por el derecho mismo, sino que, al contrario, puede, y de hecho es y ha sido así, servir para construir una sociedad en un modo específico. Lo hace, es obvio, a través de la creación de instituciones, de funciones, y, más concretamente, mediante la indicación de que algo debe ser. Es, el derecho, una creación humana que vive, si vive, en las disposiciones jurídicas y en el comportamiento de los individuos y, en sentido figurado, de las instituciones. La función del derecho, en este esquema muy reductivo, pero espero plausible, se ha ido diferenciando a medida que nuestras sociedades se han convertido día con día en sistemas extremadamente complejos. Esta diferenciación estructural asume las formas específicas del derecho civil, del derecho penal, del derecho familiar, del derecho constitucional; en suma, en una amplia

---

ción) se puede ver en González Villalobos, Pablo Héctor, “Sistemas penales y reforma procesal penal México”, *Justice in Mexico*, Working Paper Series, vol. 4, núm. 3, octubre de 2015, disponible en: [https://justiceinmexico.org/wp-content/uploads/2015/12/151108\\_GONZALEZ-PABLO-HECTOR\\_Sis temasPenales\\_FINAL.pdf](https://justiceinmexico.org/wp-content/uploads/2015/12/151108_GONZALEZ-PABLO-HECTOR_Sis temasPenales_FINAL.pdf) (fecha de consulta: 6 de marzo de 2019).

gama no sólo de ramas específicas del derecho sustantivo, sino también, y correlativamente, de las ramas del derecho procesal. La particularidad, entre todas estas declinaciones jurídicas, del derecho penal, es de todo evidente, ya que de sus formas organizativas, de sus estructuras fundamentales, pero quizá aún más de su concreta actuación por parte de sus actores institucionales, que puede ser o temible o amable, o utilizado como un instrumento odioso y represivo en nombre de la garantía de una supuesta paz social o bien usado como medio para la mayor tutela de los intereses individuales —la libertad, la seguridad, la integridad física y la misma propiedad— depende en buena medida la imagen de un Estado. En el tratamiento penal, lo reitero, se manifiesta, más que en otras ramas del derecho, la relación entre Estado y ciudadano, entre poder público y libertad privada, entre defensa social y derechos individuales. Si es cierto que en ámbitos como el derecho administrativo es quizá aún más frecuente el contacto entre los individuos y el aparato público, es cierto también que es en el derecho penal donde la cuestión de la legitimación y de la justificación del Estado mismo se presenta con mayor fuerza. Y es así porque es en el derecho penal, en el poder estatal de castigar hasta convertirse en ocasiones en un poder de vida y de muerte (*ius vitae ac necis*), donde es más evidente la manifestación más violenta del derecho estatal y de sus aparatos, que puede llegar a ser, inclusive, lesiva de los derechos fundamentales de las personas.

Se ha dicho que el derecho penal, y lo mismo vale, por supuesto, para todo el derecho en su conjunto, puede asumir características que lo hagan ser percibido por sus destinatarios o como terrible o como amable, o como un instrumento para reprimir y para marcar diferencias entre las personas o como un modo idóneo para tutelar los derechos de todos: el derecho a la vida, a la tutela de los propios bienes, a la seguridad. De

suyo o sea intrínsecamente, el derecho penal no es ni una cosa ni otra, de modo que el rostro con el que se presenta ante la sociedad depende de líneas de acción, de decisiones tomadas por voluntades humanas concretas. El derecho penal sustantivo, pero también el derecho procesal penal, no es el resultado de un diseño predeterminado, sino el resultado de opciones específicas puestas en acto por los hombres. Son voluntades humanas, entonces, las que plasman el derecho penal de una forma y otra, tomando como modelo determinados valores a tutelar, y creando las instituciones que se creen idóneas para lograrlo.

En este sentido, el hecho de que la reforma de 2008 fuera necesaria en virtud de los defectos (formales y en su aplicación concreta) del modelo mixto anterior, era evidente ya desde los primeros años del siglo pasado. Lo tienen bien presente, por ejemplo, Natarén y Caballero, cuando acertadamente afirman que ya en la presentación misma del proyecto del constituyente de Querétaro —diciembre de 1916—, que después tomó cuerpo en la Constitución, se habían presentado múltiples propuestas para transformar la justicia penal corrigiendo sus graves problemas.<sup>9</sup> Los autores sustentan esta afirmación en una larga cita de las palabras de Venustiano Carranza,<sup>10</sup> de la que extraigo solamente una parte:

El artículo 20 de la Constitución de 1857 señala las garantías que todo acusado debe tener en un juicio criminal; pero en la práctica esas garantías han sido enteramente ineficaces, toda vez que, sin violarlas literalmente, al lado de ellas se han seguido prácticas verdaderamente inquisitoriales, que dejan por regla general a los acusados sujetos a la ac-

---

<sup>9</sup> Natarén Nandayapa, Carlos F. y Caballero Juárez, José Luis, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 1 y 2.

<sup>10</sup> “Exposición del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista”, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, 1o. de diciembre de 1916.

ción arbitraria y despótica de los jueces y aun de los mismos agentes o escribientes suyos.

No es el caso de recorrer aquí la historia del derecho penal mexicano ni los tentativos de reformas, no siempre liberal-garantistas, que forman parte de ella.<sup>11</sup> Es el caso, éste sí, de tratar de evidenciar, a la luz de la reforma de 2008, pero a partir también de la creación de un Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) en marzo de 2014 y su reforma en junio de 2016, los fundamentos del modelo de derecho penal que se ha venido configurando.

Hablar de fundamentos, en general, es discurrir de aquello sobre lo que se sostiene algo (una idea, una convicción, una propuesta, una institución, etcétera); consiste en discutir acerca de los postulados sobre los que, precisamente, se funda ese algo. Si nos preguntamos, por ejemplo, acerca de los fundamentos de los derechos fundamentales,<sup>12</sup> la pregunta concierne aquello que los justifica, aquello sobre lo que reposan.<sup>13</sup> Se trata de indagar aquí, entonces, acerca de lo que

---

<sup>11</sup> Para una historia del derecho penal en México, sólo como ejemplo, donde además se da cuenta en modo articulado de las reformas en ámbito penal a partir de 1917, *cfr.* García Ramírez, S., “El orden y las fuentes: selecciones y genealogía de los cambios constitucionales”, en Cienfuegos Salgado, D. y Vázquez Muñoz, T. C. (coords.), *Derecho penal mexicano. Estudios y reflexiones sobre el diseño del sistema penal en México*, México, Inacipe, 2014, pp. 65-83, sobre todo pp. 80 y ss.

<sup>12</sup> Me viene a la mente el libro de Luigi Ferrajoli intitulado precisamente *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, Cabo, A. de y Pisarello, G. (eds.). El original es *Diritti fondamentali*, Vitale, E. y Roma-Bari, Laterza (eds.), 2001, que recoge el debate que generó “Diritti fondamentali”, texto publicado por Ferrajoli en la revista *Teoría Política* en 1998.

<sup>13</sup> Tendría esto que ver con un aspecto del que no puedo ocuparme cabalmente aquí. Una breve reseña en Rentería Díaz, A., *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, cap. IV, México, Ediciones Coyoacán, 2014.

fundamenta, de lo que justifica, de lo que sostiene, el derecho penal, tanto en términos generales —para comenzar— como en términos específicos: en este caso en relación con el derecho penal mexicano tal como se establece en la reforma de 2008 (así como en las leyes reglamentarias sucesivas, sobre todo el CNPP, obviamente).

### *3. Lo que es propio del derecho penal*

Hablando en términos generales, es decir, sin referirnos por ahora al contexto mexicano, el derecho penal —ya se ha dicho, pero ahora es pertinente subrayarlo— comparte con otras ramas del derecho público, es decir, allá donde los actores que interactúan no ocupan una igual posición jerárquica (como sí sucede en los actos negociales propios del derecho privado), una particularidad que es importante no perder de vista: se trata de ámbitos donde los particulares, los ciudadanos (no me resulta muy digerible el vocablo ‘gobernados’) son destinatarios, casi siempre contra su propia voluntad, de decisiones tomadas por un sujeto que posee un poder superior debido a una posición jerárquica también superior en la estructura institucional. Una ley, una sanción administrativa, una multa, una condena de prisión, son, entre otros, ejemplos típicos de esta modalidad de relación entre el individuo y el Estado. Actos como los anteriores son el resultado de decisiones que, si no todas, sí una buena parte de ellas, se les imponen a las personas de manera coactiva, o sea, contra su propia voluntad. El sentido de muchas de ellas, es obvio, es obligar a su destinatario a hacer algo que, vaya la perogrullada, no haría por su propia voluntad. Pocos, o nadie quizá, de quienes pagan una multa debida a un ilícito establecido por un reglamento de tránsito experimentan una sensación de placer. Lo que distingue, sin embargo, al derecho penal,

lo que lo hace ser diferente, lo que lo hace ser más “temible” por parte de los particulares, es que es aquí donde el uso monopolístico de la fuerza por parte del Estado va más allá de la imposición de una sanción pecuniaria o del secuestro de un bien para garantizar una deuda; con el derecho penal el Estado monopoliza el uso de la fuerza, limitando así la libertad, o inclusive poniendo fin a la vida de las personas. Valga esto, pues, aunado a lo que se ha ya afirmado antes, para subrayar la especial relevancia del derecho penal como instrumento de regulación dentro de la más vasta constelación de disposiciones jurídicas.

Es esta misma particularidad, es también claro, la que hace imprescindible una profunda reflexión sobre sus estructuras justificativas, sobre su aparato fundacional, sobre los por qué de su ejercicio como parte de la fuerza monopolística del Estado. No quiero decir, sea claro, que para las otras ramas del derecho no sea necesario un discurso reflexivo —teórico-filosófico— acerca de su justificación, ya que también ellas, como quizá para toda estructura normativa, están formadas por un abanico de disposiciones que en última instancia son impuestas por el Estado, y que por ello mismo requieren, para que su creación y su aplicación no sean percibidas como actos ilegítimos y arbitrarios, una indagación acerca de aquellos que con sus normas se pretende tutelar, en suma de los fines que se persiguen.<sup>14</sup> En otras palabras, si nuestro

---

<sup>14</sup> Pensemos, por ejemplo, al matrimonio como paradigma de un acto negocial en el derecho privado, donde todo acto para ser válido y para generar los efectos deseados debe ser el resultado de la libre voluntad de las personas. Naturalmente, no es suficiente que las personas manifiesten su libre voluntad de contraer matrimonio para que los efectos jurídicos se produzcan. Es necesario que las personas que desean esos efectos cumplan con determinados requisitos y desarrollen determinados actos establecidos (requisitos y actos) por disposiciones que van más allá de las personas, o sea, que les han sido impuestas en modo coactivo.

punto de partida es la forma organizativa actual, la que se ha venido afirmando a partir de la Ilustración, y que ha culminado en el constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial, el Estado constitucional de derecho, en suma, entonces, no hay duda que el derecho todo, en su conjunto, ha de ser visto como el punto final de un largo recorrido a través del cual se ha venido formando como la estructura normativa idónea para tutelar los derechos de las personas. Es en esta línea de razonamiento, y en este contexto específico, en consecuencia, que todo el derecho debe ser filtrado bajo la luz de esta convicción: el Estado está al servicio de las personas, y no lo contrario; el Estado y su aparato normativo se justifican si, y solamente si, sus reglas y su ejercicio tutelan los derechos fundamentales mínimos de las personas.<sup>15</sup> Si las cosas están así, de consecuencia el derecho penal, quizá en mayor medida con respecto a otras ramas del derecho, constituye un apartado que requiere una reflexión más profunda, mediante la cual sea posible conciliar, por un lado, el uso institucional de la fuerza coactiva del Estado hacia las personas y, por el otro, la tutela de los derechos fundamentales, la razón de ser del Estado, como hemos visto. Una conciliación, es obvio, absolutamente no fácil, dado que su punto central es individuar un punto en el que el uso del derecho penal consista en un ejercicio legítimo, regulado por normas que garanticen en la mayor medida posible la convivencia pacífica de las personas en una sociedad organizada democráticamente y, sobre todo, el respeto de los derechos de todas y cada una de ellas.

---

<sup>15</sup> Sin necesidad de recurrir a un examen de las teorías acerca del nacimiento del Estado moderno (y entre ellas la que prefiero, el contractualismo de Thomas Hobbes [(1588-1679)] en el *Leviathan* [(1651)], trad. de C. Mellizo, *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Alianza, Madrid, 1999) es suficiente recordar el apartado del artículo 39 de la Constitución, donde se establece solemnemente que “Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste”.

Quizá, en términos más amplios, sería necesaria una reflexión acerca de las finalidades del derecho penal, una discusión que sin embargo aquí no me puedo permitir ni siquiera de manera concisa. Una cosa, sin embargo, creo que debe quedar clara, pues es útil para posicionarnos mejor en lo que sigue. No digo nada nuevo afirmando que el derecho penal constituye la extrema reacción del Estado frente a aquellos comportamientos que por sus características pueden poner en serio riesgo las estructuras que definen una vida civil en la sociedad. Tomemos el ejemplo del homicidio. En el derecho penal, en general, se afirma que si alguien le quita la vida a una persona comete homicidio, y por tanto está sujeto a la pena de prisión.<sup>16</sup> ¿Qué diferencia existe con, digamos, el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato de compraventa? El Código Civil Federal dice (artículo 2288): “el vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato”. Naturalmente, si uno compra un kilogramo de manzanas y si las ha elegido entre varias de ellas, no existe problema alguno; un problema podría existir cuando alguien adquiere un refrigerador, y en el momento de la entrega a su domicilio observa que está dañado en alguna de sus partes. Si esto sucede, es de suponerse que el comprador se niegue a recibir el artículo dañado, y trate de obligar al vendedor a entregarle el refrigerador en perfectas condiciones. La diferencia, creo, es clara. En el caso de la compraventa surgen obligaciones para el vendedor,

---

<sup>16</sup> El artículo 302 del Código Penal Federal dice: “Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”, mientras que el artículo 307 establece que “Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga prevista una sanción especial en este Código, se le impondrán de doce a veinticuatro años de prisión”, y el artículo 308 a su vez reza: “Si el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión. Si el homicidio se comete en duelo, se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión”.



cuyo incumplimiento no necesariamente, más bien en raros casos, da lugar a la intervención del aparato penal. Es así, porque, en pocas palabras, la no observancia de la obligación por lo general tiene efectos circunscritos al ámbito de los sujetos que intervienen: no suponen un riesgo, digámoslo así, para la comunidad política en su conjunto. Y es por eso que, salvo en determinadas circunstancias, el Estado no interviene con el uso de la fuerza que le confiere el derecho penal. En el caso del homicidio, por otra parte, la intervención del Estado con la previsión, y si es el caso también con la aplicación del uso de la fuerza, el derecho penal constituye una respuesta frente a comportamientos cuya relevancia para la comunidad entera es mayor. Los bienes que se pretende tutelar, en un caso y en el otro, son diferentes en cuanto al valor que la misma comunidad les reconoce. El derecho penal es un instrumento mediante el cual el Estado pretende, debe pretender, evitar todos aquellos actos que pongan en duda bienes jurídicos que constituyen un patrimonio común, en el sentido muy simple de que es en el interés de toda la comunidad limitar lo más posible la realización de actos que pongan en riesgo tal interés.

Estas breves observaciones confirman, en mi parecer, la convicción de que el derecho penal, sobre todo su aplicación coactiva, constituye una respuesta última, una reacción extrema, dado que, en pocas palabras, su ejercicio se puede definir, ni más ni menos, como violencia institucionalizada, como violencia legal, como violencia estatal. En cuanto tal, o sea, como respuesta última, como violencia institucionalizada, pero al mismo tiempo como conjunto de medidas que tienen como objetivo la tutela de bienes jurídicos comunes, el derecho penal requiere, pues, una justificación específica, una fundación diferente con respecto a todo el derecho. Cuando hablamos de derecho penal, vale la pena precisarlo,

tomamos en consideración tanto el derecho penal sustantivo como el derecho penal procesal, es decir, tanto aquello que se define como comportamiento ilícito y, por tanto, merecedor de una sanción penal, como también el conjunto de normas mediante las cuales, frente a la probabilidad de que un acto determinado se configure como ilícito, se verifique si en efecto es así, y en ese caso establecer quién es el sujeto responsable, y conminarle la pena previamente establecida. Esta observación, es del todo obvio, es una consecuencia de lo dicho anteriormente, es decir, de la necesidad de abordar las cuestiones que aquí nos interesan desde una perspectiva amplia, que comprenda tanto el punto final de un proceso, la sentencia, como los pasos a través de los cuales se desarrolla todo el proceso mismo. A la luz de todas estas observaciones, necesarias, en mi parecer, ahora podemos entrar en el detalle del modelo de justicia penal, así como se ha configurado después de las ya citadas reformas y, además, de las reformas al Código Penal Federal del 5 de noviembre de 2018.

#### *4. Valores del derecho penal en el nuevo modelo, y sus fundamentos*

¿Sobre cuáles valores, sobre cuáles postulados, en suma, en cuáles principios se funda el modelo de derecho penal mexicano? En este primer acercamiento es evidente que de alguna manera entendemos, sin argumentarlo, “valores”, “postulados” y “principios” como sinónimos, es decir, como vocablos que expresan el mismo núcleo de significado. Dicho de otra manera, la pregunta concierne las razones que están “detrás”, es decir, que sostienen, que justifican el modelo tanto en lo sustantivo, o sea, los comportamientos que define como ilícitos, como en lo procesal, es decir, en las modalidades que disponen su actuación concreta.

Llamemos, pues, “principios”, por ahora,<sup>17</sup> a toda una serie de valores, postulados y bases, que definen al modelo de derecho penal en México. En términos muy generales, cuando hablamos de principios, entendemos, por ejemplo:

1. La taxatividad de los actos definidos como ilícitos, o sea, el principio de legalidad.
2. La así llamada reserva de ley, o sea que la definición de un comportamiento como ilícito es una actividad exclusiva del Poder Legislativo.
3. La determinación (por cuanto comprendida en una gama de alternativas) de la pena prevista.
4. La prohibición del uso de la analogía en el razonamiento penal.
5. El carácter no retroactivo de la ley penal (sobre todo sustantiva).
6. La presunción de inocencia (hasta que no se afirme lo contrario en sentencia definitiva).
7. El debido proceso, en el que las partes en conflicto ocupen una igual posición jerárquica.
8. El juez natural, o sea, la prohibición de jueces especiales, nombrados *ad hoc*.
9. Una justicia expedita, es decir, la celebración de un juicio en un lapso temporal razonable.
10. La igualdad ante la ley, es decir, el tratamiento igualitario sin distinción alguna por cuestiones de sexo, etnia, religión, color de la piel, posición social, etcétera.
11. El carácter general y abstracto de la ley, es decir, que discipline clases de comportamientos y que esté dirigida a clases de individuos.
12. La independencia y la autonomía de los funcionarios del Poder Judicial.

---

<sup>17</sup> Más adelante me detendré con mayor profundidad en el significado de tales vocablos.

Estos doce principios, cuyo número podría ser aumentado o disminuido según diferentes perspectivas, forman parte de un patrimonio cultural, político y jurídico que se ha venido afirmando en la cultura jurídico-política en el curso de mucho tiempo, y no solamente, por supuesto, en el derecho mexicano. Un vistazo rápido a la historia del derecho, en sus dos grandes familias tradicionales —*civil law* y *common law*— confirma sin duda esta impresión. Se puede hablar, por otra parte, y en modo específico para nuestro contexto, de principios en otros términos, que podríamos considerar más técnicos. Son aquellos que extraemos ya sea del artículo 20 de la Constitución (CFEUM), ya sea del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). El artículo 20 de la CFEUM indica en modo perentorio que “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”. El artículo 4o. del CNPP prácticamente reitera tales principios, con la finalidad evidente de dotarlos de contenido, indicando su significado; pero también diciendo algo más:

el proceso penal será acusatorio y oral, en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes. Este Código y la legislación aplicable establecerán las excepciones a los principios antes señalados, de conformidad con lo previsto en la Constitución. En todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado.

A partir de los cinco principios, que podríamos llamar “primarios” o “centrales”, que se repiten en ambos documentos, el CNPP de hecho señala el camino que conduce a otros

principios, “secundarios” o “periféricos”, que de alguna manera son fragmentos, implícitos o explícitos, de los primeros (“y aquellos previstos en la Constitución, Tratados y demás leyes”). Y se agrega además una cuestión cuya relevancia es verdaderamente central en un discurso sobre los principios: “en todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado”.

Es evidente, en consecuencia, que los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación constituyen un núcleo fuerte de factores que deben guiar el proceso penal y caracterizar el modelo de derecho penal; pero que no agotan, con mucho, todo el horizonte de sus valores, en el que ocupan sin duda un lugar relevante todos aquellos que se han ido configurando dentro del más amplio horizonte del derecho en general, a partir del reconocimiento de los derechos de las personas en un catálogo siempre cada vez más amplio. Confirma esta observación, creo, el carácter fuertemente emotivo con el que se concluye el ya citado artículo 4o. del CNPP, que no es superfluo reiterar: “en todo momento, las autoridades deberán respetar y proteger tanto la dignidad de la víctima como la dignidad del imputado”. El significado de esta expresión no deja lugar a ninguna duda, pues señala el deber de toda forma de autoridad de tutelar la dignidad tanto de la víctima como la del imputado: contiene una indicación normativa que se inserta en el discurso general de los derechos fundamentales y, en modo particular, de los derechos humanos, es decir, aquellos que se refieren de manera explícita a la esfera personal.

Lo que quiero decir es que más allá del núcleo fuerte de principios, se extiende un horizonte de cuestiones cuya exploración no se puede omitir, y que tiene que ver con los bienes

jurídicos a tutelar por el derecho penal, cualquiera que sea su declinación específica (inquisitivo, acusatorio, mixto), y que, es una opinión bastante generalizada, de alguna manera lo condicionan, o, mejor: lo deberían condicionar, normativamente tanto su parte sustantiva como su parte procesal. No hay duda de que el derecho penal, ya se ha dicho, constituye quizá el instrumento más odioso, y odiado por sus destinatarios, por el uso de la fuerza coactiva que presupone; pero al mismo tiempo tal instrumentación se debe a que con ella una sociedad organizada trata de proteger aquellos bienes que son públicos de dos maneras, y que por ello mismo son de importancia crucial. Por un lado, si bien algunos actos disciplinados por el derecho penal sustantivo se refieren a una esfera personal (el homicidio, por citar sólo un ejemplo), no se puede negar que los comportamientos eventualmente contrarios a las normas se reflejan también en la esfera pública, en las relaciones sociales entre las personas. No se explicarían de otra manera debates tan intensos acerca de la pena de muerte o de la interrupción voluntaria del embarazo. Por otra parte, otros comportamientos tienen de suyo, sin ninguna mediación, una relevancia pública innegable, pues el eventual acto desviado tiene un impacto que podríamos llamar inmediato y directo en la esfera de las relaciones entre el Estado y las personas; me refiero, también para citar un solo ejemplo, a todo fenómeno corruptivo en sus varias formas. Tiene un impacto público en la esfera pública, quizá no tan evidente, sobornar al funcionario del centro de verificación para que el control sobre mi auto sea blando y me permita viajar todos los días de la semana. Un impacto que tampoco parece tan evidente e inmediato, pero se trata de una percepción errada, es el que resulta del soborno cuando éste se realiza al interior de las relaciones entre el Estado y otras formas de poderes fuertes (económicos); es decir, cuando se vulneran las reglas que disciplinan aquellas

partes de la administración pública, en cualquiera de sus órdenes (legislativo, ejecutivo, judicial), que tienen una relación con los particulares en cuanto prestadores de servicios o como usuarios de servicios públicos. Aquí, la desviación de recursos, los sobrepagos, las asignaciones directas de contratos, etcétera, generan un impacto negativo no sólo en cuanto a la calidad de los productos que el Estado compra de los particulares, y las consecuencias que se derivan para la vida concreta de las personas (un puente construido en modo deficiente, una carretera mal diseñada), sino también porque de esa manera los recursos de una sociedad terminan en manos privadas y no para ser usados para mejorar las condiciones de vida de toda la comunidad.

No hay duda, entonces, que si alguna justificación tiene el uso de la fuerza del Estado en el ámbito del derecho penal ésta reside en lo anterior. Pero no se debe subestimar, y quiero pensar que aquí se encuentran las bases sobre las que se funda la reforma del proceso en nuestro país, que además de esa justificación, importante, sin duda, ese uso de la fuerza debe ser de alguna manera controlado por reglas precisas, de modo que se evite su exceso, la arbitrariedad, para que, en otros términos, la aplicación del derecho penal se realice en un marco de equilibrio en el que, en la mayor medida posible y con todos los límites que eso implica, no se declare inocente al culpable y culpable al inocente. Una posición delicadísima, por cierto, pues tiene que ver con dos aspectos conectados entre sí. Por un lado, el juez penal debe ser consciente de que sus sentencias, para que la opinión pública las perciba y las coloque dentro de ese marco de equilibrio, deben estar adecuadamente motivadas y argumentadas evitando las soluciones preconfeccionadas, que además con frecuencia contienen un lenguaje indescifrable para la mayor parte de la sociedad, y, por otro, él debe también tener plena conciencia

de que su actuar concreto es la única forma de legitimación de la que dispone (asumo aquí que el operador jurisdiccional no se elija mediante el voto popular), no sólo de su actuar como individuo, sino también, y sobre todo, de la imagen del aparato público en su conjunto, es decir, con relación a la percepción del Estado como órgano monopolizador de la fuerza para crear normas y, es éste el caso, de aplicarlas coercitivamente si se hace necesario.

En un Estado constitucional de derecho, en la forma organizativa surgida después de la Segunda Guerra Mundial del siglo XX, resultaba, es evidente, del todo incongruente con el nuevo panorama un modelo de justicia penal sustancialmente inquisitivo. Es ya un parecer generalizado, creo, sostener que el constitucionalismo actual, como modelo de arquitectura y funcionamiento de los poderes públicos, ha dado lugar, al menos en el plano normativo, que a los individuos se les asigne un lugar privilegiado considerándolos como personas morales, o sea, como entidades dignas de consideración y respeto en cuanto titulares de derechos fundamentales. La cultura jurídica y política, la filosofía y otras disciplinas han contribuido para consolidar un marco general en el cual se eviten las atrocidades sucedidas durante la primera mitad del siglo pasado.<sup>18</sup> La persona, repitémoslo, se ha convertido en un eje central alrededor del cual se estructuran, se deberían estructurar, todas las instituciones públicas, entre ellas, obviamente, el derecho penal construido sobre las bases de un modelo acusatorio y oral, con la finalidad, precisamente, de que allá donde se haga necesario el uso de la fuerza del Estado la centralidad de la persona como ente moral no venga a menos. Es en vista de esta finalidad que

---

<sup>18</sup> Que ese objetivo se haya logrado o no es una discusión fascinante, pero que no puedo considerar en este trabajo.



ha de ser visto el proceso a través del cual se debería llegar a un punto culminante donde no ocurran más los excesos en el uso de la fuerza pública en el ejercicio de sus atribuciones en el campo del derecho penal. Se trata, en última instancia, de promover un ejercicio de la esfera pública que coloque en primer plano la dignidad humana; tarea ardua, por supuesto, no sólo por el significado poco preciso de la expresión, sino también porque a ello parecería contraponerse la efectividad de la justicia penal y la seguridad de las personas.<sup>19</sup>

El modelo de proceso penal que muy cansadamente se está tratando de construir en México tiene como objetivo ideal precisamente constituir al derecho penal como el delicado equilibrio entre la tutela de las personas implicadas en un juicio (tanto acusados como víctimas) como una expresión de su dignidad en cuanto seres humanos, y aquellos valores, como la justicia penal, la seguridad, la razón de Estado, que pueden de hecho ser asumidos por los aparatos estatales como bienes superiores. Se trata, pues, en última instancia, de los arreglos que en relación con el derecho penal se tomen en la esfera más general de la política criminal. La acción punitiva del Estado, ejercida mediante el derecho penal, está justificada, y se percibe como legítima, cuando las normas (sustantivas y procesales) —así como su concreción cuando el aparato estatal se enfrenta con un (supuesto) acto ilícito y un (supuesto) culpable— se dan en un marco amplio de respeto de determinados valores propios de una “sociedad decente”,<sup>20</sup> en definitiva, de una organización social que merezca el calificativo de Estado constitucional de derecho.

---

<sup>19</sup> Wolter, J., “Dignidad humana y libertad en el proceso penal”, en Ambos, K. y Montealegre Lynett, E. (comps.), *Constitución y sistema acusatorio. Un estudio de derecho comparado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 225-262.

<sup>20</sup> Margalit, A., *La sociedad decente*, Barcelona, Paidós, 2010.

Tales valores, que se suelen llamar “principios”, llaman en causa, en efecto, aquello que se considera como más precioso, más digno de protección por las personas en su vida asociada: la libertad en todas sus acepciones, los derechos fundamentales; en suma, la dignidad de la persona humana. Valores (principios) ya mencionados antes, y que, como es fácil notar, constituyen precisamente el núcleo alrededor del cual se construye idealmente el nuevo proceso penal. Son los valores a los que se alude tanto en el artículo 20 constitucional como en el artículo del CNPP, y han de ser considerados, conjunta e individualmente, como estrellas polares del nuevo proceso: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediatez. Se trata, ya se dijo antes, de previsiones de carácter técnico-procesal que definen el modelo acusatorio en sus características centrales, y que consisten, resumiendo lo que la literatura especializada ha venido observando desde hace tiempo,<sup>21</sup> en: 1) el carácter público, no reservado a las partes, en su fase de juicio; 2) la paridad de armas entre la acusada y la defensa, o sea, la previsión del derecho del inculcado a defenderse; 3) la reunión en un solo momento procesal de la presentación de los elementos probatorios, el debate sobre ellos y la resolución; 4) la no interrupción irracional del momento procesal al que se ha aludido (lo que no significa que se deba realizar en un solo día, pero sí en días continuos); 5) la presencia del juzgador en la fase en la que se presentan las pruebas, se debate y se decide.

Es fácil ver que estas previsiones técnico-procesales tratan de responder a exigencias diferentes. Que el juicio como momento procesal en el que se presentan las pruebas, se discute acerca de ellas y se toma la decisión por parte del juzgador, tiene que ver con dos exigencias propias de una sociedad

---

<sup>21</sup> Natarén Nandayama, Carlos F. y Caballero Juárez, Jose Luis, *op. cit.*, cap. V.

democrática y liberal. Por un lado, se insertan en un discurso relacionado con la transparencia de las modalidades de toma de decisiones que impactan a toda la sociedad. Me refiero muy banalmente a lo que ya sucede también en otros ámbitos de la vida pública mexicana: la transmisión en televisión de las sesiones del Pleno de Suprema Corte de Justicia de la Nación y de las comparecencias frente a una Comisión del Senado de la República. En esa misma línea, en mi parecer, cabe pensar que la publicidad y la inmediación en cuanto características relevantes deseables del momento procesal, cuando el juzgador toma una decisión, contribuyen, aunque no sean suficientes, a legitimar a la jurisdicción, obligando a los juzgadores a estar presentes frente a las partes, y eventualmente frente a la sociedad, en toda esa fase; lo que, como es bien sabido, no necesariamente sucedía anteriormente. Por otro lado, además, el hecho de que se establezca la paridad entre las partes en el proceso evidencia algo que de manera más cercana concierne las garantías del inculpado, o sea, la posibilidad de intervenir en todo momento a través de sus representantes en el proceso de formación de las pruebas. Se podría decir, entonces, que estos valores<sup>22</sup> se refieren a dos contextos diferentes: a la *esfera pública*, como posibilidad para que la sociedad conozca y pueda así emitir un juicio fundado acerca de la jurisdicción, de sus funciones, de sus actores, de sus dinámicas, de sus reglas, y a la *esfera privada*, es decir, a todo aquello que tiene que ver con las garantías procesales de los inculpados.

El artículo 20 constitucional va más allá de la enunciación de estos cinco valores como ejes fundamentales del nue-

---

<sup>22</sup> No voy a intentar aquí un examen detallado de cada uno de estos valores; sería por demás superfluo, dado que es una tarea a la que han dedicado su esfuerzo muchos especialistas; por ejemplo, Natarén Nandayama, Carlos F. y Caballero Juárez, José Luis, *op. cit.*, cap. V.

vo proceso, definido como acusatorio y oral. A ellos les hace seguir, inmediatamente después, disposiciones que caracteriza como principios generales. Generales, en mi opinión, porque, en efecto, superan con creces el modelo en cuanto acusatorio y oral, y se refieren, creo que se puede decir, a ideales y valores propios de una sociedad democrática y liberal en el marco de un sistema penal avanzado y de un sistema jurídico acorde con este tipo de sociedad. Son diez estos principios generales.

El primero se refiere a los fines del proceso, declinados en cuatro puntos: búsqueda de la verdad (el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos), tutelar al inculpado (proteger al inocente), luchar contra la impunidad (procurar que el culpable no quede impune), la reparación del daño (que los daños causados por el delito se reparen). Estos cuatro objetivos se insertan en discursos diferentes. La reparación del daño es, entre ellos, probablemente, el objetivo cuya garantía concreta pudiera estar menos sujeta a factores que la frenen, en virtud, entre otras cosas, de la Ley General de Víctimas, del 9 de enero de 2013<sup>23</sup> (y sus reformas) y las respectivas leyes de las entidades federativas. Lo que quiero decir es que un acto delictivo, independientemente de su gravedad, genera víctimas de diferente tipo (directas, indirectas, potenciales),<sup>24</sup> cuya identificación no parece excesivamente problemática; lo que, en mi opinión, facilitaría la atención hacia ellos. Dificultades más serias, de carácter epistemológico, pero también de otro tipo, aquejan a los ob-

---

<sup>23</sup> Reglamentaria de los artículos 1o., párrafo tercero, 17, 20 y 73, fracción XXIX-X de la Constitución, de los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado mexicano y otras leyes, en materia de víctimas.

<sup>24</sup> Zamora Grant, J., *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, México, Inacipe, 2016, cap. XIII.

jetivos de la búsqueda de la verdad y la tutela del inculpado, mientras que la lucha contra la impunidad es un objetivo de tal amplitud y complejidad, ya que depende en todo caso de la política criminal adoptada por el Estado, que requeriría una investigación separada y un amplio espacio. En primer lugar, porque en este objetivo se encuentran involucrados aspectos como la independencia y la autonomía de las fiscalías generales y estatales, de manera tal que puedan utilizar el instrumento penal sin distinción alguna, únicamente en la línea de su carácter obligatorio.<sup>25</sup> Segundo: la obligación del juzgador de no delegar ninguna operación relativa al desahogo y valoración de las pruebas (“toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica”). Este principio, en realidad, parcialmente consiste en una declinación (o mejor: reiteración) del valor asignado antes a la intermediación, pero por otra parte se refiere a un elemento fundamental del modelo acusatorio, o sea, la libertad con la que el juzgador debe valorar los elementos de prueba presentados por las partes. En efecto, una característica central del modelo inquisitivo, cuyos orígenes —*repetita juvant*— se remontan al medievo, es precisamente el principio de la prueba legal (o prueba tasada), es decir, un modelo en el que el valor de los argumentos presentados por las partes se establece *a priori*, generalmente

---

<sup>25</sup> En este orden de ideas, cabe señalar que en el diseño actual de la arquitectura institucional, las fiscalías (la federal y las locales), en realidad ocupan un lugar que no les garantiza suficientemente una autonomía que les permita ejercer sus funciones en orden a la tutela del principio fundamental de igualdad ante la ley. En efecto, las modalidades de nombramiento del fiscal general de la República, en última instancia, en manos del Ejecutivo federal, no permiten garantizar plenamente la distancia necesaria en una democracia madura, entre la procuración de justicia y la esfera de la política. De cualquier modo, sobre este aspecto, lo retomaré más adelante.

por el legislador, sobre la base de argumentos de sentido común y/o de máximas de experiencia. Por ejemplo, fundándose en la convicción de que una persona no miente cuando declara hechos que le son desfavorables, a la confesión se le tomaba como una manifestación de la verdad: sin duda una convicción, valga la redundancia, poco convincente a la luz de muchos factores psicológicos. Lo contrario sucede en el nuevo modelo, en el que vale el principio de la libre apreciación (valoración) por parte del juzgador, es decir, su íntima convicción, no condicionada por factores establecidos anteriormente.<sup>26</sup> Tercero: debe ser considerado como posible elemento probatorio solamente lo que se presenta como tal en la audiencia de juicio, salvo, naturalmente, por las excepciones que la ley pueda establecer (“Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada que por su naturaleza requiera desahogo previo”). Otro aspecto de particular relevancia, éste, ya que establece, en efecto, que la prueba se debe formar durante la audiencia de juicio, es decir, la audiencia donde el juzgador decide sobre el caso, y no, a menos de excepciones, durante las fases anteriores, de investigación, de instrucción, etcétera. Una disposición dirigida a tutelar al inculpado, naturalmente, ya que evita que eventuales elementos anteriores a la audiencia de juicio, obtenidos tal vez con medios no ortodoxos, puedan ser invocados como prueba por parte sobre todo del Ministerio Público. Cuarto: “El juicio se celebrará ante un juez que

---

<sup>26</sup> Esta afirmación vale, en mi opinión, aun frente al valor de la jurisprudencia como fuente de derecho dictada por la SCJN, los tribunales colegiados de circuito y los plenos de circuito, según lo establecido en la Ley de Amparo de abril de 2013 (Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales).

no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”. El juez ante quien se realiza el juicio no debe haber intervenido con esas funciones en una fase precedente; se reitera, además, el carácter contradictorio y oral del juicio. Quinto: “La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente”. Se establece que a la parte acusatoria le corresponde demostrar la culpabilidad del inculpado, y no a la defensa su inocencia. Se reitera una vez más el carácter contradictorio, la consecuente igualdad procesal entre las partes y, sobre todo, la carga de la prueba. Sexto: “Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución”. Se reitera el principio contradictorio del proceso, cuya condición necesaria es, precisamente, que ningún asunto sea tratado por el juzgador con una sola de las partes (salvo las excepciones, obviamente). Séptimo:

Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

Se dictan las condiciones para que el proceso pueda terminar anticipadamente en aquellos casos en que el acusado reconozca, y exista efectivamente la posibilidad de corroborarla, su propia responsabilidad, otorgando a las leyes secundarias la posibilidad de establecer los eventuales beneficios que deriven para el acusado. Más que un principio, estamos frente a una modalidad del ejercicio de la acción penal a través de la cual el objetivo que se persigue es buscar medidas alternativas de impartición de justicia que redunden en una mayor prontitud de la jurisdicción penal. Se puede decir, en sustancia, que es una modalidad concreta para tratar de alcanzar el objetivo de un proceso que se cumpla en un plazo razonable, según lo establecido en muchos estándares internacionales.<sup>27</sup> Octavo: “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado”. Este principio reitera la idea de que la decisión del juez penal debe ser el resultado de una valoración libre y autónoma del material probatorio, es decir, se deja definitivamente atrás el modelo de la prueba tasada. Noveno: “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. La importancia normativa de este principio es evidente: cualquier prueba obtenida mediante un ejercicio de la autoridad que suponga la violación de derechos fundamentales (la tortura, la presión psicológica, la amenaza, etcétera) debe ser considerada nula. El cambio aquí es verdaderamente radical, aunque su realización concreta en la práctica está sin duda condicionado a una profunda transformación cultural de parte

---

<sup>27</sup> El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.



sobre todo del cuerpo policiaco (algo sin duda absolutamente no sencillo); si a eso se le suma lo previsto en el tercer principio, se puede decir, sin forzar demasiado el lenguaje, que estamos de verdad frente a un cambio de paradigma. Décimo: Se trata de una especie de corolario, de principio de cierre, al que, obviamente, no se le debe restar relevancia, pues señala la obligación de observar todos los principios (del uno al nueve) en todas las audiencias: “Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio”.

### III. SEGUNDO APARTADO

#### 1. *¿Cuáles principios en el nuevo derecho penal?*

El breve resumen de los diez principios generales enunciados en el artículo 20 constitucional evidencia claramente que decir del nuevo modelo, como podría resultar de un análisis apresurado de su primera parte, que es acusatorio y oral, significa reducirlo a una fórmula simplificadora, eficaz probablemente, pero que no refleja totalmente el espíritu de la reforma en materia penal. Un espíritu que sin duda representa un cambio fundamental en cuanto a la definición del nuevo modelo, pero que, por otra parte, más allá de los principios en los que se basa deja pendientes aspectos, como se verá más adelante, que si no se afrontan en el futuro próximo podrían revelarse como serios obstáculos para alcanzar los objetivos propuestos.

A los principios, todos, del nuevo modelo, hay que sumar, sin duda, otros, propios ya no del derecho penal ni de una rama jurídica particular, sino del derecho mismo, como esfera normativa de una sociedad liberal y democrática, es decir, como principios verdaderamente generales: los así llamados

“principios generales del derecho”, que habitualmente se inscriben en las Constituciones. Veamos, en nuestro caso, el artículo 14 de la Constitución:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado 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. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Aquí encontramos algunos de estos principios generales, reconocidos por las sociedades civiles. En primer lugar, el *principio de irretroactividad de la ley* (“A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”); es decir, la disposición de que la sanción penal se debe aplicar solamente cuando el hecho al que se le conecta haya sido realizado en un momento posterior a cuando la ley lo definió como acto ilícito; es decir, se prohíbe explícitamente que se someta a juicio, y se castigue, a alguien por haber cometido una acción que en el momento de su realización no estaba calificada como ilícita por una disposición penal. La importancia de este principio está fuera de toda duda, y sin embargo vale la pena detenerse en él para subrayar algunos aspectos fundamentales. En primer lugar, conviene subrayar cómo este principio se puede ya reconocer en la obra príncipe del “absolutista” Hobbes;<sup>28</sup> en el *Leviatán*,

---

<sup>28</sup> Para una buena parte de los estudiosos de teoría política, Thomas Hobbes (1588-1679) sigue siendo el teórico del gobierno absoluto, en modo

de 1651, escribe Hobbes que si “la pena supone un hecho considerado como una transgresión por la ley”, entonces “el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad, pues antes de la ley no existe transgresión de la ley”.<sup>29</sup> Y por tanto, “ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de ella un delito”.<sup>30</sup> Las razones que justifican este principio no dejan lugar a duda: constituye un abuso, una arbitrariedad por parte del Estado usar su aparato punitivo para infligir una pena en función de un acto definido como ilícito después de que haya sido cometido; es una garantía, este principio, de los derechos de libertad, no sólo de un inculpado, sino en términos generales de todo individuo, de toda la sociedad en su conjunto. Una garantía que en todo caso se funda inclusive en la máxima del sentido común, según la cual el derecho trata de orientar los comportamientos futuros de las personas, no de calificar comportamientos acontecidos en el pasado. Por otra parte, hay que señalar que en realidad es posible, en relación con este principio, identificar otro aspecto no menos importante. Como se ha visto, constituiría una grave violación de los derechos de las personas si el aparato punitivo del Estado fuera usado con base en leyes retroactivas: sobre esto no creo que nadie puede seriamente dudar. Sin embargo, ¿qué hacer cuando entra en vigor

---

apodictico, fruto de ideas preconcebidas acerca de su pensamiento. Una perspectiva crítica de esta corriente se puede ver en Rentería Díaz, A., “Thomas Hobbes. L'incerto passaggio dallo Stato di natura allo Stato civile”, en Petrachi, Adriana, *Cahiers*, Firenze, European Press Academic Publishing, 2011, II, pp. 197-219.

<sup>29</sup> *Leviathan* (1651). trad. de C. Mellizo, *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 1989, XXVIII, p. 250.

<sup>30</sup> *Ibidem*, XXVII, p. 237. Tomo estas dos citas del justamente famoso *Derecho y razón* (1989) de Luigi Ferrajoli, Madrid, Trotta, 1995, pp. 381 y ss.

una ley que dispone una sanción menos severa de cuanto no lo establezca una ley anterior? Aquí nos encontramos en un contexto en el que el principio de irretroactividad viene puesto en discusión, pues su cristalino significado normativo, que emana de una primera aproximación, en realidad parece no ser tal. Veamos por qué.

El artículo 9o. (principio de legalidad y de retroactividad) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

De lo que se desprende no sólo la prohibición de aplicar retroactivamente la ley penal, sino también, quizá un tanto paradójicamente (pero no tanto) la obligación de aplicar de manera retroactiva la ley más favorable al inculpado: una contradicción, parecería. Dicho artículo reitera literalmente el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en diciembre de 1966. En nuestro país, en esta misma línea de pensamiento, se expresa el legislador en el Código Penal Federal, en cuyo artículo 56 se afirma que “la autoridad jurisdiccional competente aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable”. Y la Constitución, en el segundo apar-

tado del artículo 1o., establece que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Y, finalmente, la jurisprudencia de la SCJN también se ha movido en este sentido, el de promover la aplicación de un principio más amplio, el principio *pro persona*, al que parecen, en efecto, poder ser reconducidos todos aquellos de los que estamos hablando;<sup>31</sup> un principio, éste, aún más amplio, que acoge el CNPP cuando enuncia, en su artículo 402, que “la duda siempre favorece al imputado”, en una declinación específica (*in dubio pro reo*) para el proceso penal.<sup>32</sup>

En el segundo apartado de la disposición mencionada podemos identificar otros principios: “nadie podrá ser privado 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”: dos principios se encuentran aquí. Por un lado, el principio de jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*), o sea, la prohibición de declarar culpable a alguien sin que se haya realizado un proceso mediante el cual un órgano jurisdiccional haya establecido la culpabilidad del inculcado. Se trata de una declinación más específica del principio de inocencia,<sup>33</sup> según el cual nadie es culpable

---

<sup>31</sup> Tesis 1a./J. 107/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, libro XIII, tomo 2, octubre de 2012, p. 799, jurisprudencia (constitucional).

<sup>32</sup> Tesis 177538. 1a. LXXIV/2005. Primera Sala. Nueva Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXII, agosto de 2005, p. 300.

<sup>33</sup> Explícitamente señalado en el Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 13: “ Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código”. Véase también el artículo 20

hasta que no se demuestre su culpabilidad en un juicio, y, en todo caso, del principio de verificación (o de la prueba a cargo de quien acusa). Y el principio del juez natural (o preconstituido), es decir, la tesis de que quien emite un fallo en un juicio penal debe haber sido nombrado en un momento anterior a la comisión del acto ilícito: la prohibición de tribunales creados *ad hoc* y, por supuesto, *a posteriori* y especiales: “...y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho” (reiteración del principio de irretroactividad enunciado en el primer apartado). La importancia del principio del juez natural es evidente, pues su concretización en leyes específicas y, sobre todo, su actuación concreta, constituye una primera garantía en cuanto a la neutralidad e imparcialidad de la jurisdicción, es decir, a la posición equidistante del juzgador con respecto a los intereses de las partes, a su posición como tercero entre las dos partes en conflicto. Claro, es una prerrogativa del Estado, en nuestras organizaciones políticas actuales, la aplicación de la ley penal en función de la tutela de los intereses públicos en juego; pero esta función pasa, es obvio, no solamente por la decisión final mediante la cual al inculcado se le considera o culpable o inocente, sino también, y por supuesto, por todas aquellas tareas que se le encomiendan al Ministerio Público durante las fases anteriores al juicio. Ambos, juez y Ministerio Público, son funcionarios del Estado; pero eso no significa, por supuesto, que ellos deban asumir su tarea como la de condenar a toda costa. En el tercer apartado, finalmente, se establece otro principio no menos importante, que establece la prohibición del uso de la analogía en el proceso penal: “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún

---

constitucional, sección B, “De los derechos de toda persona imputada”, apartado I, “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Es el principio derivado de la máxima *nullum crimen sine lege*, que expresa la idea de que un evento determinado constituye un delito si (y solamente sí) la ley así lo ha determinado previamente. Con este principio, lo que se prescribe es la idea de la taxatividad del derecho penal, pues dada la importancia de los valores en juego en el proceso, se le prohíbe al juzgador ir más allá de los actos caracterizados como actos ilícitos, tal como se encuentran en los códigos sustantivos.

## *2. Derecho penal, lenguaje, legalidad*

Nos encontramos aquí dentro de las condiciones ilustradas en el principio, de alcances mucho más amplios, de legalidad, que, como sostiene Ferrajoli, tiene dos sentidos, uno lato y uno estricto. En sentido lato, el principio de legalidad significa, precisamente, que si no hay ley que establezca que un comportamiento es ilícito, entonces no existe el delito; si, en otros términos, un hecho empírico, natural, por así llamarlo, no está calificado por la ley como jurídico, simplemente queda fuera de la esfera del derecho. En sentido estricto, por otra parte, significa que la ley penal sustantiva debe estar “dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación en proposiciones verificables”, y de éste se desprenden “todas las demás garantías —las penales (o sustanciales) de la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad, y las procesales (o instrumentales) de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa—, a falta de las cuales no puede quedar satisfecho”.<sup>34</sup> El sentido lato del principio de legalidad se re-

<sup>34</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 380.

friere a la obligación del juez, de atenerse a la ley dictada por el legislador penal, mientras que el sentido estricto se refiere a la obligación del legislador de crear leyes penales de manera tal que el juez tenga la posibilidad de expresar su opinión sobre los hechos penalmente relevantes mediante enunciados empíricos comprobables.<sup>35</sup> Ambos sentidos del principio de legalidad, me parece, se encuentran estrechamente ligados, aunque se refieren a aspectos diferentes. El sentido lato, en un primer acercamiento, parecería no presentar demasiados problemas, ya que en línea de máxima el lenguaje en el que se expresa no deja lugar a dudas; sin embargo, hay que decirlo, si no existieran dudas no habría necesidad de que, como se ha visto, en la mayor parte de los ordenamientos penales se prohíba expresamente el uso de la analogía, y es evidente la razón, es decir, la probabilidad de que mediante este tipo de razonamiento, comportamientos no definidos como ilícitos por una norma, pero “parecidos”, “semejantes” a otros, éstos sí calificados jurídicamente, puedan ser tratados como si lo fueran. De lo que deriva su estrecha conexión con el sentido estricto; éste, en efecto, contiene indicaciones normativas, que constituyen un horizonte ideal, una idea límite, porque en su sendero de realización encuentra numerosos obstáculos: con base en él, el legislador debe usar un lenguaje mediante el cual el intérprete reciba indicaciones precisas para reconocer en el comportamiento empírico las características necesarias, y suficientes, para colocarlo en el ámbito de apli-

---

<sup>35</sup> *Idem.* Como contrajemplo de esta previsión véase el artículo 191 del Código Penal Federal, que reza: “Al que ultraje el escudo de la República o el pabellón nacional, ya sea de palabra o de obra, se le aplicará (sic) de seis meses a cuatro años de prisión o multa de cincuenta a tres mil pesos o ambas sanciones, a juicio de juez”. ¿Cuál es el comportamiento empíricamente verificable? Es claro que no lo hay, de modo que a juicio del juez, queda no sólo la elección del tipo de sanción, sino también la calificación del hecho como ilícito y, en consecuencia, como condición de la pena.



cación de la norma que, en abstracto, define como ilícitos comportamientos que aún no se realizan. Entre los diversos obstáculos que el sentido estricto encuentra en su camino, uno de ellos, quizá el más relevante, tiene que ver con el carácter colectivo y abstracto de la legislación, general y penal, y además con las modalidades concretas mediante las cuales se cumple este vital ejercicio en una comunidad política. En suma, un factor importante que condiciona en un sentido u otro el sentido estricto del principio de legalidad es la calidad de la legislación, la atención que el legislador le dedique a su tarea. Otro obstáculo, no menos importante, es el que concierne las características típicas del lenguaje. El legislador, no cabe la menor duda, no puede hacer a menos de usar el lenguaje natural (el francés, el italiano, el español) de la comunidad a la que pertenece y a la que pretende guiar. Ahora bien, el lenguaje natural dista mucho de ser un instrumento perfecto, capaz de transmitir un mensaje unívoco; las palabras y las expresiones lingüísticas frecuentemente son vagas y/o ambiguas.<sup>36</sup> Ciertamente es que en la comunicación cotidiana las dificultades que de ello se derivan son superables, habitualmente a través de la interacción entre los hablantes y los posibles conflictos que de todos modos pudieran crearse no constituyen una cuestión social relevante; en la legislación, obviamente, la interacción entre legislador y destinatarios no es una actividad frecuente y, posiblemente, ni siquiera desea-

---

<sup>36</sup> Una palabra o una expresión son ambiguas cuando de ellas se deriva más de un significado, en virtud o de cuestiones meramente semánticas (en el caso de una palabra: “puente” tiene que ser el significado de una construcción que conecta, por ejemplo, los lados de un río, sea un significado conectado con el trabajo de un dentista), o bien semántico-sintácticas (en el caso de una expresión: “no voy a ir”, “no, voy a ir”). Sobre estos problemas del lenguaje véase Waismann, F., “Verifiability”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1945, Supplementary Volume XIX. Sobre el concepto de ambigüedad.

ble. De modo que, en consecuencia, en el lenguaje legislativo se presentan problemas análogos en la comunicación, lo que hace extremadamente difícil, en efecto, que, suponiendo que hubiera la voluntad de hacerlo, en la legislación se pudiera alcanzar el ideal pleno contenido en el sentido del principio de legalidad que nos ocupa. Las dificultades, por supuesto, no impiden, ciertamente, que se deba subrayar la necesidad de que el legislador trate, y no solamente en la legislación penal, lo más posible de acercarse a este ideal.<sup>37</sup>

Se ha hablado antes, brevemente, acerca del principio de contradicción, enunciado tanto en la Constitución como en el CNPP, subrayando su sentido fundamental: la igualdad entre la acusa y la defensa, la paridad de “armas” entre el Ministerio Público y el abogado defensor. Ahora bien, de un examen más atento de este principio se pueden desprender consecuencias importantes y conexiones con otros principios. En efecto, lo relevante aquí concierne la palabra “igualdad”. En el CNPP se utiliza este vocablo en al menos dos artículos; en uno (el 10 “Principio de igualdad ante la ley”) se dice que

todas las personas que intervengan en el procedimiento penal recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa. No se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, opinión, preferencia sexual, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas.

---

<sup>37</sup> La temática que subyace a estas observaciones es una de las más relevantes en la teoría del derecho: la interpretación del lenguaje legislativo. Sobre ella existe, sin exageración, una enorme masa de investigaciones que aquí no es posible ilustrar ni siquiera en sus mínimos términos.

En el otro (el 11, “Principio de igualdad entre las partes”), se establece que “se garantiza a las partes, en condiciones de igualdad, el pleno e irrestricto ejercicio de los derechos previstos en la Constitución, los Tratados y las leyes que de ellos emanen”. Dejando de lado la (probablemente inútil) reiteración contenida en el artículo 11 en relación con el artículo 10, lo que resulta claro es que la palabra “igualdad” viene utilizada al interior de un discurso dirigido a la tutela de la diversidad, o sea, con la intención de que nadie sea discriminado por ninguna razón. Se trata de una declinación específica en el ámbito penal del más amplio principio de igualdad establecido en la Constitución (artículo 4o.: “El varón y la mujer son iguales ante la ley...”),<sup>38</sup> que encuentra a su vez uno de sus fundamentos en el artículo 24 de la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos (“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley”). Sin embargo, puede haber, de hecho, una interpretación más amplia de la expresión “Todas las personas son iguales ante la ley”, a través de la cual configurar un principio general que de alguna manera constituye un corolario aún más importante. Me refiero al significado de la expresión en juego de la cual se deriva el principio de que frente a la ley, y a la ley penal en modo particular, todas las personas son iguales, sin distinción alguna por cuestiones de etnia, cultura, clase social, religión, género, etcétera. Una interpretación, en resumidas cuentas, que no suena tan peregrina, y que se conecta con el principio de legalidad en su sentido lato, con la obligación del juzgador de atenerse al dictado de la ley. No es,

---

<sup>38</sup> Aquí, es obvio, la Constitución se queda corta, por decirlo de alguna manera, pues la referencia exclusiva al varón y a la mujer no agota absolutamente el universo de los géneros sexuales.

creo, insensato sostener que del significado de esa expresión surgen (al menos) dos significados. El primero, ya indicado, constituye el fundamento del principio de contradicción (de igualdad de armas) entre las partes del proceso penal; y el segundo, más conectado con el principio de legalidad (en su sentido lato) según el cual el juzgador tiene la obligación de tratar a todos por igual, sin ninguna distinción.

### 3. *La obligatoriedad de la acción penal*

Las observaciones anteriores nos conducen, de manera inevitable, a introducir en este discurso dos vertientes importantes que se derivan del sentido lato del principio en cuestión: por un lado, el carácter obligatorio de la acción penal, y, por el otro, la independencia de los aparatos jurisdiccionales del Estado precisamente como condición necesaria para el respeto de tal obligación. Veamos la primera de ellas. Cuando Hans Kelsen se da a la tarea de examinar, para poner en evidencia su carácter ideológico, los dualismos en los que incurre la (llamada por él) doctrina tradicional, sus observaciones acerca de los derechos subjetivos pueden ser útiles para ilustrar en modo más claro el significado de lo que estamos diciendo. Para la doctrina tradicional, afirma Kelsen, existe un dualismo, una contradicción entre el derecho objetivo, el conjunto de normas positivas, y el derecho subjetivo. Tal contradicción tiene su origen en el hecho, indiscutible, para tal doctrina, de que los derechos subjetivos son derechos naturales de los que las personas son titulares en cuanto tales, lo que eventualmente contrasta con lo establecido en el derecho positivo, en el derecho objetivo. Éste, el derecho objetivo, si no reconoce los derechos subjetivos, simplemente cesa de ser derecho, ya que aquéllos suponen

límites infranqueables.<sup>39</sup> No voy aquí a reconstruir en modo detallado la manera en que Kelsen reconduce los derechos subjetivos al derecho objetivo desde una perspectiva unitaria, monista, consecuente con su postura iuspositivista. Lo que me interesa más bien es su definición del derecho subjetivo. “Hay derecho subjetivo”, dice Kelsen,

...cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses se crea un derecho subjetivo a su favor.<sup>40</sup>

Se trata de una técnica específica usada en algunos ámbitos del derecho, que no es propia, no es función esencial del

---

<sup>39</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México, Ediciones Peña Hnos., 2001, p. 135. Se trata de la traducción de la 1a. ed. de la *Reine Rechtslehre* (de 1934). Es fácil notar que se trata de una anticipación de lo que, con otras palabras, expresa Gustav Radbruch en su celeberrima fórmula. Afirma Radbruch, después de doce años de nacionalsocialismo en Alemania y después de la Segunda Guerra Mundial: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aún cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoponible que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia. Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”. Cfr. Radbruch, G., “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal”, trad. Azareto de Vásquez, M. I., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pp. 37 y 38. El ensayo de Radbruch fue publicado por primera vez en agosto de 1946, con el título original “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en la revista *Süddeutsche Juristen Zeitung*, núm. 5.

<sup>40</sup> Kelsen, H., *op. cit.*, p. 144.

derecho objetivo, pues aparece fundamentalmente, en efecto, en sectores del derecho privado,<sup>41</sup> y agrega, lo que resulta relevante para nosotros ahora, que “el derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla [la técnica], pues en lugar del individuo lesionado en sus intereses interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa *de oficio* el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción”.<sup>42</sup> “De oficio”, en el léxico legal tiene un significado que coincide casi del todo con el de uso cotidiano de la expresión: define una acción que se tiene que hacer, el deber de hacer algo, sin que para ello sea necesario ningún otro requisito.

Las observaciones de Kelsen, no creo que sea forzada mi interpretación, significan que él considera que el derecho penal moderno ha cumplido un paso hacia adelante en la cultura jurídica y, sobre todo, en el modo concreto de disciplinar su ámbito, dado que en virtud de los intereses que están en juego, que conciernen, en resumidas cuentas, a toda la sociedad en su conjunto, esta rama del derecho ha renunciado a la manifestación de la voluntad (la querrela, si nos colocamos en el ámbito penal) como un requisito necesario para dar los primeros pasos en aras de la investigación, primero, y de la acción penal, en su caso, asumiendo, de hecho que ésta es una obligación del acusador público, o sea, del Ministerio Público. ¿Qué sucede en México con la reforma constitucional de 2008 y la creación del CNPP? En la Constitución reformada (artículo 21) se establece que “la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”, y que “el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley de-

---

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 145 (las cursivas son mías).

terminará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”. Por otra parte, en el CNPP (artículo 131, Obligaciones del Ministerio Público) se afirma que son, entre otras, obligaciones de éste, “recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral, por escrito, o a través de medios digitales, incluso mediante denuncias anónimas en términos de las disposiciones legales aplicables, sobre hechos que puedan constituir algún delito” (apartado II); “iniciar la investigación correspondiente cuando así proceda...” (apartado V); “ejercer la acción penal cuando proceda” (apartado XVI). Una lectura atenta de estas disposiciones, me parece, da como resultado un significado que está muy lejos de establecer una obligación del Ministerio Público para dar inicio a la acción penal. El “cuando proceda” de los apartados V y XVI, al contrario, transmite la idea de que tanto la investigación como el ejercicio vero y propio de la acción penal se colocan en un espacio en el que el MP tiene plena discrecionalidad para iniciar o no iniciar una u otra impresión, que se confirma con el séptimo párrafo del artículo 21 constitucional, ya citado, que a la letra dice: “el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. En efecto, “al cuando proceda”, o sea, cuando el MP determine, utilizando un margen de acción discrecional muy amplio, si dar inicio o no a la acción penal, se suma además la previsión anterior, relativa al uso de criterios de oportunidad. Sumando ambas previsiones, el resultado es, creo, que al MP se le conceden amplios espacios de valoración para que inicie la acción penal cuando así lo considere oportuno.<sup>43</sup> Si hacemos nuestra la observación

---

<sup>43</sup> Un análisis crítico al respecto que retomaré más adelante, en *Islas de González Mariscal, O., “Criterios de oportunidad”, en García Ramírez,*

kelseniana antes enunciada, lo que no parece descabellado, dado que efectivamente en muchos subsistemas penales toma cuerpo la idea de que (cuando menos formalmente) la investigación es de oficio (cambian las cosas, obviamente, por lo que concierne a la acción penal porque depende en todo caso del resultado de la investigación) una vez que la autoridad recibe, por cualquier medio, noticia de un posible acto ilícito, nos veríamos obligados a constatar que nuestro actual ordenamiento no pertenece a la modernidad en el sentido que Kelsen le atribuye a este término.

Pero veamos ahora la Ley de Amparo de abril de 2013, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución, cuyo artículo 107 dice que el amparo indirecto, frente a los jueces de distrito, es procedente cuando, entre otras condiciones, se verifiquen las siguientes (apartado II): “contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo”, y en el apartado VII, “contra las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal, o por suspensión de procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”. Esta ley es anterior al CNPP, pero sucesiva a la reforma constitucional en materia penal de 2008, y ésta es una indicación relevante, como resultará claro en seguida. Como se ha visto, lo establecido en estas dos últimas fuentes normativas va en la dirección de condicionar la investigación y la acción penal a las opciones valorativas del MP, lo que haría del principio de obligatoriedad una mera ilusión, no sólo porque, en la práctica judicial penal efectivamente se

---

S. e Islas de González Mariscal, O. (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudio*, UNAM-IIJ-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015, pp. 107-119.



puede constatar que ésa es la realidad, sino porque tal realidad encuentra su justificación en las previsiones normativas indicadas, que, se puede constatar fácilmente, colisionan con lo establecido en el artículo 107 de la Ley de Amparo, creándose así una antinomia. Las antinomias normativas, concepto sobre el cual no es posible entrar en todos sus detalles aquí, no son infrecuentes dada, entre otras cosas, la complejidad de los ordenamientos jurídicos actuales; pero tampoco eran ignoradas en el pasado. Tan es así que la doctrina ha formulado, a través de una historia milenaria, criterios mediante los cuales es posible resolverlas en los casos concretos.<sup>44</sup> Consideremos, sin embargo, el artículo 1o. de la Constitución, párrafo tercero, en el que se dice, rotundamente, que

todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Si el MP es un funcionario público, como lo es, entonces tiene el deber de investigar si en determinadas circunstancias es plausible pensar que ciertos actos hayan determinado violaciones de derechos humanos, y, si es el caso, proponer

---

<sup>44</sup> Me refiero a los clásicos criterios jerárquico, temporal y especial, según los cuales, respectivamente, en una antinomia entre normas jerárquicamente diferentes, prevalece aquella que es superior; en una antinomia entre normas temporalmente diferentes, prevalece aquella posterior, y finalmente, en una antinomia entre una norma general y una especial (por ejemplo, una constitucional y una reglamentaria), prevalece aquella que es especial. No me detengo aquí, como dije, en las dificultades relativas al uso de los criterios, sobre todo en un Estado constitucional de derecho.

las medidas sancionatorias al juzgador y promover las reparaciones del daño sufrido por la víctima.

Parecería, luego, que bajo la óptica de estas previsiones normativas sí existe en el ordenamiento mexicano la obligación para el MP de investigar y, eventualmente, dar inicio a una acción penal, y de esta manera colocar el proceso penal en el ámbito de la modernidad, entendida ésta, sin entrar mucho en detalles, en un discurso general que tiende a superar al menos formalmente las barreras que impiden considerar y tratar a todas las personas bajo el signo de la igualdad y, con ello, llevar a la sociedad a un estadio de progreso moral.<sup>45</sup> Es esta idea normativa, la idea que establece que todos somos iguales ante la ley, la que está detrás de la convicción, que no tengo empacho en hacer mía, que es deber del Ministerio Público “iniciar, sostener y perseverar en la persecución penal de todo delito del cual tome conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su discreción”.<sup>46</sup> La igualdad ante la ley, como idea regulativa de las relaciones entre los particulares y el aparato sancionador, es susceptible de ser declinada en varios significados, precisamente, en mi opinión, por la variedad de esas relaciones que se pueden instaurar, ya sea entre los particulares y el Estado o entre los mismos particulares. El primer significado atañe, por supuesto, a la obligación de no discriminación hacia ninguna persona por ninguna razón: por su color de piel, por su religión, por su posición social, por su género, por sus

---

<sup>45</sup> Se suele sostener que existe progreso moral, en efecto, cuando hay un incremento de nuestra capacidad como personas para considerar un número cada vez mayor de diferencias entre nuestros semejantes como no relevantes para tratarlos. Cfr. Rorty, R., *Truth and Moral Progress: Philosophical Papers*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 11.

<sup>46</sup> Rodríguez Vega, M., “Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2013, XL, pp. 643-686.

preferencias sexuales: en fin, por una larga serie de características de las personas que son meros accidentes, es decir, no definitorias de un ser humano. Ha sido con base en este significado, me parece claro, que en el curso de los últimos 120 años en casi todo el planeta se ha ampliado la titularidad de los derechos políticos (activos y pasivos, con ciertas restricciones, obviamente), primero a todas las personas de género masculino, y sucesivamente también a las de género femenino. Entre otros significados posibles, quisiera subrayar uno, el que encuentra su expresión en las aulas de los tribunales italianos, donde, en la pared situada detrás de los jueces se puede leer la siguiente frase: “La legge è uguale per tutti” (“La ley es igual para todos”). Una advertencia para algunos y una confortación para otros, de que la ley, y los jueces armados de ella, tratan a todos por igual, es decir, que aplican sanciones y, eventualmente, beneficios a partir solamente de lo que dice la ley general y abstracta. Se trata, es fácil notarlo, de la idea de que a hechos empíricos iguales calificados como ilícitos debe seguir una igual respuesta por parte del aparato estatal. Una idea, en resumidas cuentas, que conforma el conjunto de principios que habitualmente asociamos al Estado de derecho,<sup>47</sup> o sea, como afirma Norberto Bobbio, a una organización política que funciona tanto *sub lege* como *per lege*. Bobbio, en su clásico *El futuro de la democracia*, examina la célebre y clásica pregunta presente en toda la historia del pensamiento político: ¿qué gobierno es el mejor: el de las leyes o el de los hombres?; que no se debe confundir, afirma,

---

<sup>47</sup> Uso aquí la expresión “Estado de derecho” bien consciente de que transmite un significado muy general, o sea, que se puede referir tanto al Estado legislativo de derecho decimonónico como al Estado constitucional de derecho, propio del constitucionalismo rígido surgido después de la Segunda Guerra Mundial. De aquí en adelante, sin embargo, el sentido de la expresión será este último.

con la pregunta acerca de cuál es la mejor forma de gobierno (monarquía, aristocracia o democracia). Dando por descontado, a pesar de las diferentes respuestas que se han dado a la pregunta en cuestión, que sea preferible el gobierno de las leyes, Bobbio distingue dos significados de esta expresión, precisamente el gobierno *sub lege*, o sea, gobernar en función de leyes previamente establecidas (bajo el imperio de la ley se suele decir) y el gobierno *per lege*, o sea, mediante la promulgación de leyes generales y abstractas, y no a través de órdenes individuales y concretas.<sup>48</sup>

La impartición de justicia es una función, en el Estado constitucional de derecho, que forma parte de las acciones de un gobierno de leyes, y no de hombres, en la que confluyen, o deberían confluír, los dos elementos indicados por Bobbio, es decir, aplicar normas jurídicas previamente establecidas (*sub lege*) que tengan como destinatarios clases de personas con relación a clases de comportamientos (*per lege*). La obligación de la acción penal por parte del MP, en virtud de una interpretación extensiva, pero no arbitraria, de la idea del gobierno mediante la ley, y quizá en modo específico *per lege*, traduce uno de los sentidos de la expresión “Estado de derecho”, es decir, precisamente, el principio de que todos somos iguales ante la ley, y que nadie recibirá, especialmente por parte del poder jurisdiccional, un trato diferenciado en relación con hechos delictivos iguales. Se trata del sentido, ya se ha visto, de la frase que campea en los tribunales italianos, pero también en el mismo Código italiano de Procedimientos Penales, que en el artículo 50 expresamente establece (apartado 1) que “el ministerio público ejercita la acción penal cuando no subsisten razones para que solicite

---

<sup>48</sup> Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986 (trad. de J. F. Fernández Santillán, *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1984).

el desistimiento” (apartado 2), que “cuando no sea necesaria la querrela, la solicitud, la instancia o la autorización a proceder, la acción penal se ejerce de oficio”, y (apartado 3) que “el ejercicio de la acción penal puede ser suspendido o interrumpido solamente en los casos expresamente previstos en la ley”. No hay duda de que previsiones de este tipo van en la dirección señalada en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 6o.: “La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los Ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o a través de sus Representantes. *Debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para sancionar*”).<sup>49</sup>

Lo que emerge, parece, en el modelo acusatorio previsto en las reformas de la Constitución y de la Ley de Amparo, es la obligación del MP de iniciar la acción penal en cuanto le llegue noticia de un posible ilícito, ya sea por querrela que por otras vías. En efecto, si una persona puede recurrir al amparo indirecto por considerar que el MP no investiga y/o no inicia la acción penal, se deduce que éste tiene el deber de hacerlo. Con ello, en consecuencia, el nuevo proceso penal, con la obligación de la acción penal se colocaría en la órbita de los ordenamientos que reflejan las observaciones de Kelsen, y que él ve con simpatía. En efecto, tal obligación no solo es indicativa de la intención de respetar el principio de que todos somos iguales frente a la ley, y de que todos seremos investigados y eventualmente sometidos a juicio cuando existan fundadas sospechas de que hemos cometido un acto ilícito, sino además, en consecuencia de ello, también refleja una preocupación por la tutela de la independencia de quien es el encargado de la acción penal, lo que se refleja, obviamente, en problemáticas muy sentidas en nuestro país; me

---

<sup>49</sup> Cursivas agregadas.

refiero, también es obvio, a la sensación difundida de que el derecho penal funciona exclusivamente para castigar a unos y no a otros. Son, pues, dos dimensiones, estrechamente ligadas, las que se pueden identificar en el principio de obligatoriedad de la acción penal, y que podemos resumir en la idea garantista del derecho penal, por un lado, y de todo el derecho público en general, por el otro,<sup>50</sup> el derecho propio del Estado constitucional de derecho.

#### 4. *Algunas aporías de la obligatoriedad de la acción penal*

El garantismo, dice Ferrajoli, es un ideal a alcanzar que tiene sus bases en el pensamiento ilustrado, que ya ha sido mencionado aquí; es, el garantismo, un tentativo de retomar en modo crítico, no ingenuo ni falsamente optimista, lo mejor de la Ilustración precisamente para dejar atrás los modelos de uso del derecho, no sólo penal, que se fueron consolidando en plena contradicción con ella.<sup>51</sup> En su aspecto penal, el garantismo se basa en la idea de que el incipiente garantismo de la Ilustración, dado que encuentra sus columnas fundantes en las ideas del silogismo judicial y del juez como boca de la ley, es “totalmente inaceptable desde el punto de vista epistemológico y, por consiguiente jurídicamente impracticable”.<sup>52</sup> Es por eso que el nuevo garantismo, pro-

---

<sup>50</sup> Acerca del garantismo, penal y general, la referencia obligada es Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., especialmente la parte V.

<sup>51</sup> No hay que olvidar, en efecto, que la propuesta garantista ferrajoliana surge en un momento particular en Italia, pero que tiene cierto eco en el momento actual en México, cuando la emergencia dictada por los terrorismo había conducido a la emanación de leyes emergenciales y a la creación de un nuevo Código de Procedimientos Penales en septiembre de 1988, con el que se transitó hacia un modelo acusatorio.

<sup>52</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., p. 23.

puesto y defendido sobre todo por Ferrajoli,<sup>53</sup> está orientado hacia “la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia”, principios que contribuyen a formar

un esquema *epistemológico* de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal.<sup>54</sup>

La obligatoriedad de la acción penal bien se conjuga con un modelo de proceso acusatorio en el cual se cumple precisamente con una de las finalidades del ideal garantista, es decir, que la acción penal no dependa de un cálculo de oportunidades (este caso sí, este caso no...) a disposición de la autoridad. Un garantismo que se desarrolla en varias vías, comenzando por la tutela de los intereses de las personas ofendidas y/o de otros sujetos involucrados,<sup>55</sup> pero también en la tutela del interés general, de toda la sociedad, en el sentido de que una estrategia garantista, bien entendida y no vulgarizada, se extiende hasta incluir el ideal de que su racionalidad requiere que, en la mayor medida posible, se

---

<sup>53</sup> Véase la nota explicativa breve, pero eficaz, de Carbonell, Miguel, “¿Qué es el garantismo? Una nota muy breve”, disponible en: [http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu\\_es\\_el\\_garantismo\\_Una\\_nota\\_muy\\_breve.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml).

<sup>54</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., pp. 33 y 34.

<sup>55</sup> Pienso, por ejemplo, en los familiares de una persona víctima de homicidio, sólo por citar la hipótesis más evidente al respecto.

aplique sí la ley, pero sólo para castigar al culpable del acto ilícito (y no se “fabrique” un culpable *ad hoc* para satisfacer el frecuente justicialismo de la opinión pública, con el resultado de dejar libre al verdadero culpable). Como bien dice Ferrajoli, el garantismo así considerado es un ideal, una idea guía, cuyo efectivo funcionamiento depende de muchos factores, sobre todo humanos, con relación a las prácticas legislativas y jurisdiccionales, no menos que de su difusión en la cultura jurídica y ciudadana.

A bien ver, sin embargo, el principio del que estamos discutiendo (la obligatoriedad de la acción penal) tiene, como casi todos los principios —y de ello discutiremos más adelante— una serie de aspectos problemáticos que no se pueden ignorar y/o subvalorar. Es claro, por ejemplo, que el MP, en cuanto titular del ejercicio de la acción penal, no puede, materialmente, tener conocimiento de todo hecho susceptible de ser calificado como ilícito. Es ésta la razón, sin duda, de que además de su deber de iniciar una investigación sobre los hechos de los que tenga noticia por otros medios, el CNPP establece además que tiene ese mismo deber cuando reciba una querrela (por parte de una persona presuntamente ofendida) o una denuncia (por parte de quien tiene noticia de un hecho calificado como ilícito pena).<sup>56</sup> En otras palabras, dado que el acusador público no está en una posición —nadie lo está si hay que ser honestos— en la cual pueda percatarse de todos los eventos sociales que pueden ser caracterizados como ilícitos, es necesario que a él se le hagan llegar por parte de los particulares las noticias acerca de hechos que les afectan personalmente o que afectan a otros. Para darnos una idea de las dificultades que estoy tratando de subrayar, preguntémosnos por ejemplo acerca de la razón por la que en

---

<sup>56</sup> Artículo 22, CNPP.



nuestro país existe una cifra negra muy alta, como dicen los sociólogos, de actos significativos desde el punto de vista penal. ¿Por qué algunas mujeres no denuncian al marido (novio, colega, profesor) que las maltrata, que las golpea? ¿Por qué algunos entre quienes sufren un robo con violencia en un transporte urbano no acuden al Ministerio Público? ¿Por qué algunas mujeres que han sido víctimas de violencia sexual no denuncian los hechos? Y, ¿por qué algunas mujeres retiran su denuncia o perdonan a sus agresores?

Es fácil imaginar que muchas personas no presentan su querrela porque piensan, y hay buenas razones que justifican esta actitud, que de su denuncia no seguirá acción alguna, es decir, que el MP simplemente la recibirá y ésta dormirá el sueño de los justos sobre un escritorio o, en el mejor de los casos en un archivo. Se puede pensar que esa inacción se debe al gran número de denuncias y a la falta de personal, etcétera. Lo cierto es, a pesar de todo, que ese incumplimiento de la acción penal tiene serias repercusiones en la vida pública, pues la impunidad que contribuye a generar, en un círculo extremadamente vicioso, es también el fruto envenenado de que el gran porcentaje de posibilidades de que un acto ilícito no sea investigado y sus responsables castigados, contribuye a generar la percepción, más que justificada, en una parte de la población, que, abiertamente en contraposición con el lugar común según la cual el crimen no paga, el crimen sí paga: y crece la impunidad y la inseguridad y la deslegitimación de los aparatos del Estado. Por otra parte, y más pertinente, pero no más importante, para nuestro discurso, no es descabellado imaginar el caso de una mujer que acude al MP por un hecho de violencia sexual, pero que después, por razones personales, le pide a éste que no inicie la investigación y, de consecuencia, el juicio. Existe, claro, el derecho de privacidad, que tutela a la persona ofendida

en el sentido de no hacer públicos los hechos de que ha sido víctima,<sup>57</sup> pero lo cierto es que, como muchos otros derechos subjetivos, lamentablemente en la práctica está muy lejos de ser tutelado seriamente; es eso, precisamente, entre otras razones, lo que puede motivar a una mujer víctima de violencia sexual a solicitar que se desestimen los hechos y no se proceda con la acción penal: porque tiene la sensación, fundada, de que en el mejor de los casos, si se procede, será su palabra contra la del eventual acusado, en un proceso en el cual a final de cuentas su vida, sus comportamientos sociales, su vida sentimental, su modo de vestir, pueden ser expuestos públicamente. De modo que, en efecto, frente a las escasas posibilidades de que se le haga justicia, y frente a las mayores posibilidades de ser sometida a la crítica social, no es improbable pensar que una mujer desista en sus acusaciones.

Parece claro, entonces, que la obligación de la acción penal puede, en determinadas circunstancias, entrar en conflicto con la tutela del interés de las víctimas a que no se le dé curso al proceso, como en la hipótesis el caso que se ha examinado brevemente. Y ¿entonces? La cuestión, obviamente, es muy compleja. Por un lado, según lo dispuesto en el artículo 96 del CNPP, el perdón del ofendido, o de quien esté legitimado para concederlo, extingue la acción penal en el caso de delitos perseguidos por querrela o por acto semejante o por declaratoria de perjuicio; en el primer apartado del artículo citado se precisa que la concesión del perdón, condición suficiente para la extinción de la acción penal, se debe hacer o antes de que el MP la inicie o frente a la autoridad antes de que se pronuncie la sentencia de segunda instancia. ¿Debe prevalecer el deseo del ofendido de suspender la acción penal, o bien la obligación del Estado de iniciar, o continuar, la

---

<sup>57</sup> Artículos 1o. y 15 del CNPP.

acción penal? Colisionan aquí dos intereses: el del particular y el del Estado, el privado y el público, ambos importantes, sin duda. El interés del particular, como en el contexto subrayado antes, tiene origen en muchos factores, que podemos sólo imaginar: desconfianza en la justicia, tutela de la propia imagen, quizá entre muchos otros. El interés público, por otra parte, va en una dirección que en un primer acercamiento, en efecto, contrasta con el interés del particular, si se piensa que una de las funciones primarias del derecho penal no es tanto sancionar los actos ilícitos, sino evitar que se cometan, o sea, prevenirlos.<sup>58</sup> En otras palabras, el interés público es el de mantener, a través del uso legal de la fuerza, que las relaciones entre los particulares se mantengan lo más posible dentro de márgenes que aseguren la tranquilidad de éstos en sus relaciones intersubjetivas. Es casi superfluo señalar que ello supone que actos delictivos como el homicidio o la violencia sexual, la trata de personas, el secuestro, no sólo tienen un fuerte impacto en las víctimas, y lo tienen por supuesto en modo inmediato y directo, sino que sus repercusiones, aunque no con tales características, también se perciben en la esfera social, en la esfera pública, de modo que es tarea del Estado tratar de mantener tales comportamientos dentro de “fronteras” fisiológicas.<sup>59</sup> En estas observaciones

---

<sup>58</sup> No es posible aquí examinar en sus detalles la función o las funciones del derecho penal. Me limito a observar que entiendo la prevención en su sentido general de sistema de retribución de una pena que es una respuesta *a posteriori*, en relación con hechos delictivos ya ocurridos y legalmente conocidos por la ley, con objeto, obviamente, de que otros hechos no se cometan. No hablo, en consecuencia, de una prevención especial fundada en la sospecha, es decir, *a priori*, y en la tutela de intereses supuestamente públicos, como la seguridad, los valores, el orden público, y que dan origen a la difusión incontrolada y a veces injustificada de figuras de medidas cautelares como la prisión preventiva (más aún si se trata de la oficiosa).

<sup>59</sup> Quiero decir que será ilusorio pedirle al Estado que elimine del todo el homicidio o la violencia sexual, o cualquier otro acto delictivo. Lo que sí

puede radicar la justificación de la obligatoriedad de la acción penal, es decir, en la posibilidad que se abre para que el Estado persiga al culpable de un hecho delictivo sin que medien para eso factores de otro tipo que no sean los relativos a su función preventiva en el sentido ya indicado.

Es evidente que el derecho penal debe encontrar un equilibrio, nada sencillo, entre la tutela de los intereses de los particulares y su función de garantía de los intereses públicos, que no por ser tales dejan de reflejarse en las vidas de todas las personas, aunque en modo indirecto para algunos. Un equilibrio que en nuestro nuevo modelo de proceso penal parecería localizarse en las facultades del MP para: A) decidir si investigar o no, y B) decidir si proceder con la acción penal. Por un lado, el artículo 21 constitucional dispone que “el ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”, y de manera complementaria el CNPP, a su vez (fracción XIV), entre los deberes del MP el de “decidir la aplicación de criterios de oportunidad en los casos previstos en este Código”. De manera más específica, el mismo CNPP distingue entre lo relacionado con la investigación, ya que en el artículo 253 otorga facultades al Ministerio Público para

abstenerse de investigar, cuando los hechos relatados en la denuncia, querrela o acto equivalente, no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y motivada.

---

se le puede pedir y exigir es que haga todo lo posible para que tales hechos sean una excepción, es decir, que sean fisiológicos y no una constante, casi una regla, que sean patológicos.

Y lo relativo a la acción vera y propia cuando (artículo 255) establece que

antes de la audiencia inicial, el Ministerio Público previa autorización del Procurador o del servidor público en quien se delegue la facultad, podrá decretar el no ejercicio de la acción penal cuando de los antecedentes del caso le permitan concluir que en el caso concreto se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento previstas en este Código.

La distinción entre las fases de investigación y de juicio es relevante, sin duda alguna, en el proceso acusatorio. En primer lugar, por lo que concierne a la formación de la prueba exclusivamente en el juicio, pero, además porque, en lo que aquí interesa, el MP tiene amplias facultades para decidir, sin que medie autorización formal alguna para ello, si iniciar o no la fase investigativa, mientras que para decidir si iniciar o no el juicio debe contar con la autorización del procurador (o de quien éste delegue), y en todo caso cuando proceda el sobreseimiento por las causales previstas en el artículo 327. En este artículo, la lista de las causales<sup>60</sup> es antecedida por la siguiente previsión: “el Ministerio Público, el imputado o su Defensor podrán solicitar al Órgano jurisdiccional el sobreseimiento de una causa; recibida la solicitud, el Órgano jurisdiccional la notificará a las partes y citará, dentro de las

---

<sup>60</sup> Que son: I. El hecho no se cometió; II. El hecho cometido no constituye delito; III. Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado; IV. El imputado esté exento de responsabilidad penal; V. Agotada la investigación, el ministerio público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación; VI. Se hubiera extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley; VII. Una ley o reforma posterior derogue el delito por el que se sigue el proceso; VIII. El hecho de que se trata, haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme, respecto del imputado; IX. Muerte del imputado, y X. En los demás casos en que lo disponga la ley.

veinticuatro horas siguientes, a una audiencia donde se resolverá lo conducente”. A todas luces es evidente la fuerte contradicción entre la facultad del MP de *decretar* (artículo 255), con la autorización del procurador, el no ejercicio de la acción penal, y la facultad de *solicitar* al órgano jurisdiccional que decida que no se proceda penalmente. Una mayor atención del legislador hubiera sido oportuna, naturalmente, visto que los criterios tradicionales para resolver las antinomias son insuficientes en este caso, ya que ambas disposiciones ocupan el mismo nivel jerárquico, fueron emanadas en la misma fecha, y no existe entre ellas una diferencia sustancial en cuanto a su carácter general o especial. Sin embargo, aunque también con ello se demuestra la impericia, al menos del legislador, el problema en realidad no subsiste, porque en otro artículo (el 144) se establece que el MP, con la previa autorización del procurador, “podrá solicitar el desistimiento de la acción penal en cualquier etapa del procedimiento, hasta antes de dictada la resolución de segunda instancia”, o sea, ante la autoridad jurisdiccional de control, de enjuiciamiento y/o de alzada.<sup>61</sup>

Recapitulando, se puede notar —con relación al principio de obligatoriedad de la acción penal— que subsisten ciertos aspectos problemáticos en los que un factor importante es el ideal de equilibrio entre el interés privado y el interés público, que de alguna manera se trata de realizar concediendo al acusador del Estado algunas facultades. La problemática por cuanto respecta al inicio de la acción penal vera y propia se debe, en mi opinión, no tanto a que la decisión sea competencia del MP, como se ha visto, sino más bien al hecho de que

---

<sup>61</sup> Lo que se confirma en la *Guía de apoyo para el estudio y aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales*, publicada conjuntamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto de la Judicatura Federal, México, 2014, pp. 229 y ss.

en una estructura vertical como la de la procuración de justicia, y las modalidades de nombramiento del procurador de la República y de los procuradores de las entidades federativas, no es dado saber cuánto la eventual decisión de solicitar a la autoridad jurisdiccional el desistimiento sea una iniciativa que toma libremente el MP como resultado de la actividad investigativa o bien provenga de otras fuentes no mejor precisadas. No hay que olvidar, en este sentido, que el artículo 94 constitucional dispone que al Poder Judicial de la Federación pertenecen la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal Electoral, los tribunales colegiados y unitarios de circuito y los juzgados de distrito, mientras que el titular de la Fiscalía General de la República, o sea, el órgano encargado, a través del Ministerio Público, de investigar los delitos de orden federal, es nombrado mediante modalidades, que si bien pasan por el Senado, a final de cuentas le otorgan tal facultad final al Ejecutivo Federal.<sup>62</sup>

### *5. Soluciones institucionales a la obligatoriedad de la acción penal*

Nuestro modelo de acceso y procuración de justicia, en mi opinión, no se ha demostrado como el más apropiado, en muchos sentidos. La Constitución de 1857 (artículo 90)

---

<sup>62</sup> En efecto, el Senado, una vez que verifique la ausencia del fiscal, tiene veinte días para enviar al Ejecutivo una lista de diez candidatos para que éste, en un plazo de diez días, envíe de regreso una terna, sobre la cual, previa comparecencia el Senado, siempre en ese tiempo de días, nombra al fiscal con el voto de dos terceras partes de los presentes. Si el Ejecutivo no envía la terna al Senado en el plazo establecido, éste nombra al fiscal eligiendo entre los diez candidatos de la lista, y si el Senado, habiendo recibido la lista no toma una decisión en el plazo establecido, es el Ejecutivo quien lo nombra entre los candidatos de la lista o de la terna (artículo 102 constitucional).

establecía que el ejercicio del Poder Judicial de la Federación correría por cuenta de una Corte Suprema de Justicia y de los tribunales de distrito y circuito, y que (artículo 91) la Corte Suprema estaría formada por once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general. A diferencia de nuestra Constitución actual, la de 1857 incluía en el Poder Judicial, dentro de una visión general de corte liberal, a un fiscal y a un procurador general, lo que es, de suyo, significativo. Por otro lado, sin intentar aquí realizar una reseña histórica, lo cierto es que, de hecho, después del clima liberal de ese breve periodo, que a su vez se había formado como respuesta al clima convulso y que en un cierto sentido fue sucesivo a la independencia, en los decenios previos al siglo XX, tomó mucha fuerza un movimiento contrario, es decir, autoritario, personalista y caudillista, que con el gobierno de Porfirio Díaz terminaría por modificar significativamente la Constitución de 1857, imprimiéndole una marca de corte verticalista que perdura aún hoy. En efecto, mediante el decreto reformador del 22 de mayo de 1900, se modificó la estructura del Poder Judicial, dejándolo invariado en algunos aspectos, pero eliminando la figura del fiscal,<sup>63</sup> y colocando al procurador bajo la órbita del Poder Ejecutivo, ya que explícitamente se establece (artículo 96) que “los funcionarios del Ministerio Público y el procurador general de la República que ha de presidirlo, serán nombrados por el Ejecutivo”.<sup>64</sup> El MP, en pocas palabras, de pertenecer al

---

<sup>63</sup> Figura que para algunos representaba, de alguna manera, un modo de entender la impartición de justicia con tintes humanistas. Cfr. Saldaña S., J., *Ética del Ministerio Público. Virtudes ministeriales*, México, Editorial Flores, 2014.

<sup>64</sup> Flores, I., “La Constitución de 1857 y sus reformas. A 150 años de su promulgación”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 2007, pp. 285-324.



Poder Judicial, en el marco de una visión que lo coloca en un marco de funciones ajenas al gobierno, pasa ser parte del proceso que culmina con un fallo judicial: pasa a formar parte del Poder Ejecutivo, es decir, del aparato administrativo. Una decisión, la reforma citada, que se revelará de serias consecuencias político-institucionales para el futuro del país, ya que será retomada por el constituyente de 1917, que plasmándola en la nueva Constitución, le agrega un elemento importante, que termina por dejar en manos del Ejecutivo la procuración de justicia, cuando establece (artículo 89) que entre las facultades de éste se incluye la de “nombrar y remover libremente a los secretarios de Despacho, al procurador general de la República...”. Que esta transformación de las funciones del MP dentro de las estructuras institucionales haya tenido un fuerte impacto, no precisamente positivo, en el acceso, en la administración y en la procuración de justicia, no creo que se pueda poner en duda: hay una percepción difundida de que un nexo directo une a la cercanía del MP al Ejecutivo con la impunidad y la corrupción por cuanto hace a los actores económicos y a la administración pública.

La reforma constitucional de febrero de 2014 intervino en este sentido, probablemente como efecto tanto del nuevo modelo de justicia penal cuanto por las severas críticas que en el curso del tiempo, sobre todo en los últimos decenios, se habían generado en relación con la figura del MP. Escribe Sergio García Ramírez en 2002: “ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano”, y agrega enfáticamente que “en mi opinión [su opinión] debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución, porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recorrería con vientos más favorables su misión en el Estado moderno que

es el Estado de hoy”.<sup>65</sup> Héctor Fix-Zamudio, en un escrito —uno de los pocos que en ese tiempo dedicaba su atención al Ministerio Público— al que las palabras de García Ramírez servían como prólogo, es aún más claro cuando afirma que “es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo tanto en el ámbito federal como el de las entidades federativas”.<sup>66</sup> En suma, algunas de las mentes más agudas entre los estudiosos de derecho público<sup>67</sup> identificaban en la colocación institucional del Ministerio Público uno de los grandes problemas nacionales, o sea, en la procuración de justicia. La reforma de 2014 significó algunas transformaciones, como se sabe. En primer lugar, el nombre: de ser la Procuraduría General de la República pasa ahora a ser denominada Fiscalía General de la República. Las palabras pesan, como se dice, pero en este caso francamente el cambio de denominación en sí mismo es irrelevante. Lo que sí es relevante, o podría serlo, es que se le define (artículo 102)<sup>68</sup> como un “órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio”, y, aún más importante, que se establece que su titular (el fiscal ge-

---

<sup>65</sup> “A manera de prólogo”, en Fix-Zamudio, H., *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, p. 14. Del mismo García Ramírez, “Procuración de justicia y regulación penal de la delincuencia organizada”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

<sup>66</sup> Fix-Zamudio, H., *Función constitucional...*, cit., p. 171.

<sup>67</sup> Entre ellos, inclusive quien en algún momento se desempeñó como procurador general de justicia y ocupó puestos relevantes en la administración pública conociendo entonces desde “adentro” las instituciones. Cfr. Carpizo, J., *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

<sup>68</sup> Las reformas a este artículo en 2016, importantes en otro sentido para lo que nos ocupa, no señalaron transformaciones que valga la pena subrayar.

neral) durará en el cargo nueve años, con lo que se le deslinda, veremos en seguida las modalidades, del periodo de ejercicio del Ejecutivo. Una relevancia, sin embargo, que corre el riesgo de atenuarse considerablemente, es decir, de ser meramente formal, ya que, como hemos visto antes, el proceso previsto para el nombramiento del titular de la Fiscalía General consiste en una fórmula muy compleja y articulada, que a final de cuentas sólo contingentemente lo deja fuera de las facultades del Ejecutivo. Las modalidades previstas prevén, es cierto, un papel del Senado de la República en el proceso de nombramiento, que, sin embargo, puede ser verdaderamente decisivo sólo en virtud de hechos contingentes relacionados con la conformación numérica de las fuerzas políticas en esa sede institucional, y de la voluntad de sus componentes de constituirse como un verdadero contrapoder, y así colocarse como una opción alternativa a la voluntad del Ejecutivo, para, además, dar vida a una división de los poderes públicos no ficticia. Por desgracia, lo que se puede observar va en otra dirección: en una sustancial deferencia del Poder Legislativo, y en especial modo del Senado, hacia el presidente de la República, dado que aun cuando formalmente el partido de éste no sea mayoría en esta rama del Congreso no titubea en seguir las indicaciones del Ejecutivo. Si a ello le agregamos otro pasaje importante, lo que establece el apartado IV del artículo 102:

El Fiscal General podrá ser removido por el Ejecutivo Federal por las causas graves que establezca la ley. La remoción podrá ser objetada por el voto de la mayoría de los miembros presentes de la Cámara de Senadores dentro de un plazo de diez días hábiles, en cuyo caso el Fiscal General será restituido en el ejercicio de sus funciones. Si el Senado no se pronuncia al respecto, se entenderá que no existe objeción.

Se refuerza la impresión del desequilibrio en la estructura, y en las funciones concretas del MP hacia el Poder Ejecutivo, pues aunque el Senado puede formalmente oponerse a la remoción del fiscal dictada por el Ejecutivo, la tradicional condescendencia, pocas veces desmentida, no deja esperar que se pueda convertir en un efectivo contrapoder hacia el presidente de la República.

Ahora bien, por otra parte, como también ya se señalaba, el principio de obligatoriedad de la acción penal tampoco es una indicación general que se debe seguir a rajatabla, perentoriamente. Por un lado, se observaba que una cierta problematicidad se puede generar en aquellos casos en los que el interés del particular, aun en condiciones de víctima, se puede contraponer al ejercicio obligatorio de la acción penal. El principio general de obligatoriedad se pone, como se ha visto, en abierta contraposición con otro principio, el de la tutela de la dignidad de la persona, la mujer, para quedarnos con el ejemplo citado, que habiendo sido objeto de violencia sexual no desea que eso se haga de dominio público por no convenir a sus intereses como persona, por considerar que hacerlo podría constituir un atentado, más allá de la violencia sufrida, contra su dignidad. Por el otro, no hay duda de que el ejercicio indiscriminado del principio de obligatoriedad puede ser una manifestación concreta, y no exenta de riesgos en un Estado democrático y constitucional, de un excesivo formalismo por parte de la autoridad, que puede, en última instancia, abrir el sendero hacia formas autoritarias de la acción penal, bajo la excusa de no hacer otra cosa que lo que la ley (penal) dice: como si aquello que dice la ley, no solamente la penal, fuera siempre cristalino, no sujeto a diversas interpretaciones en virtud de los defectos, de varia naturaleza, del lenguaje con el que viene expresada. Uno de los riesgos al que me refiero es que siendo la querrela, que el

MP está obligado a recibir, una de las instancias para que se dé inicio a una investigación, bien puede suceder que una persona venga expuesta a una acción penal como resultado de que otra persona, ni siquiera el presunto ofendido, se dirija a la autoridad. Pensemos, por ejemplo, a la prisión preventiva oficiosa (es decir, obligatoria, de oficio, como se suele decir), instituto recientemente reformado (mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de abril de 2019). Ya en su modalidad justificada, como se le conoce, no hay duda de que la prisión preventiva es una medida cautelar extremadamente delicada, porque su ejercicio puede, y en efecto lo ha hecho, contribuir a que se den actos arbitrarios contra sujetos ajenos a los actos de los que se les acusa; una medida, pues, que se debería utilizar exclusivamente en casos específicos establecidos por la ley, y que, en serio, sean idóneos para alcanzar los fines a los que obedece este instituto, o sea, evitar que alguien se sustraiga al proceso o que pueda condicionarlo (con amenazas u otras formas más graves de acciones). En su modalidad oficiosa, sin duda, estamos frente a un panorama aún más complicado, porque, es evidente, aquí la declaración de que alguien debe irse a la prisión (por el tiempo establecido por la ley) deriva sólo y exclusivamente de la formulación de un acto formal por parte del MP, en virtud de una querrela o denuncia, sin que medie por parte de la autoridad una seria y profunda actividad de valoración. Que este instituto, de ahí las innumerables críticas que ha recibido la reforma, pueda de hecho dar la pauta para toda clase de arbitrariedades contra la libertad de las personas, no creo que se puede sensatamente dudar. Y, por otra parte, se debe añadir que en un Estado constitucional de derecho, las leyes, incluidas las penales, cuando son creadas por el órgano facultado para ello son válidas en un sentido que vale la pena

subrayar por la relación que tiene con estas observaciones. Ha sido Ferrajoli, de nueva cuenta, quien ha dirigido la atención hacia el concepto de validez jurídica a luz de las transformaciones constitucionales después de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, hasta antes de ello, resumiendo brutalmente una cuestión hartamente compleja, la validez de la norma generalmente se hacía coincidir sin más ni menos con su existencia, es decir, con el hecho de que fuera emanada por la autoridad establecida por otras normas, y que eso se hiciera siguiendo modalidades previamente establecidas. Desde una perspectiva iuspositivista, que quizá hoy pocos se atreverían a sostener, de esa idea de validez se hacía derivar el concepto de obligatoriedad: si una norma existe, es válida, y si es válida, de consecuencia es obligatoria para sus destinatarios, ya sean éstos los particulares que los órganos del Estado.<sup>69</sup> En el Estado constitucional de derecho, dado que la legislación está sujeta al control de constitucionalidad tanto formal como material, lo que resulta, y en esto a Ferrajoli le asiste la razón, es que se hace necesario repensar el concepto de validez. A decir de Ferrajoli, para dar cuenta de este concepto se debe distinguir entre la vigencia, es decir, el momento que tiene inicio cuando una norma es promulgada, y la validez, o sea, su no contradicción material con la Constitución y del respeto de las reglas formales relativas a su creación.<sup>70</sup> Su te-

---

<sup>69</sup> Observaciones de Luigi Ferrajoli a Hans Kelsen, considerado uno de los exponentes más conocidos de este modo de pensar el derecho (llamado por Ferrajoli, “paleopositivismo”). Cfr. Ferrajoli, Luigi, *La lógica del derecho. Dieci aporías nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016. Sobre la obra de Ferrajoli es útil el comentario de F. J. Ansuátegui Roig, “Ferrajoli sobre Kelsen. ¿Aporías o comparación de paradigmas?”, *Materiales de Filosofía del Derecho*, 1917, disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24684/WF-17-01.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

<sup>70</sup> Ya en *Derecho y razón* (cit.), Ferrajoli enuncia esta distinción, que en obras sucesivas irá afinando en muchos detalles.

sis es que cuando la norma viene promulgada, adquiere sólo vigencia: ha sido creada según los requisitos formales relativos a quién y cómo. La vigencia, sigue la tesis ferrajoliana, no es una característica que necesariamente significa que el contenido de la norma es constitucional, ya que, en efecto, de hecho el legislador tiene la capacidad de crear normas que se contraponen a algún contenido constitucional. La vigencia de una norma, entonces, constituye un primer paso, necesario, para que se le considere válida, pero esta “certificación”, obviamente, depende de un juicio sucesivo. Así, lo que puede suceder con el principio de obligatoriedad de la acción penal ejercido en modo incondicionado, es que la autoridad aplique normas vigentes, pero que un sucesivo control puede declarar inconstitucionales, decir inválidas. Un panorama complejo, sin duda, que abre la puerta a toda una serie de consideraciones problemáticas con relación al uso indiscriminado de la prisión preventiva oficiosa.

#### IV. TERCER APARTADO

##### 1. *La validez del derecho, la Constitución y la obligatoriedad de la acción penal*

Las observaciones de Ferrajoli, me parece, nos obligan al menos a tomar en serio esa (posible) brecha entre la vigencia y la validez. No es casual, en ese sentido, que en nuestro país la reforma constitucional de 1996 haya plasmado el apartado II, segundo párrafo, del artículo 1045, de la siguiente manera: “las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma”, cuya lectura interpretativa no puede ser otra sino la intención de limitar a un periodo razonablemente breve el espacio temporal en que una norma

vigente es susceptible de ser sometida a un control a través del cual se le pueda declarar, permítaseme este lenguaje poco técnico y vago, válida completamente, o bien lo contrario. En otros términos, los órganos dotados de la facultad de recurrir a la SCJN, institución facultada para ejercer el control de constitucionalidad de la ley, disponen de treinta días naturales después de su publicación oficial para dar curso a la acción: de no hacerlo, la norma adquiere una validez plena que hasta entonces era sólo una presunción.<sup>71</sup> Con tal medida, hay que reconocerlo, la reforma marca una pauta importante, ya que no siempre el legislador es consciente de este problema, que no es irrelevante.

En Italia, recientemente se verificó una situación que esclarece el significado de lo que quiero decir. La Ley 270, del 21 de diciembre de 2005, era una ley electoral que para la elección del Parlamento (Cámara de Diputados y Senado) preveía, entre otras cosas, un método proporcional con listas cerradas (bloqueadas, es decir, que no permitían al elector elegir entre los nombres de los candidatos propuestos por las fuerzas políticas) y un premio de mayoría para el partido o la coalición de mayoría relativa. Después de nueve años, y de la formación de tres legislaturas, finalmente la Corte Constitucional declaró inconstitucional tal ley, porque limitaba el derecho a la libre elección de los candidatos por parte de los ciudadanos, y porque aun considerando legítima (yo tendría muchas dudas, pero no es importante) la aspiración a formar mayorías de gobierno, se sostuvo que resultaba desproporcionado para ese fin el hecho de que no se establecía un umbral mínimo para acceder al premio de mayoría: en

---

<sup>71</sup> Aunque no aborda la problemática que aquí se menciona Soto Morales, C. A., “La constitucionalización del ordenamiento jurídico mexicano, a la luz de la teoría de Riccardo Guastini” (*Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 2003, pp. 193-209), señala, sin cierta razón, como una dificultad, que el plazo de treinta días sea demasiado breve.



otras palabras, se colige de lo anterior, la Corte sancionó la hipótesis de que una coalición, o peor, un partido, por el hecho de obtener la mayoría relativa con, digamos, el 20% o el 30% de los votos, con el premio de mayoría pasaba a tener el 51% en el Parlamento, suficiente para dar vida a un gobierno. No se requiere mucha imaginación para visualizar los aspectos problemáticos de no disponer, como sí sucede en México, de un plazo dentro del cual se pueda dar inicio a una acción de inconstitucionalidad por los sujetos dotados de esa facultad. Siguiendo el léxico de Ferrajoli, en el ejemplo, se formaron gobiernos, en un sistema parlamentario, obviamente, que dictaron una agenda política sostenida por el Parlamento, que tuvo como resultado una infinidad de medidas jurídicas de relevancia crucial (económicas, sociales, políticas, etcétera), pero, pequeño problema, en virtud de una ley vigente, pero no válida.

Es fácil notar que las anteriores observaciones nos conducen hacia un sendero plagado de incertidumbres. En el caso italiano, por ejemplo, aun para muchos legos, pero bien informados, la ley electoral mencionada presentaba fuertes sospechas de inconstitucionalidad desde el momento mismo en que se discutía acerca de su creación. Es creíble pensar que operadores jurídicos profesionales, como jueces y ministerios públicos, estaban, con mayor razón, en condiciones de formarse una actitud análoga y actuar de consecuencia, es decir, aplicando la Constitución directamente en un caso concreto. La cuestión en juego es obvia, creo. Se trata de conservar, o abandonar, la idea que podríamos llamar “tradicional”, de Constitución, la que contiene normas acerca de la forma de gobierno, la forma de Estado, y que disciplina las modalidades de creación de la ley; en un sentido más concreto, la Constitución que disciplina las relaciones entre los poderes del Estado, entre éste y los ciudadanos, y que expre-

sa los valores y principios de una comunidad. Una idea de Constitución, ésta, cuyo trato distintivo es su carácter neutral, una Constitución no comprometida con ningún valor sustantivo, con ninguna forma de gobierno o de Estado específica, con ningún arreglo entre los poderes públicos específico: una idea de Constitución que lo mismo da cuenta de un ordenamiento democrático-liberal, respetuoso de los derechos de las personas, que de un ordenamiento autoritario. Un modo de concebir a la Constitución que coincide con el iuspositivismo decimonónico y con el Estado liberal de derecho propio de este periodo (pero que se conservaría hasta toda la primera mitad del siglo XX); un iuspositivismo, en mi parecer, que recoge algunos de los elementos que Norberto Bobbio le atribuye a esta corriente: la convicción de que es posible conocer el derecho con modalidades científicas, el derecho es una entidad completa y coherente (sin lagunas ni antinomias), y la interpretación del lenguaje del legislador consiste en una tarea meramente cognitiva.<sup>72</sup> Se puede notar fácilmente que en esta caracterización encuentra lugar la tesis de Montesquieu, de que “los jueces de la nación no son [...] más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.<sup>73</sup> Más allá de que Montesquieu no describe una situación de hecho, sino que la prescribe como un ideal a seguir, como un reto, que será recogido en el Code Civil de 1804, se debe decir que en un contexto como el anterior no tiene espacio, al menos formalmente, una función juris-

---

<sup>72</sup> Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 1961. Recojo aquí algunos de los puntos que Bobbio enuncia como parte del iuspositivismo.

<sup>73</sup> Montesquieu, Ch., “De l’esprit des lois” (1748), en *Oeuvres complètes*, París, Gallimard, 1951, vol. 11, p. 395, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972, p. 156.

diccional que trasciende el significado tanto de la ley como de la Constitución: la única función del juez es pronunciar (decir, *dictio*) el derecho que fue producido en otra sede. Para él, pues, su fuente es la ley, la norma, que ha de ser considerada obligatoria, prescindiendo de cualquier valoración acerca de su contenido material. La idea del juez como boca de la ley, como transmisor neutral del derecho, como un autómatas, bien se concilia con otra idea propia del tiempo, propuesta también como un ideal a seguir: la separación de los poderes públicos.<sup>74</sup>

A pesar de que hay quienes son de la opinión de que el constitucionalismo que se ha venido consolidando, al menos en Occidente, después de la Segunda Guerra Mundial, en realidad no ha transformado en modo radical<sup>75</sup> el horizonte empírico de las formas organizativas de una sociedad, en realidad, junto con otros,<sup>76</sup> estoy convencido de lo contrario, o sea, de que quizá aun no siendo necesario hablar de un cambio de paradigma,<sup>77</sup> sí es necesario tomar en serio las mutacio-

---

<sup>74</sup> Sobre esto, sin embargo, no creo que sea el caso de abundar en este trabajo.

<sup>75</sup> Entre ellos, como ejemplo, Moreso, J. J., “Sobre «La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos» de Luigi Ferrajoli”, en Ferrajoli, Luigi *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 117-132.

<sup>76</sup> Pocos, quizá. Entre ellos, naturalmente, Luigi Ferrajoli y Luis Prieto Sanchís. Del primero, el multicitado ensayo intitolado “Derechos fundamentales” (orig. it. “Diritti fondamentali”, “Teoría política”, 1997, después publicado en Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Vitale, E. y Roma-Bari, Laterza (ed.), 2001), en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Cabo, A. de y Pisarello, G. (eds.), Madrid, Trotta, 2001. Del segundo, al menos, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997. De mí mismo, ofreciendo disculpas por la autorreferencia, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, Coyoacán, 2014.

<sup>77</sup> Se expresa en esos términos Ferrajoli, “Derechos fundamentales”, *cit.* Críticas al respecto, y respuesta de él en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, cit.*, y en Carbonell, Miguel y Salazar,

nes que han tenido las Constituciones a partir de ese periodo convulso de la historia, y que se han extendido a buena parte del planeta, incluido nuestro país. ¿En qué han consistido estas mutaciones? Resumiendo un discurso que seguramente es bien conocido, se puede decir que son las siguientes: *a)* tránsito de una Constitución flexible a una Constitución rígida; *b)* justicia constitucional; *c)* materialización constitucional, es decir, la inclusión de los derechos fundamentales y de principios; *d)* carácter normativo de la Constitución. Se puede no estar de acuerdo con todos estos factores, o tener dudas acerca de algunos de ellos, mas lo cierto es que en su conjunto hacen de las Constituciones de hoy algo novedoso respecto al pasado. La rigidez de la Constitución, o sea, la distinción entre la Constitución y la ley ordinaria en cuanto a los procedimientos de reforma de la primera y creación de la segunda, de alguna manera ya existía antes del final de la década de los cuarenta del siglo pasado, en la Constitución mexicana de 1857, por ejemplo,<sup>78</sup> y en otras más; sin olvidar también que la Constitución de Austria de 1920 contenía una Corte Constitucional con la facultad de conocer de la constitucionalidad de la ley. Podemos, entonces, en un cierto sentido, pasar de largo sobre este factor, subrayando, sin embargo, que la rigidez es una cuestión de grado y, sobre todo, del equilibrio de las fuerzas reales en un espacio político (la así llamada Constitución material), sin olvidar tampoco que la justicia constitucional es su necesario corolario, y que ésta sí define el nuevo constitucionalismo. Se trata, entonces, de ver si la teoría del derecho, y, más que nada, la praxis concre-

---

Pedro (coords.), Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

<sup>78</sup> Esto es lo que hace dudar probablemente a Prieto Sanchís de que la rigidez constitucional sea una característica del nuevo constitucionalismo. Cfr. Prieto Sanchís, L., “Entrevista”, *Ipsa Jure*, 2010, pp. 7-9.

ta jurisdiccional, están dispuestos a abandonar la concepción paleopositivista (como la llama Ferrajoli) y están dispuestos también, en consecuencia, a tomar en serio la Constitución como fuente normativa, y no solamente como un conjunto de normas programáticas. Lo que está en juego es, debería estar claro, la interrogante acerca de la aplicación directa de los dictados constitucionales en la jurisdicción ordinaria; en el sentido, por un lado, de usarlos como fuente, como *quaestio juris*, para fundar una sentencia y, por el otro, de usarlos, también como fuente para estar en condiciones de derrotar una norma que a juicio del intérprete concreto, del operador jurídico es, o se considera que sea, inconstitucional. Son, evidentemente, dos aspectos distintos, pero conectados entre sí, y ambos conducen hacia senderos problemáticos.

La obligatoriedad del derecho penal, a la luz de estas observaciones, es evidente: consiste en una monopolización de su ejercicio por parte de los aparatos del Estado, que denota dos cuestiones, estrictamente relacionadas entre sí, que no se deben subestimar. De una parte, tal monopolización refleja la idea de que el Estado tiene la obligación de tutelar los intereses públicos aun cuando ello vaya contra el interés de un particular. ¿Cuándo se puede justificar la supremacía del interés público? Pregunta sin duda interesante, porque, como es fácil imaginar, en nombre del interés público se puede no sólo vulnerar el derecho a la privacidad de una persona, sino también tomar decisiones cuyas repercusiones para la colectividad pueden ir en un sentido opuesto; pienso, por ejemplo, cómo en nombre del interés público se puede decidir ocultar información (el famoso secreto de Estado). De modo tal que este monopolio por parte del Estado en la esfera del derecho penal se justifica, pero solamente en una cierta medida. No estoy seguro de que se haya hecho con la intención de afron-

tar este aspecto problemático, pero lo cierto es que en México los particulares pueden, bajo ciertas condiciones, ejercitar la acción penal, limitando de esa manera la monopolización por parte del Estado. En efecto, en el artículo 21 constitucional, segundo párrafo, se establece que al MP le corresponde el ejercicio de la acción penal, y se agrega, obviamente, que la ley establece las condiciones en las que los particulares puedan hacer lo propio; y la ley, el CNPP, en su artículo 428 (párrafos primero y segundo), dice que el ofendido puede dirigirse directamente al juez de control, sin pasar por el MP, para ejercer la acción penal en el caso de delitos perseguibles por querrela cuando la penalidad prevista sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión. Por otra parte, es ilusorio pensar que en nuestras sociedades complejas y particularmente proclives al delito —por razones que aquí no es el caso de considerar—, la acción del MP esté condicionada por una abstracta *notitia criminis*, es decir, a que se entere de un posible acto delictivo. Las modalidades mediante las cuales, entonces, el MP puede recibir noticia de un eventual acto ilícito son varias: pueden provenir de informaciones públicas, o bien por medio de la denuncia, de la querrela. En otros términos, la participación de los particulares de alguna manera u otra es ineludible, y ello puede resultar problemático si se piensa al ejercicio a rajatabla de la acción penal, como ya se ha dicho. Es cierto que la denuncia por parte de cualquier persona puede ser útil en algunas circunstancias, pero no se puede excluir *a priori* que pueda funcionar como una medida vengativa y/o de represalia, propiciada en el caso de la declinación de la obligatoriedad de la acción penal en su variante de prisión preventiva oficiosa.

## 2. Los criterios de oportunidad

Todas estas reflexiones nos llevan necesariamente a tener que dedicar nuestra atención a los así llamados “criterios de oportunidad”, que en buena medida constituyen lo que podríamos llamar una “cláusula de cierre del principio de obligatoriedad”. El artículo 21 constitucional, en su párrafo séptimo, establece, como ya se dijo antes, que “el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”. Lo que no queda tan claro es, precisamente, qué son los criterios de oportunidad, y la pregunta no es peregrina, habida cuenta de que de un primer acercamiento a esta expresión lo que resulta es un amplio espectro de decisiones del MP para invocar esta facultad y no ejercer, en consecuencia, la acción penal. El CNPP, que reglamenta entre otros el artículo constitucional citado, dice expresamente que (artículo 131, fracción XIV) el MP tiene la obligación de decidir la aplicación de los criterios de oportunidad en los casos previstos por el mismo Código. Me permito llamar la atención sobre la dicción: no está facultado para, sino que tiene la obligación de, decidir la aplicación de los criterios de oportunidad.<sup>79</sup> No puede, sino que debe hacerlo. Ahora bien, ¿en cuáles casos? Lo establece el CNPP, en el artículo 256, en el que fija los lineamientos aplicativos que, justamente, la Constitución delega al legislador. Para comenzar, se dice que la aplicación de los criterios procede exclusivamente cuando

---

<sup>79</sup> El título del artículo 131, efectivamente, es “Obligaciones del Ministerio Público”, y enseguida, “para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones”. Contra esta interpretación, sosteniendo que no existe tal obligación, se expresa Azzolini Bincáz, Alicia B., “Racionalidad en la aplicación de los criterios de oportunidad”, *Alegatos*, 2017, 95, pp. 7-26.

“se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido”. Esta es la primera condición, totalmente de sentido común, sobre la que no se puede no estar de acuerdo. Tal condición, por otra parte, es una consecuencia lógica de que, previamente, como también se señala, se debe haber realizado la investigación y examinado en modo objetivo los datos que arroje. Sería insensato, aunque quizá en la práctica no se pueda descartar que suceda, que se desechara un caso sin haber antes realizado alguna investigación al respecto. Son seis<sup>80</sup> los supuestos en los que procede la aplicación de los criterios; veámoslos brevemente: 1) que para el presunto acto delictivo no se contemple una pena privativa de libertad, que tenga pena alternativa o que tenga pena privativa de libertad siempre que la pena máxima sea de cinco años de prisión y que no haya habido violencia de por medio; 2) que sean delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o delitos culposos, y que el imputado no los haya cometido en estado de ebriedad o bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares; 3) cuando en razón del acto cometido el imputado haya sufrido daños físicos o psicoemocionales graves, o bien cuando éste sufra de una enfermedad terminal y que haga notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena; 4) cuando la pena o la medida de seguridad previstas carezcan de importancia con relación a otras penas o medidas ya impuestas (o que pudieran imponerse) por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero; 5) cuando el sujeto proporcione informaciones esenciales y eficaces para perseguir un delito más grave que el que se le imputa, siempre y cuando se comprometa a

---

<sup>80</sup> Eran siete en realidad, pero precisamente, la número siete fue derogada con la reforma del 17 de junio de 2016.



comparecer en juicio; 6) cuando la acción penal, dadas las circunstancias en que se realizó el acto punible, resulte desproporcionada o irrazonable.

Ahora bien, el órgano reformador, probablemente no teniendo mucha confianza en la jurisdicción, no se limita a indicar los casos en los que los criterios de oportunidad pueden (¿deben?) ser utilizados para no iniciar la acción penal, sino que va más allá, e indica también los casos en los que no cabe su uso: “delitos graves contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público”. Y remata, perentoriamente, estableciendo que la aplicación de los criterios de oportunidad se hará “sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente”, y que “la aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio”, y, finalmente, que “la aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable”.

Habría que preguntarse, seriamente, y más allá de las últimas indicaciones de carácter procesal, acerca del porqué se ha considerado necesario indicar los casos en los que no son aplicables los criterios de oportunidad. Habiendo señalado antes, tan claro cómo es posible en una disposición jurídica, los supuestos en los que sí operan, parecería superfluo ir más allá. Igualmente superfluo quizá hubiera sido decir que “exclusivamente en los siguientes supuestos”, pero tal vez, desde una perspectiva lógica, hubiera dado menos espacio a posibles interpretaciones tendientes a proponer que si el Código

no excluyó expresamente algunos de ellos entonces es plausible aplicarles los criterios. El legislador, no sólo el mexicano, en su afán por ser más claro, utiliza, con resultados opuestos, estrategias redundantes y pleonásticas que en muy poco contribuyen para la claridad del lenguaje normativo. Después de este breve paréntesis, podemos regresar a discurrir acerca de los seis supuestos previstos.

Un análisis extenso de cada uno de ellos, y con una crítica muy severa, y en mi opinión más que fundada, se encuentra en el trabajo de Olga Islas,<sup>81</sup> quien agudamente los examina a la luz de las previsiones normativas penales, tanto federales como locales, y llega a conclusiones preocupantes. Por ejemplo, con relación al primer supuesto, subraya que ahí se contempla el uso de los criterios en el caso de algunos delitos cometidos por servidores públicos cuyas repercusiones en el ámbito público son relevantes, como el ejercicio abusivo de funciones, el cohecho, el peculado, el enriquecimiento ilícito, y, compartiendo una preocupación generalizada, se pregunta si la eventual decisión del MP de desechar la acción penal no contribuya a aumentar la impunidad en esos ámbitos tan relevantes socialmente. Acerca del segundo supuesto, Islas evidencia su malestar con relación a los delitos de contenido patrimonial, porque en el Código no se establecen términos cuantitativos, por lo que prácticamente entran todos en la esfera aplicativa de los criterios, y se preocupa además por la manera de tratar los delitos culposos, ya que en el Código, a pesar de las diferencias sustanciales establecidas entre ellos, no se les reconoce como diferentes, y, en consecuencia, a todos se les da el mismo trato. Con relación al cuarto supuesto,

---

<sup>81</sup> Islas de González Mariscal, O., “Criterios de oportunidad”, en García Ramírez, S. y González Mariscal, Olga (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 107-119.

en virtud del cual se aplicaría el criterio cuando la pena prevista carezca de importancia en vista de la aplicación de otra pena por otro acto delictivo, Islas subraya, y no se puede no estar de acuerdo con ella, cómo la valoración de la importancia de un delito es una actividad puramente subjetiva, de modo que, de nueva cuenta, decidir si aplicar o no el criterio parece un acto meramente discrecional: el uso del criterio de oportunidad, afirma rotundamente Islas, podría verse como una invitación a delinquir;<sup>82</sup> dados los altos índices de delincuencia común en nuestro país, la observación no carece de importancia. El quinto supuesto es muy importante, en mi parecer. En él se establece el eventual uso del criterio de oportunidad en aquellos casos en los que el imputado esté en la condición de proporcionar a la autoridad informaciones relevantes acerca de actos delictivos más graves del que a él se le imputa, siempre que, además, se comprometa a declarar en la audiencia de juicio. Es fácil ver, y lo señala la misma Islas, que este supuesto se coloca dentro del conjunto de medidas a través de las cuales se trata de hacer más eficaz el combate a la delincuencia organizada. Medidas similares, en cierta medida, existen en otros contextos, como en Italia, por ejemplo, donde es bien conocida la presencia de diversos grupos delincuenciales organizados (mafia, 'Ndrangheta). En efecto, tal vez bajo la experiencia de las medidas tomadas en los años sesenta y setenta para combatir el terrorismo, a partir de 1991 (con la ley 82), y en buena medida debido al trabajo de Giovanni Falcone,<sup>83</sup> se formó un sistema “premier” a

---

<sup>82</sup> Islas de González Mariscal, O., “Criterios de...”, *cit.*, p. 115.

<sup>83</sup> Conocido ministerio público que hizo de la lucha a la mafia (era de Sicilia, región italiana donde tuvo origen esa organización criminal ramificada en toda Italia y en otros países: Estados Unidos, Alemania) su terreno de batalla. Fue asesinado, junto con su esposa y tres guardias de seguridad, el 23 de mayo de 1992. El hecho es bien conocido en Italia: *La strage di Capaci* (La tragedia de Capaci). Mientras se trasladaba del aero-

través del cual combatir a la delincuencia organizada otorgando “descuentos” de pena y protección para ellos y sus familiares para aquellos sujetos *pentiti* (arrepentidos) que pudieran proporcionar informaciones relevantes para incriminar a otros sujetos involucrados. Aquí, sin embargo, terminan las semejanzas. Es cierto que en el artículo 20 constitucional se afirma que “la ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”, de este modo, confirmando la observación anterior, o sea, la introducción de medidas en un cierto modo excepcionales para combatir un fenómeno excepcional (la delincuencia organizada).<sup>84</sup> El CNPP, sin embargo, probablemente en razón del significado impreciso y ambiguo, abierto, en suma, como tiende a ser el lenguaje constitucional, utilizado en la fórmula “la ley establecerá beneficios en favor de...”, fue más allá de ciertos límites de racionalidad más o menos generalizados, ya que los beneficios que prevé no consisten —como se podría pensar— en penas atenuadas, sino en la extinción de la acción penal.<sup>85</sup> Proba-

---

puerto de Palermo a la ciudad del mismo nombre, viajando con su esposa en auto, y tras ellos el coche con los guardias, la mafia hizo explotar una bomba, que destruyó ambos vehículos y causó la muerte de quienes los ocupaban.

<sup>84</sup> Islas se refiere a este apartado constitucional y a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996, donde por primera vez se planteó este tipo de medidas llamándolas “reprobables” (“Criterios de oportunidad”, *cit.*, pp. 115 y 116), y apuntala su juicio con las palabras de García Ramírez, quien sobre este aspecto de la reforma penal sostiene que se introdujeron “mecanismos de negociación entre el Estado y el delincuente sometiendo la justicia penal al juego de la oferta y la demanda”. García Ramírez, S., *La reforma penal constitucional 2007-2008, democracia y autoritarismo*, México, Porrúa, 2008, p. 51.

<sup>85</sup> Como se dice en el artículo 257 del CNPP, “La aplicación de los criterios de oportunidad extinguirá la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de dicho criterio”.

blemente, atendiendo a esta observación, hay buenas razones para apoyar el juicio negativo contundente de Islas acerca de este supuesto.<sup>86</sup> La diferencia con la legislación italiana mencionada brevemente es clara; en ésta, los beneficios no llegan hasta la extinción de la acción penal, sino que sólo contemplan la disminución de la sanción y la protección. La opinión pública italiana, así como la doctrina, por supuesto, no verían con buenos ojos que no se persiguieran, y no se castigara a los culpables, por hechos delictivos de fuerte impacto, como el tráfico de estupefacientes, trata de blancas, la extorsión, y hasta los homicidios, algunos de los ilícitos mafiosos típicos. Dejar, en nuestro país, en manos del MP, o de sus superiores, la decisión de no dar inicio a un juicio en contextos como éste, deja francamente mucho qué desear, porque significa, en práctica, atribuir a una fracción de los poderes públicos la gestión concreta de la política criminal del Estado en un ámbito tan significativo como el de la delincuencia organizada. Significa, además de eso, fomentar la percepción de que los dictados constitucionales consisten no en normas obligatorias, sino en directivas programáticas, cuya actuación depende de opciones valorativas contingente, dictadas en muchas ocasiones por el cálculo político, o, peor, personal. Acerca del sexto supuesto (“cuando la afectación al bien tutelado resulte poco significativa”), para finalizar con esta breve reseña, no se puede no compartir también la severa opinión crítica de Islas cuando afirma que “este supuesto es el clásico en el que, sin discusión, debe procederse a la destipificación de la figura delictiva en el Código penal que la contenga”. Y agrega, justamente, que “el problema es de ca-

---

<sup>86</sup> Ella se expresó así, una vez que fue emanado el CNPP, mientras que la apreciación más negativa es sólo a partir de la reforma de 2008. Si ya hubiera realizado el CNPP, podemos pensar en un juicio considerablemente más severo de su parte.

rácter penal sustantivo”. Se pregunta Islas, “¿para quién es poco significativa la afectación del bien jurídico? ¿Para el imputado, para el afectado o para la sociedad?”. La preocupación de Islas es de carácter interpretativo, acerca de la semántica ambigua de la fórmula utilizada: “poco significativa”, y razones, como ya dije antes, para estar de acuerdo con ella no faltan. En efecto, el problema de la semántica del lenguaje normativo,<sup>87</sup> en cualquier ámbito, pero quizá con mayores repercusiones en el caso del derecho penal sustantivo (pero también procesal), toca, obviamente, una de las cuerdas más sensibles del derecho y de su aplicación jurisdiccional. Me parece, sin embargo, que más allá de eso, de lo que no deseo mínimamente minimizar su importancia, se puede sumar otro aspecto crítico, común al supuesto anterior: el hecho de que la ambigüedad de la fórmula utilizada por el legislador deja, de nueva cuenta, en manos de la jurisdicción, o mejor, en un órgano, que si bien cumple con una función importante en la aplicación de la ley en México, está ligado al Poder Ejecutivo, la concretización de la política criminal general, ya no sólo la que se refiere a la delincuencia organizada. Se abre así el sendero, en mi opinión, para que la ya endeble separación de poderes, un valor no menor del Estado constitucional de derecho, se debilite aún más, poniendo en riesgo la estabilidad social y la seguridad de las personas. La agenda política con relación a la prevención y combate contra la ilegalidad, en todas sus manifestaciones, junto con otros elementos, constituye una de las más significativas expresiones

---

<sup>87</sup> Señalo aquí el imprescindible libro publicado ya hace bastante tiempo, pero que no ha perdido absolutamente su vigencia de Uberto ScarPELLI, renombrado exponente de la corriente analítica italiana de filosofía del derecho, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Turín, Accademia delle Scienze, 1959. De ScarPELLI véase también “El método jurídico” (traducción mía), en A. Rentería D. (comp.), *Filosofía analítica y filosofía del derecho en Italia*, Puebla, Cajica, 2005 (el ensayo original es de 1971).

del modo en que se gobierna una sociedad; en la creación, y sobre todo en su aplicación práctica, de una política criminal, un gobierno muestra a la ciudadanía su “rostro” real. De ahí que dejar en manos del MP y del Poder Ejecutivo (Federal y local a final de cuentas) las opciones concretas, con un margen de discrecionalidad considerable, significa deliberadamente, o peor, inconscientemente, no crear condiciones para que se perciba como legítima la jurisdicción y la acción del gobierno en su conjunto. Mejor, mucho más oportuno, sería que la ley penal sustantiva se moviera hacia la dirección de un derecho penal mínimo, como observa Islas y como confirman una infinidad de estudiosos, o sea, la creación de un código sustantivo que contenga verdaderamente los actos ilícitos que asumen una plena relevancia para la colectividad, dejando fuera, de tajo, aquellos que si, como parece, se les considera de poca importancia (bagatelas, se dice) entonces no se ve razón alguna para que ocupen un espacio en la agenda pública.

La plausibilidad de las afirmaciones anteriores, me parece, reside en el hecho de que los criterios de oportunidad consisten, a final de cuentas, en la apertura formal, la certificación, diría yo, del uso de instrumentos discrecionales por parte del MP, en una fase preliminar al juicio vero y propio. Con lo anterior, deseo subrayar dos cosas. En primer lugar, que dejando en manos del MP la decisión, en determinadas circunstancias, de iniciar la acción penal, se le da el golpe de gracia al principio de obligatoriedad del derecho penal, pues se establece, de hecho, su subordinación a una valoración del caso que en determinadas circunstancias es ajena a la misma probabilidad de constituir un delito, y que parece ligada a otros factores (políticos, personales, etcétera). La cuestión más debatida, creo, es que la decisión de llamar en causa alguno de los criterios de oportunidad no tiene nada que ver

con la probabilidad baja o alta de que los hechos puedan subsumirse en una previsión normativa. Hago esta observación porque, me parece claro, la decisión se toma en un momento anterior a la conclusión de la fase de investigación. En segundo lugar, el uso de los criterios de oportunidad pone en evidencia un aspecto que la reflexión teórica —no solamente en el ámbito del derecho penal, sino también en la teoría general del derecho— tiende a subestimar. Me refiero al hecho, indiscutible, de que casi todos los trabajos acerca de la interpretación del lenguaje legislativo parecieran tomar como objeto exclusivo de estudio a la actividad de los jueces, dejando en la oscuridad lo que ahora viene a la luz, o sea, que hay otros operadores jurídicos en cuyas actividades la interpretación jurídica es un factor determinante; y que esa fase, anterior al fallo, tal vez posee una relevancia, que si no superior, es al menos igual a aquella que interviene en las decisiones de los jueces.

Si la finalidad del derecho penal, como reza solemnemente el primer principio enunciado en el artículo 20 constitucional, relativo al nuevo proceso, es esclarecer los hechos, la protección de los inocentes, combatir la impunidad y la reparación del daño, el uso de los criterios de oportunidad, con las modalidades establecidas en el CNPP, que favorecen la extinción de la acción penal (y no, como sucede en otros ordenamientos, disminuyen la pena y establecen medidas protectivas), asume las características, al menos personalmente así lo considero, de una distorsión procesal del contenido constitucional y del derecho penal sustantivo, que no contribuye, sino todo lo contrario, ni a la búsqueda, ya de suyo compleja, de la verdad empírica, ni a la protección del inocente, ni a la lucha contra la impunidad (sobre todo allá donde más se manifiestan actos de corrupción, o sea, en la esfera de las relaciones entre el Estado y los poderes económicos).



Tampoco, como debería ser claro a estas alturas, en este trabajo se le atribuye al principio de obligatoriedad el carácter de panacea para los males que aquejan a una sociedad organizada. Su aplicación a rajatabla no sólo es, en realidad, imposible en la práctica, dada la complejidad de las relaciones sociales;<sup>88</sup> además, tampoco, en mi opinión, es aconsejable ni oportuna en determinadas circunstancias, pues a las razones que le asisten (principio de igualdad, justicia formal) en determinadas ocasiones se le oponen racionalmente otras razones: el principio de la diferencia y la justicia sustantiva en el caso concreto. Críticas severas a este principio, que no comparto en su totalidad, señalan que: *a)* genera ineficiencia y lentitud en la justicia penal; *b)* produce afectaciones a los derechos de las personas en el ámbito procesal; *c)* sustrae al control democrático las opciones de política criminal; *d)* hace vano el principio de igualdad de los ciudadanos.<sup>89</sup>

Infinidad de voces, en efecto, subrayan lo ilusorio de pensar que el principio de obligatoriedad se cumpla necesariamente. Con toda razón se afirma que los ministerios públicos, en cualquier país, no tienen la capacidad organizativa para investigar y, eventualmente, para dar inicio a un proceso, con relación a todo acto presuntamente ilícito en materia penal; suponiendo, por supuesto, que existiera la voluntad de hacerlo, acerca de lo cual no creo, sinceramente, que haya mucho que discutir ni muchos datos estadísticos que ofrecer para fundar esta tesis, dado que es más bien una percepción común contraria. Por otra parte, ya se dijo también, admitiendo

---

<sup>88</sup> Una constatación en este sentido se puede ver en la recomendación R(87) 18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la simplificación de la justicia penal a través de medidas, que vayan más allá del obsoleto principio de obligatoriedad: economía procesal, criterios de oportunidad, etcétera.

<sup>89</sup> Di Federico, G., “Obbligatorietà dell’azione penale e indipendenza del pubblico ministero”, *Giurisprudenza italiana*.

que fuera posible materialmente actuar el principio, que ello comportaría no pocos, ni irrelevantes, factores de riesgo y situaciones problemáticas. La complejidad está toda aquí: en la necesidad de encontrar un punto medio para hacer compatible la función del MP en un cuadro institucional donde convivan, en efecto, una política criminal general y un espacio de discrecionalidad que no vaya en detrimento de los objetivos del derecho penal en una sociedad democrática. Se trata, creo, y la finalidad implica toda una serie de medidas legislativas a tomar, de colocar al MP en una condición en la que sea, contemporáneamente, independiente y responsable.<sup>90</sup>

### 3. *La economía procesal*

¿Cuáles son las razones de la adopción de los criterios de oportunidad en México, como un instituto procesal en el nuevo modelo de derecho penal? Medidas como esta, a decir verdad, son más bien comunes en muchos ordenamientos, y se suelen agregar bajo el rubro habitualmente usado de “economía procesal”, es decir, en toda una serie de procedimientos alternativos al proceso en su “vestido” clásico, que tienen la finalidad de dar una respuesta a un derecho penal en seria crisis, máxime en un ordenamiento como el nuestro, donde incumbe siempre el amparo, con toda su complejidad procesal, sobre cualquier acto de la autoridad; y donde, además, conviven no siempre armónicamente un código penal sustantivo federal con treinta y dos códigos locales. Una crisis, sin duda, la del derecho penal, con muchas articulaciones, y que con toda probabilidad constituyó una de las razones que estuvieron a la base de la creación de un código de procedimientos de carácter nacional. La manifestación más concreta

---

<sup>90</sup> Sobre estos dos aspectos, sin embargo, me detendré más adelante.

de ese estado de crisis de la justicia penal es, probablemente, la no investigación y, en consecuencia, la no acción penal, de lo que derivan dos aspectos problemáticos cuya relevancia nadie puede negar, y que se originan en dos elementos. Por una parte, la ausencia de investigación (y de acción) genera, y justificadamente, la percepción de inseguridad de los ciudadanos. Actos delictivos contra las personas y sus bienes se cometen cotidianamente, y en número cada vez mayor, sin que los afectados, en muchas ocasiones, acudan a la autoridad para denunciar los hechos. ¿Por qué razón? Porque es común la convicción de que a la denuncia no seguirán acciones concretas para investigar, localizar al responsable, castigarlo y reparar el daño. El hecho de que se trate de delincuencia común o de organizaciones criminales más o menos organizadas cambia poco: prevalece la idea de que se está inermemente frente al acto ilícito, y de que el Estado, o por incapacidad o por carencia de voluntad, no cumplirá con su cometido. Por otro lado, en una dimensión que sólo aparentemente no produce afectaciones a los ciudadanos, también se percibe la ausencia de investigación y de acción penal acerca de hechos delictivos (o presuntos, por supuesto, pero la investigación y el proceso deberían establecerlo) cometidos en la esfera de las relaciones entre el poder político y el poder económico: me refiero, claro está, a los fenómenos de corrupción que más impacto tienen en la opinión pública, pero que en determinadas ocasiones terminan, erróneamente en mi parecer, por ser vistos como un inevitable fenómeno, imposible de deterrar. A despecho de un derecho penal sustantivo (federal y local) en el que se prevén severas sanciones en casos de enriquecimiento ilícito, peculado, abuso de poder, etcétera, lo cierto es que aun frente a hechos de dominio más o menos público la autoridad delegada para eso, el MP, no cumple con su cometido de investigar, promover el juicio y solicitar

sanciones. Que la dispersión de recursos públicos que de ahí resulta se refleje en las condiciones de vida de los ciudadanos, más allá del enojo, del repudio y de la indignación generalizados, es, creo, evidente. La descapitalización de Pemex y su virtual quiebra en virtud, entre otras cosas, de manejos cuya legalidad es más que dudosa,<sup>91</sup> es una pequeña muestra de un comportamiento contrario a lo que debería suceder en un Estado decente que hace, mediante sus aparatos, todo lo que esté a su alcance para esclarecer los hechos y, si es el caso, zanjar responsabilidades. Otro aspecto de la crisis es lo que concierne al tiempo que transcurre para que la autoridad falle en un sentido o en otro, o sea, que haya una sentencia firme, como se suele decir. No existe la menor duda de que los tiempos de la justicia son, exagerando de alguna medida, bíblicos. No sólo en la justicia penal, por supuesto, pero lo cierto es que por los bienes que están en juego en esta rama del derecho la necesidad de un proceso expedito constituye, en una sociedad democrática, una urgencia, que no se puede dejar para el futuro. Recogiendo esta necesidad, en el artículo 17 constitucional se establece, en efecto, que “toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial”.

Se podría, a decir verdad, abundar aún más señalando otros factores críticos del derecho penal en México; sin embargo, los dos que he apuntado, y que no he desarrollado en

---

<sup>91</sup> Tengo en mente la adquisición por parte de Pemex, de un establecimiento de Altos Hornos de México dedicado a la producción de fertilizantes que se encontraba en condiciones de abandono y con su material productivo en condiciones pésimas. Como es notorio (mayo de 2019), el propietario de Altos Hornos fue aprehendido hace unos días en España; mientras que el presidente, cuando se efectuó la compra, tiene una orden de aprehensión en Interpol.

todos sus aspectos, son más que suficientes para dar cuenta de sus efectos: ineficiencia, discrecionalidad, uso del derecho penal como instrumento de castigo y/o de recompensa (renunciando a la investigación) según que se trate de “enemigos” o “amigos” políticos, desconfianza hacia las instituciones; en fin, un resquebrajamiento de aquello que tiene unida una sociedad, y que le permite funcionar de manera aceptable: me refiero, es obvio, al así llamado “tejido social”, o sea, aquel bien público inmaterial que se manifiesta a través de la solidaridad entre las personas, el apoyo mutuo, el respeto, la consideración, la solidaridad. Es en ese contexto de crisis, probablemente, en el que se producen las reformas en el ámbito del derecho penal, que se insertan, en mi parecer, en un largo proceso iniciado con las reformas electorales de 1977, que aún no se concluye —también ésta es una apreciación personal—, y que de alguna manera tenía —tiene—, como objetivo afrontar innumerables críticas, que desde el interior, pero también desde fuera del país, se le hacían a nuestra “democracia”: una democracia bloqueada, una seudodemocracia, un Estado autoritario, la presencia de un partido “oficial”, un partido de Estado.

Después de haber afrontado temas importantes como las leyes que disciplinan los procesos electorales y otras reformas importantes en muchos ámbitos de la vida pública, era urgente dar inicio a una agenda pública destinada a modificar también el derecho sustantivo, y el del derecho penal en modo específico. El recorrido que tuvo inicio con los primeros modelos acusatorios antes de la reforma a nivel nacional debe verse como una estrategia de largo alcance, una transformación radical de un sistema penal ineficiente, autoritario, obsoleto y nocivo para la colectividad. Mucho había que hacer, y mucho se hizo, si bien no todo se ha concretado en la práctica cotidiana y no todo va en la dirección correcta, como

muchos observadores han tenido modo de señalar.<sup>92</sup> La introducción de los criterios de oportunidad como un instrumento mediante el cual, de hecho, es posible “seleccionar” los supuestos de delitos más relevantes para sobre ellos dirigir la atención, y dejar de lado aquellos llamados de “bagatela” por su menor importancia social, pareciera una medida racional, habida cuenta de lo ya mencionado, o sea, la imposibilidad material de investigar, por parte del MP, todos los eventos de los que se tiene noticia como actos susceptibles de ser catalogados como ilícitos penales. No investigar los delitos “menores” es visto, pues, como una oportunidad para hacer más eficiente la justicia penal, como una manera de agilizar los procesos y de despresurizar, como se dice, el proceso: un tema, en resumidas cuentas, como ya se dijo, de economía procesal. Por supuesto, los criterios de oportunidad no constituyen los únicos instrumentos a los que el reformador ha confiado este objetivo. Dentro de la categoría de institutos que podemos catalogar como instrumentos para obtener la economía procesal, el CNPP, actuando la reforma de 2008, y tratando, es mi opinión, de dar una respuesta a la crisis de la que se ha dicho antes, se han incluido varios de ellos: desde el acuerdo de reparación (artículo 184, apartado I) hasta el procedimiento abreviado (capítulo IV, artículos 201 y siguientes), pasando por la suspensión condicional del proceso (artículo 184, apartado II). No voy a detenerme en modo analítico en estas modalidades del nuevo modelo, ya que lo dicho acerca de los criterios de oportunidad y de la obligatoriedad del derecho penal es más que suficiente para reconstruir, en términos

---

<sup>92</sup> García Ramírez, S. y González Mariscal, Olga (coords.), *El Código Nacional...*, cit., hay varios estudios sumamente críticos, entre ellos el de Adato Green, V., “Posibles aspectos de inconstitucionalidad en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, pp. 323-339, y el de Ojeda Bohórquez, R., “Algunas inconsistencias y errores del Código Nacional de Procedimientos Penales”, pp. 307-319.

generales, y examinar en algunos detalles, este nuevo principio, que ha tomado carta de ciudadanía en el nuevo modelo de derecho penal: el principio de economía procesal. Trataré más bien de esclarecer su significado, sus alcances y sus eventuales elementos problemáticos, en modo por demás esquemático.

¿Cómo se puede definir el principio de economía procesal? En términos muy latos, me parece que la expresión denota toda una serie de medidas de derecho penal procesal, cuya finalidad es, ya se ha dicho antes en términos generales, hacer más eficiente, más rápida, expedita, en suma, la aplicación del derecho penal. Con toda razón, creo, y visto el “embotellamiento” en la procuración de justicia, no sólo penal, obviamente, el principio de economía procesal se considera como una estrategia para resolverlo; pero también como una estrategia, en realidad, para ahorrar (economizar) los recursos materiales públicos, en términos de tiempo, de papel, de espacios. La idea guía, se puede notar, es no involucrar personal (ministerios públicos, jueces, magistrados, secretarios, etcétera) en procesos de carácter menor, con poca relevancia para los intereses generales. Desde esta perspectiva, no parece irracional, en efecto, establecer modalidades a través de las cuales la respuesta del derecho sea rápida, de modo que las personas obtengan justicia de una manera expedita. Cuanto sea relevante en el derecho en general el aspecto temporal no creo que se pueda poner en duda. En todo el derecho, no sólo en el ámbito penal, las Constituciones, pero aun más los códigos procesales, establecen el plazo temporal en el que se deben realizar determinados actos. La misma Constitución, cuando establece que las personas tienen derecho a una impartición expedita de la justicia, hace del tiempo un concepto central en el derecho penal. Entonces, no se puede objetar que el principio de economía procesal contenga institutos, cuya finalidad va en el sentido indicado ni dudar de su carácter ra-

cional e instrumental. Sin embargo, no se puede, no se debe, subestimar la posibilidad de que las medidas que en su nombre se inserten puedan afectar otros principios relevantes del derecho penal, no sólo procesal, sino también sustantivo. Me refiero, es evidente, al modo de “convivencia” del este principio procesal con, por ejemplo, la presunción de inocencia, la reparación del daño, el debido proceso, el esclarecimiento de los hechos, la independencia de la jurisdicción (y del mismo MP). Me pregunto si el acuerdo reparatorio, el procedimiento abreviado, la suspensión condicional, y los mismos criterios de oportunidad, no colisionan, en determinadas circunstancias, con algunos de los ideales del nuevo modelo de derecho penal.<sup>93</sup> Mi desconfianza, se habrá ya notado esa actitud, no tiene como objetivo los institutos como tales, sino exclusivamente las consecuencias de una aplicación de ellos no disciplinada en modo adecuado; y, en todo caso, de lo que más desconfío es de los criterios de oportunidad;<sup>94</sup> trataré de enunciar las razones de ello en modo analítico.

No cabe duda de que la imposibilidad de investigar todos los hechos presuntamente delictivos determina la necesidad de pensar a soluciones drásticas, a costa, como ya se dijo, de someter a una prueba difícil el principio de obligatoriedad

---

<sup>93</sup> El hecho de que la cuestión no sea indiferente se demuestra con lo establecido en el artículo 17 constitucional, cuando se dice que “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”. La lectura de este artículo sugiere que hay una cierta prudencia en el legislador acerca del uso de los mecanismos alternativos, como los mencionados por sus posibles repercusiones en el plano de los derechos de las personas.

<sup>94</sup> Mi opinión es que, institutos como el procedimiento abreviado, el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional, si se les regula adecuadamente y se les aplica racionalmente bajo la idea más general de una justicia restaurativa, efectivamente, constituyen vías adecuadas para agilizar el proceso penal y para despresurizar las prisiones.



de la acción penal. Soluciones drásticas que, como se ha hecho con la reforma penal en nuestro país, dejan en manos del MP la determinación, de alguna manera discrecional, de los delitos (o presuntos tales) a perseguir, o bien, como se ha tratado de hacer en otras latitudes, medidas legislativas mediante las cuales se atribuya al Poder Ejecutivo la facultad de determinar prioridades en el ejercicio de la acción penal,<sup>95</sup> o bien con normas específicas que determinan prioridades concretas como los delitos de organizaciones criminales, en el ámbito de la higiene pública y accidentes de trabajo, de accidentes de tránsito, delitos cuya pena prevista no sea mayor de cuatro años, delitos cometidos por sujetos ya en prisión o en estado de prisión preventiva.<sup>96</sup> Existe, se ha visto, una tendencia global hacia la búsqueda de soluciones alternativas a la imposibilidad material de perseguir todos los delitos; y en esa tendencia se inserta la reforma penal en nuestro país, con sus propias características institucionales, con su tradición cultural específica. Es con esa misma intención que en la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de diciembre de 2018, se establece (artículo 60.) que el fiscal debe presentar al Senado para su aprobación un plan de persecución penal que contemple “las prioridades nacionales establecidas en la política criminal para orientar las atribuciones institucionales, las prioridades en la investigación, persecución y ejercicio de la acción penal”. Nada más

---

<sup>95</sup> Véase la propuesta de ley en el Senado italiano en la actual legislatura (núm. 370, 2 de mayo 2018), intitulada “Delega al governo in materia di determinazione dei criteri di priorità nell’esercizio dell’azione penale”, disponible en: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/338367.pdf>.

<sup>96</sup> Véase en la legislación italiana, el artículo 2-bis de la Ley 125/2008, que modificó el artículo 132-bis del Código de Procedimientos Penales. Al respecto Peri, A., “Obbligatorietà dell’azione penale e criteri di priorità”, *Forum di Quaderni Costituzionali*.

y nada menos, creo, que una opción semejante a la que se detalló en la nota 92 (*supra*), o sea, una estrategia de política criminal que tiende a definir criterios de prioridad en el ejercicio de la acción penal, con algunas diferencias, sin embargo. Mientras que de alguna manera lo que se prevé en México es coherente con los arreglos institucionales vigentes (un sistema presidencial de gobierno en cuya órbita gira la Fiscalía), la propuesta italiana<sup>97</sup> es, por lo menos, incoherente, ya que la Constitución no sólo incluye el equivalente de la Fiscalía (*Magistratura requirente*, se le suele llamar) dentro del Poder Judicial, sino que, además, le asegura un alto grado de independencia y de autonomía:<sup>98</sup> la previsión de delegar al Poder Ejecutivo para que elabore un plano de prioridades a seguir en el derecho penal contradice en modo claro las disposiciones constitucionales que establecen la independencia de los jueces y de los ministerios públicos, incluidas ambas categorías en el Poder Judicial. Ahora bien, no tengo muchas objeciones de fondo acerca de la creación de una estrategia, dentro de las políticas públicas, que frente a la complejidad y gran número de actos delictivos defina prioridades en cuanto a la investigación y persecución de aquellos que se considere que en mayor medida atentan contra los bienes colectivos (como los que se reconducen a la delincuencia organizada, la corrupción de altos niveles, etcétera). Dada la imposibilidad, lo reitero, de perseguir todos los actos delictivos que en las sociedades complejas se cometen, que se concentren los esfuerzos para hacerlo con los más graves, no es, en sí misma, una mala idea, y ni siquiera una idea

---

<sup>97</sup> Véase nota 95, *supra*.

<sup>98</sup> Reconocer la coherencia entre lo previsto en la Ley Orgánica y el presidencialismo no supone que de mi parte exista un juicio de valor positivo acerca de la actual colocación de la Fiscalía General dentro del Poder Ejecutivo. Pero sobre esto diré algo más extenso en seguida.

original, como se ha visto.<sup>99</sup> Se trata, probablemente, de una declinación de las políticas públicas que, creadas responsablemente y aplicadas siguiendo lineamientos específicos que emanen, inclusive, del seno de la sociedad civil, puede ser útil para el fortalecimiento del Estado constitucional de derecho. Dicho lo anterior, veamos el caso mexicano.

#### 4. “Transformaciones” de la Procuraduría General de la República

Ya dije antes que lo más interesante, y al mismo tiempo preocupante, de la declinación en la reforma del principio de economía procesal reside, en mi opinión, en la introducción de los criterios de oportunidad. No tanto por su uso en sí mismo, sino por las modalidades que prevén en un contexto institucional profundamente marcado por una cultura jurídico-política atada al pasado, y que, me temo, pueden condicionar seriamente, y en modo negativo, la percepción general de la administración de la justicia.

Se ha visto, brevemente, que la posición institucional del MP en México dista mucho de ser de la más idónea para garantizar una justicia penal que satisfaga las expectativas que despierta un modelo penal acusatorio.<sup>100</sup> Su colocación en la

---

<sup>99</sup> Además de lo ya señalado a propósito de Italia, hay que notar que la iniciativa mencionada alude como uno de sus fundamentos a la recomendación R(87)18 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 17 de febrero de 1987, en la que se “aconsejaba” a los países miembros la adopción de principios de oportunidad en la acción penal. Sobre la adopción, en este sentido, de planes estratégicos en países como Colombia, El Salvador, Bolivia, Paraguay y Guatemala, véase Novoa, M. y Silva Mora, K., “Léase si quiere transformar la procuración de justicia para reducir la impunidad”, en AA. VV., *Léase si quiere gobernar (en serio)*, México, México Evalúa-CIDAC, 2018 pp. 95-123.

<sup>100</sup> Esta impresión, naturalmente, es del todo personal, y por ello subjetiva, pero no arbitraria, pues en seguida se enunciarán algunos argumentos a su favor.

esfera del Poder Ejecutivo, en efecto, y no dentro del Poder Judicial, es un factor no irrelevante, porque no le garantiza la independencia y la autonomía que son necesarias para un ejercicio de la acción penal que no genere suspicacias por parte de la ciudadanía. Es cierto que la introducción de los criterios de oportunidad podría generar la impresión, como ya se ha evidenciado, de que el MP, a través de su uso, dispone de un gran poder discrecional y, que, por ello, es independiente en la toma de decisiones acerca de los delitos a perseguir. En realidad, las cosas no se mueven en esa dirección, ya que la organización de la procuración de justicia, aun por cuanto concierne los criterios de oportunidad, es una organización jerárquica y vertical. El mismo CNPP establece, en efecto, en el artículo 256, que el MP se podrá abstener de iniciar la acción penal, pero “conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría”, a “los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente”, y que “la aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable”. En otras palabras, la decisión de aplicar los criterios de oportunidad, en los casos indicados en el CNPP, no es fruto de una decisión del MP, sino del procurador, quien, no se olvide, depende en última instancia del presidente de la República, y en las entidades federativas, del gobernador. Ya se han hecho algunas observaciones sobre las modalidades establecidas para nombrar al fiscal general de la República; un modelo sustancialmente análogo viene replicado en las entidades federativas. Después de la reforma constitucional que transformó a nivel federal la Procuraduría en Fiscalía, a nivel local se operaron cambios en el mismo sentido, y en más de la mitad de las entidades federativas se transitó hacia una fiscalía estatal. Más allá de la cuestión nominalista, sin embargo, las transforma-

ciones tampoco a este nivel han sido sustantivas y estructurales, pues a despecho de una autonomía formal técnica y de gestión, las fiscalías continúan estando subordinadas no sólo financiera, sino también políticamente, al Poder Ejecutivo local.<sup>101</sup> Así, queda claro que la procuración de justicia, federal y local, como se ha visto, ocupa un lugar en la arquitectura constitucional, en la esfera de influencia del Poder Ejecutivo, que no le garantiza una suficiente autonomía e independencia. Hay que suponer, plausiblemente, que así como la posición del fiscal depende del Ejecutivo (federal y local), el MP, a su vez, ocupe una posición jerárquica subordinada al fiscal. Lo que produce como resultado, me parece obvio, que la aplicación de los criterios de oportunidad no sean el fruto del uso de una facultad del MP, sino que más bien su uso siga las indicaciones de la Fiscalía. Ahora bien, como también se ha visto, el fiscal general de la República dispone de un año para someter a la consideración del Senado un plan de persecución penal en el que se delinee las prioridades en cuanto a la acción penal, dentro del marco más general de la política criminal del Estado, reflejada, sobre todo, pero no exclusivamente, en el derecho penal sustantivo. En ese sentido, hay buenas razones para sostener que la actual política criminal, forjada sobre todo en un sistema regido por una arquitectura constitucional fuertemente centralizada y vertical, más aún cuando la conformación de las fuerzas políticas en el Congreso contingentemente coinciden con la que está detrás del Ejecutivo, es una política de Estado miope en cuanto a sus objetivos, es decir, como resultado de una mirada muy corta hacia el futuro. Una muestra de esta política criminal, que no hace otra cosa sino seguir tendencias ya presentes en sexenios anteriores, es la reciente reforma constitucional del artículo

---

<sup>101</sup> Novoa, M. y Silva Mora, K., *op. cit.*, p. 97.

19, mediante la cual se amplían los supuestos para los cuales se prevé la prisión preventiva oficiosa. Más allá de las (más que justificadas) críticas que esa reforma ha suscitado, puntuales por lo que concierne los supuestos que incluye, una percepción crítica más de fondo es que sigue prevaleciendo la idea, errónea, de que la seguridad de las personas se persigue de manera eficaz aumentando la entidad de las sanciones ya previstas con relación a supuestos penales, o bien aumentando los supuestos penales, y aun más si todo ello se coloca en el marco constitucional, como si de esa manera se aumentara, casi mágicamente, la fuerza normativa de los aparatos estatales. La experiencia, por desgracia, indica todo lo contrario, pues no es el temor de una (muy eventual) sanción que frena las intenciones de cometer un acto delictivo. De cualquier manera, la reforma citada pone de manifiesto que en realidad en el marco de las políticas públicas generales, y por cuanto concierne la política criminal en modo particular, tanto aquellas como ésta se generan a partir de percepciones de corto plazo, ligadas más que nada a la contingencia, al carácter extraordinario, y no, como debiera ser, como el resultado de un plan estratégico de largo alcance proyectado en el futuro. Los planes de persecución penal, formulados por el fiscal y aprobados por el Senado, deben ser sometidos a una revisión periódica, establece la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, a la luz, agrego yo, de una revisión igualmente periódica de la política criminal dentro del marco general de las políticas públicas. Desde el punto de vista de lo ideal, no habría más que aplaudir a previsiones normativas como éstas, si hubiera, como no hay, políticas públicas generales, y una política criminal también, no expuestas a los vendavales de la política pura, es decir, de la política en cuanto lucha por alcanzar el poder a todo costo y, sobre todo, por usarlo y conservarlo en manera casi siempre autoritaria.

Lo que quiero decir es muy sencillo. Un marco general de las políticas públicas de un país debería consistir, de alguna manera, en un conjunto de previsiones comunes, en una idea compartida acerca del futuro de una sociedad, a partir de un diagnóstico también común. Políticas públicas que no consistan en caprichos personales o percepciones unilaterales de los objetivos a seguir; políticas públicas, en una democracia madura, que sean el fruto de una participación lo más amplia posible tanto de las fuerzas políticas (incluidas las de oposición) como de la sociedad civil en sus varias declinaciones. Lo que se ha visto en los últimos tiempos, por desgracia, ha sido lo opuesto, o sea, estrategias vinculadas a lo que podríamos llamar “políticas públicas personalizadas”, casi visionarias, que dan lugar a proyectos, y grandes proyectos, que o se abandonan de un momento a otro por sus mismos impulsores, o dejan de ser prioritarios para quien asume el relevo en el poder. Eso, naturalmente, se refleja también, lo hemos visto, en la política criminal (es decir, la estrategia que consiste en determinar los actos que se consideran ilícitos y establecer las medidas sancionatorias, además de definir las modalidades mediante las cuales hacer efectivo el derecho penal), y, de consecuencia, en cuanto a los futuros planes de persecución penal y, *last but not least*, en el uso de los criterios de oportunidad. Una política criminal dictada por la emergencia, de día a día, y no, como debería ser, una visión global, articulada y de corto, mediano y largo alcance, capaz de formular estrategias eficaces y eficientes en la procuración y en la aplicación de la justicia

Es en este contexto en el que los criterios de oportunidad corren el riesgo de contribuir a una procuración de justicia parcial, fuerte con los débiles y débil con los fuertes, si no se les inserta dentro de un modelo amplio, junto con otros instrumentos, anclados al principio de economía procesal. No

cabe duda que un Estado constitucional de derecho no existe como tal si uno de sus factores fundamentales, la procuración de justicia, no funciona de la manera más idónea en todos sus aspectos y todos sus fines: para perseguir y castigar a quienes se juzguen como responsables de actos delictivos, pero también para tutelar los derechos de las personas, ofendidos e imputados, y, además, para garantizar en la medida de lo posible la seguridad, la confianza, e inclusive el desarrollo de una sociedad: una medida más que necesaria, es evidente, es el tránsito efectivo, concreto, del modelo inquisitivo al modelo acusatorio, dejando atrás todas las inercias y resistencias culturales que hasta la fecha (es una percepción más bien común) de alguna manera la han contrastado, en nombre de viejas y consolidadas prácticas. En este orden de ideas, también se hace necesario (es una perogrullada ésta) someter el nuevo modelo a una constante revisión, sobre todo por lo que hace a su elemento procesal (aunque no de forma exclusiva), a partir de datos empíricos confiables. El nuevo modelo no es la panacea para todos los males que aquejan al sistema de justicia penal en México; es una ilusión pensarlo, y, por otra parte, sus efectos evidencian las dificultades enormes que encuentra en cuanto a las expectativas que ha ido generando. Según datos del Centro de Investigación para el Desarrollo, A. C. (CIDAC), del total de los casos que, en 2016, ya con el nuevo modelo formalmente funcionando, llegaron al conocimiento de un MP, sólo el 40.5% en el ámbito local y el 52.5% en el ámbito federal tuvieron una salida institucional, se judicializaron, como se suele decir. Siempre de acuerdo con el CIDAC,<sup>102</sup> solamente cuatro de cada cien carpetas de investigación abiertas son judicializadas, y de éstas el 99%

---

<sup>102</sup> Lineamientos para un modelo homologado de investigación criminal” (<http://cidac.org/wp-content/uploads/2017/11/lineamientos.pdf>). Los datos son del 2016 pero no creo que se hayan modificado recientemente.



se refieren a sujetos detenidos en flagrancia: cuando no hay sujetos detenidos, se deduce de ésto, los casos muy difícilmente son investigados y, por consecuencia, esclarecidos.<sup>103</sup> Además, el INEGI reporta, en su Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (Envipe) de 2017, que únicamente el 4.46% de los actos reportados como delitos llegan a ser sancionados con una condena.<sup>104</sup> Por otra parte, la Envipe 2018, con datos de 2017, arroja el dato preocupante de que en el 93.4% de los delitos cometidos no hubo denuncia (o no se inició averiguación previa o carpeta de investigación), con un porcentaje que permanece más o menos sin variación desde 2012.<sup>105</sup> La crudeza de los datos (datos oficiales, no hay que olvidarlo) no deja lugar a dudas: el nuevo modelo no está dando los resultados esperados, por lo que se hace necesario imaginar otros escenarios, aun teniendo en consideración, como otras experiencias demuestran, que antes de que los efectos de un nuevo modelo de justicia penal se manifiesten en la práctica concreta debe transcurrir mucho tiempo, y no siempre se orientan en la dirección deseada.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Tuvieron una salida, ya sea por el no ejercicio de la acción, medidas alternativas, etcétera. Cfr. CIDAC, *Hallazgos 2016. Seguimiento y evaluación de la operación del sistema de justicia penal en México*, Ciudad de México, 2017.

<sup>104</sup> Disponible en: <https://datos.gob.mx/busca/dataset/encuesta-nacional-de-victimizacion-y-percepcion-sobre-seguridad-publica-envipe/resource/05c0b73a-fbdf-4656-b7bf-0ac48f752632>.

<sup>105</sup> Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2018/doc/envipe2018_presentacion_nacional.pdf), p. 39.

<sup>106</sup> En Italia hubo una importante reforma en 1988, que entró en vigor a finales de 1989, con la que se transformó el modelo inquisitorio, fundamentalmente basado en la ideología fascista, en un modelo acusatorio. En 2006, habida cuenta de las dificultades que el nuevo modelo evidenció para su actuación concreta en muchos aspectos, presentó un documento para una reforma del Código de Procedimientos Penales emanado en 2018. Cfr. Commissione Riccio, *Per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2018)–Relazione*, disponible en: <https://www.giustizia.it/giustizia/it/>

### 5. *La justicia penal y la arquitectura constitucional*

Más allá de la complejidad que representa el pasaje de un modelo de justicia penal a otro, hay otros factores que si no se afrontan con seriedad, en mi opinión se erigen como serios obstáculos para una verdadera, estructural, reforma de la justicia penal mexicana. Ya he mencionado como un serio problema, al que en realidad muchos observadores no le atribuyen una importancia análoga, el hecho de que la procuración de justicia en nuestro país sea un ejercicio de la administración pública no colocado dentro del Poder Judicial, sino dentro del Poder Ejecutivo. Ya se ha visto, en esta línea de pensamiento, cómo la compleja modalidad de nombramiento del fiscal general de la República termina asignando, en última instancia, al presidente de la República la facultad de nombrarlo y, eventualmente, de removerlo de su puesto. A nivel local, también ya se ha puesto en evidencia, las reformas que han tenido lugar después de la reforma a nivel federal han tenido como efecto casi exclusivamente el cambio de nombre —de procurador a fiscal— sin ninguna incidencia concreta en cuanto a la dependencia económica y política del fiscal frente al gobierno local.<sup>107</sup> En suma, la

---

*mg\_1\_12\_1.wp?facetNode\_1=0\_10&facetNode\_2=0\_10\_16&previousPage=mg\_1\_12&contentId=SPS72293#1.*

<sup>107</sup> Por ejemplo, la Constitución Política del Estado de Chihuahua determina las modalidades de nombramiento del fiscal general del estado prácticamente calcando (artículo 64, fracción XV, apartado B [facultades del Congreso del estado] y artículo 93, fracción 22 [facultades del gobernador]) las que se prevén en la Constitución federal para el nombramiento del fiscal de la República. Una excepción a esa tendencia se observa en la Ciudad de México, cuya Constitución establece que el fiscal local será nombrado mediante mayoría calificada por el Congreso, bajo propuesta de un Consejo Judicial Ciudadano (artículo 44, fracción 4), a su vez formado por once personas (de las cuales siete profesionales del derecho) nombradas por las dos terceras partes del Congreso (artículo 37). Se debe notar, dicho sea entre paréntesis, que mientras el artículo 44 dice que la pro-

cercanía, por usar un eufemismo, de las fiscalías con el Poder Ejecutivo —federal y local— no encaja en un modelo de procuración de justicia acorde con un Estado constitucional de derecho. Episodios recientes, y menos recientes, demuestran a todas luces cómo tal cercanía se convierte en un instrumento de protección, y de autoprotección, en un caso, y de punición, en el otro. Sólo en los últimos tiempos hemos asistido a episodios que por su carácter extraordinario parecerían alejarse de esta perniciosa tendencia, si bien todavía persiste en la opinión pública —y no sin fundadas razones— la idea de que las cosas se podrían hacer mejor (con sentencias firmes expeditas, con la incautación de los bienes), sobre todo cuando estos eventos extraordinarios tienen como centro a exgobernadores o a altos funcionarios de la administración pública involucrados en episodios de corrupción (abuso de poder, peculado, enriquecimiento ilícito, etcétera). Eventos de este tipo, sin embargo, son mínimos en cuanto a su alcance concreto, no sólo porque son numéricamente reducidos, sino además porque lo que es más evidente es todo lo contrario, o sea, la protección, mediante la no acción penal, de los poderes económicos fuertes. Baste aquí, como ejemplo, lo decidido (noviembre de 2018) por la Primera Sala de la SCJN en el Amparo en Revisión 307/2016 mediante el cual, después de que el municipio de Tampico autorizó, sin el consenso de la Semanart, la creación de un parque temático en la

---

puesta de nombramiento proviene del Consejo Judicial Ciudadano, entre las facultades de este artículo figura la de someter a la consideración del Ejecutivo (el jefe de gobierno) una terna, para que éste, a su vez, la someta al Congreso. Para completar este cuadro, algo paradójico entre las competencias del jefe de gobierno (artículo 32, fracción C) no se encuentra la de enviar alguna terna al Congreso para el nombramiento del fiscal ni competencia alguna para ello (a menos que no se considere que, como reza el párrafo C del apartado 1 de la fracción C mencionada, tal nombramiento se coloque en la competencia del jefe de gobierno para “Nombrar y remover libremente a su gabinete”), con lo que la excepción se vendría para abajo.

Laguna del Carpintero, se determinó que existe un derecho humano a un medio ambiente sano. Cierto, se trata de una sentencia que ha causado mucho revuelo; pero es también cierto que nada es dado saber sobre eventuales responsabilidades de carácter penal de los sujetos institucionales involucrados. ¿Hubo actos susceptibles de ser reconducidos a un supuesto penal? No se sabe, y en la sentencia mencionada no se hace mención a ese aspecto, probablemente por no tener la competencia necesaria para ello; pero una referencia a quienes sí son competentes le hubiera atribuido a la sentencia un “sabor” menos simbólico y mediático, pero sí de mayor impacto sobre quienes tienen responsabilidades en la administración pública en cualquier nivel. Naturalmente, existen sin duda muchos más casos análogos, las más de las veces sin que lleguen a la opinión pública, pero las características de este trabajo no me permiten abundar más; la mención de la sentencia, creo, constituye un ejemplo significativo de la impresión a la que me refería. No estoy hablando, sea claro, de una intención evidente de proteger a presuntos culpables, lo que sería francamente deleznable, y contribuiría a poner en duda más allá de lo razonable la legitimidad de la jurisdicción —constitucional en este caso—; de lo que hablo es de una tendencia inveterada, casi siempre puesta en acto sin ser conscientes de ella, de no generar las condiciones para que la justicia penal cumpla con su cometido.

## V. CUARTO APARTADO

### 1. *Distinguiendo: administración, procuración, impartición*

La temática que está detrás de estas observaciones, y que es que la importa resaltar, es la plataforma institucional sobre

la que se sostiene la procuración de justicia y, también, la impartición de ella, dos aspectos diferentes, pero unidos entre sí dentro del marco más amplio de la administración de la justicia (penal, que es la que nos interesa aquí) por parte de los aparatos del Estado. Entiendo por “administración de la justicia penal” todo el entramado institucional dispuestos por las normas —sustantivas y procesales— que tienen como objeto: a) la definición de los actos naturales como actos delictivos; b) la determinación de la entidad de la sanción cuando se verifiquen tales actos; c) la determinación de los actores que poseen la facultad de establecer que un acto natural constituye un acto delictivo mediante procedimientos específicos y conminar la sanción prevista a los responsables, siempre mediante procedimientos específicos. Por “procuración de justicia” (penal) entiendo, dentro del punto c), a los órganos del Estado a quienes se les encomienda la tarea de tomar decisiones acerca de comportamientos susceptibles de ser calificados como delitos y, eventualmente, iniciar una acción penal y representar la parte acusadora. Con “impartición de justicia” (penal), finalmente, me refiero a los órganos del Estado que tienen la tarea de decidir si un acto constituye un ilícito penal, si quien ha sido indicado como responsable por la parte acusadora lo es en efecto, y de determinar la entidad de la sanción prevista en el supuesto de ley, siempre, obviamente, siguiendo directivas normativas previamente establecidas.<sup>108</sup> Los puntos a) y b) denotan actividades que tienen que ver con los órganos del Estado, cuya función es, precisamente, calificar como relevantes desde el punto de vista penal (de acuerdo, se espera, con criterios definidos en una política criminal global y articulada), o sea, como actos ilícitos

---

<sup>108</sup> Me doy cuenta de que el esquema es limitativo, pues deja fuera, por ejemplo, la cuestión, entre otras, de la ejecución de la pena; pero para los fines de este trabajo no hay necesidad de ampliar para incluir ese aspecto.

tos, algunos comportamientos de las personas, aquellos cuyo impacto en la sociedad hace necesario incluirlos como jurídicos; no solamente la calificación como ilícitos, sino también la determinación de una sanción para ellos. Estoy hablando, es evidente, de la legislación en materia penal; la declinación inicial, cuya importancia no se pone en duda, de una política criminal, puesta en acto por la facultad del Estado, a través de sus instituciones, de prohibir determinados actos, calificando como ilícita la conducta opuesta, y previendo una respuesta estatal para quien sea responsable de ella.

Algunos de los principios que hemos examinado aquí tienen como referencia obligada el aspecto legislativo en su carácter sustantivo, reflejado en los códigos penales:<sup>109</sup> por ejemplo, el principio de legalidad, el principio de no irretroactividad. El hecho de que el legislador realice su función de carácter sustantivo de acuerdo con los principios que la cultura jurídica ha desarrollado a lo largo de muchos siglos, hasta llegar al Estado constitucional de derecho, es doblemente importante. Por un lado, obviamente, aun con las dificultades que supone el uso del lenguaje, una particular atención a la hora de definir un supuesto como acto delictivo sin duda puede tener un impacto positivo (o negativo) sucesivamente. Un lenguaje abierto, vago, impreciso, ambiguo, en un código penal sustantivo no contribuye a generar previsibilidad y certidumbre. Por el contrario, su uso cuidadoso por el legislador, consciente éste de que el lenguaje no es un instrumento privo de dificultades (de trampas, se suele decir),

---

<sup>109</sup> En este sentido, habría necesidad de ver un capítulo acerca de la complejidad del sistema normativo penal mexicano, donde conviven los códigos de las entidades federativas con el Código federal; sin embargo, más allá de señalar la complejidad que deriva de esa situación, no puedo avanzar más. Sí puedo señalar, sin embargo, que una unificación del derecho penal sustantivo, como muchas voces han evidenciado, constituiría una condición necesaria para la eficacia y la eficiencia del sistema penal mexicano.

puede contribuir de alguna manera para que la justicia penal se fortalezca y se legitime.<sup>110</sup> Y no sólo en la calificación jurídica abstracta de los hechos del mundo real, para delimitar lo más posible los espacios de discrecionalidad<sup>111</sup> que tienen su origen en el lenguaje, sino también en lo que respecta a la definición lo más preciso posible de la entidad de las sanciones relacionadas con los hechos calificados como delitos. Los factores problemáticos, conectados con el lenguaje, del elemento sustantivo del derecho penal, de suyo serios, en nuestro país se agravan aún más en razón de que además de un Código federal tenemos todos los códigos de las entidades federativas. Esta complejidad, no cabe duda, no contribuye en aras de la eficacia y la eficiencia de la aplicación del derecho penal. Una estrategia de unificación, como ya se ha hecho con el elemento procesal, sin duda constituiría un paso adelante dentro del nuevo modelo de justicia penal.<sup>112</sup>

Todos estos factores, sin embargo, constituyen sólo una parte, sin duda relevante, de la arquitectura institucional acerca del derecho penal. Calificar como jurídicos, como ilí-

---

<sup>110</sup> No hay que olvidar, en efecto, que los órganos de la administración de justicia, procuración e impartición, carecen —por lo general en nuestro país es así— de una legitimación democrática, por lo que su fuente de legitimación es su apego a los dictados de la ley, es su función concreta y la percepción de ella por parte de la opinión pública.

<sup>111</sup> Sobre la discrecionalidad judicial, permítaseme mencionar mi *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 2a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 2017.

<sup>112</sup> Aquí, obviamente, no hago más las críticas a esta tendencia hacia la unificación que se generan a partir de una concepción del federalismo. Estoy convencido de que en nombre del federalismo se pueden defender estructuras institucionales y competencias legislativas que no contribuyen en el modo más absoluto para que una sociedad alcance ciertos objetivos. Ésto no significa ser contrarios al federalismo, pero creo que hay competencias específicas, cuya relevancia como el derecho penal, nos obliga a una serie de reflexiones sobre la oportunidad de mantener una estructura que hasta la fecha se ha demostrado altamente ineficiente.

citados, determinados hechos del mundo natural y conectar a su realización una específica sanción no es tarea irrelevante dentro de la definición de una política criminal. Pero en tal definición existen otros elementos que si no se modifican para hacerlos congruentes con el nuevo modelo de justicia penal terminan por generar un horizonte desbalanceado, en el que siguen prevaleciendo viejas concepciones estatistas y organicistas, donde lo que tiene mayor peso es el aparato del estatal punitivo a costo de los derechos de las personas. Aludo aquí a, ya se ha dicho algo al respecto, la posición que dentro de la organización de la justicia penal (la administración de la justicia) ocupan los órganos legitimados para ejercer la procuración y la impartición de justicia. Hablar de tal posición significa, en mi opinión, preguntarse a cuál de los poderes públicos pertenecen tales órganos en virtud de los arreglos constitucionales establecidos y, en consecuencia, preguntarse quién los nombra, quién los dirige, quién decide acerca de su carrera como funcionarios (y por tanto de sus salarios), quién los puede destituir; y preguntarse, finalmente, a partir de una reconstrucción empírica, si la opción tomada es la más idónea para generar los resultados acordes con el nuevo modelo de justicia penal.

## *2. Sobre la independencia de los órganos de la justicia penal*

Sobre la procuración de justicia, o sea, el conjunto de estructuras institucionales encargadas de dar inicio a una acción penal a partir de su conocimiento de los hechos, ya se ha dicho aquí lo suficiente. Lo que se ha apuntado al respecto no deja dudas acerca de mi opinión personal, fuertemente crítica de la posición institucional ocupada por los fiscales y los ministerios públicos, tanto federales como locales. La



decisión de colocarlos dentro de la esfera de influencia del Poder Ejecutivo determina que su función en términos de autonomía e independencia sea muy endeble. Entiendo aquí por “autonomía” e “independencia”, asumidas como conceptos sinónimos, la condición en la que se encuentra un sujeto que le permite tomar decisiones libres de toda influencia ajena,<sup>113</sup> o sea, sin que un factor que no provenga de él mismo lo haya condicionado.<sup>114</sup> Un órgano institucional, en este caso una Fiscalía, es autónomo e independiente no, o no solamente, cuando dispone de un patrimonio propio y ejerce a su antojo una partida presupuestal, sino cuando las decisiones que toma, para investigar o no investigar a alguien por un supuesto hecho delictivo y eventualmente ejercer la acción penal, si es el caso, no dependen de ningún cálculo personal o político, es decir, son decisiones que se toman, si se me permite esta fórmula, sin esperar nada de nadie y sin temer nada de nadie. ¿Quiénes son aquellos que, si son independientes no esperan ni pretenden ningún beneficio personal ni tienen temor de que alguien pueda dañarles en algún sentido? En primer lugar, el titular de la Fiscalía (federal o local), y, en segundo lugar, los ministerios públicos. Por cuanto concierne al fiscal, si su nombramiento obedece a razones de naturaleza personal, políticas o personales en sentido estricto, con el órgano facultado para ello, su autonomía y su independencia de juicio inevitablemente serán objeto de sospechas, precisamente porque su colocación en el cuadro normativo institucional no favorece su autonomía. Si sucede, como sucede, que un titular del Poder Ejecutivo declare que “meterá en la cárcel” a su antecesor en el poder, lo menos que podemos pensar, si superamos el hábito de creer que el Ejecutivo posee

---

<sup>113</sup> Sobre un concepto más orgánico de independencia tornaré en seguida.

<sup>114</sup> He desarrollado con más detalles estas ideas en *Discrecionalidad judicial...*, *cit.*

un poder ilimitado, es que hay una estrecha conexión entre lo que hace, o no hace, una fiscalía y lo que le dice el Ejecutivo en cuestión. En consecuencia, si lo que se desea realmente es aumentar los espacios de autonomía e independencia de los titulares de las fiscalías, un pasaje esencial, y necesario, es considerar con mucha atención y seriedad dos vías: 1) la posibilidad de modificar la modalidad de su nombramiento, dejando al margen de ello al Ejecutivo; 2) la posibilidad, conectada con la anterior, de colocar las fiscalías dentro del Poder Judicial. Ninguna de estas dos vías, por las repercusiones a las que darían lugar, goza de muy buena fama entre la clase política, ni en la que asume el poder ni en la de oposición. Y las razones son claras: una verdadera independencia de las fiscalías significaría que por el hecho de no temer una eventual remoción del puesto (u otras medida, inclusive más graves) pueden, en serio, constituirse como un verdadero contrapoder, combatiendo con el instrumento penal ese cáncer que aqueja a nuestro país: la enorme masa de actos corruptivos que existen entre la clase política y una buena parte, no toda, por supuesto, de las fuerzas económicas tanto internas como externas. En lo que concierne, por su parte, a los ministerios públicos, su autonomía e independencia, o la ausencia de ellas, se hace visible de manera diferente, aunque aquí también existe una pregunta inicial, análoga a la situación de las fiscalías: ¿de quién depende el nombramiento, y la permanencia en su puesto, de un ministerio público? ¿Quién decide acerca de su carrera, acerca de sus niveles de salario, de sus ascensos? Son interrogantes, creo, que no se deberían subestimar de la manera más absoluta; si en una administración pública eficiente y profesional se requiere la presencia de personas con una adecuada formación, también, y más que nada, las personas necesitan una estructura que no sólo les permita acceder a los puestos con base en sus

méritos individuales, sino que además les proporcione seguridad de permanencia, que no estén sujetos a los vaivenes de la política y a principios como el así llamado “to the victor go the spoils”, o sea, que la fuerza política vencedera tiene derecho a disponer a su antojo de las estructuras públicas para colocar ahí a los amigos, a los simpatizantes, como si de un botín de guerra se tratara. Si esto es importante para toda administración pública que quiera ser eficiente, y que no se renueve el personal tan frecuentemente como haya elecciones, aún más importante es en el caso del personal de una Fiscalía: ministerios públicos, investigadores, peritos, policías, etcétera.<sup>115</sup> Sin una adecuada estructura institucional, meritocrática en serio y que tutele a estos servidores públicos, tal como lo establece la Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República en su capítulo X, intitulado precisamente “Del servicio profesional de carrera”, hablar de independencia y autonomía de la procuración de justicia no será otra cosa que una proclamación emotiva sin efectos concretos en la práctica.

Y si lo anterior tiene sentido, en la esfera de la administración de la justicia, para la procuración de ella, tiene sentido en igual medida o mayor medida, para los órganos encargados de impartirla, es decir, de tomar las decisiones que se convierten en cosa juzgada, y que en el caso del derecho penal disponen de la libertad de las personas: o sea, jueces y magistrados. Hablar de los principios de independencia y

---

<sup>115</sup> Hay que subrayar que en nuestro país existe desde 2003 la Ley del Servicio Profesional de Carrera en la Administración Pública Federal; pero se debe también subrayar que el tránsito de la norma a la realidad no ha sido fácil, y que hay mucho que hacer a nivel también local. Al respecto *cf.* Sánchez I, L. A., “Análisis del servicio profesional de carrera: la necesidad del cambio”, *Encrucijada*, 2017, 27, pp. 19-39. Además, Martínez Puon, R., “El servicio profesional de carrera en las entidades federativas de la República mexicana”, *Buen Gobierno*, 2004, 1, pp. 189-220.

autonomía con relación a la impartición de justicia, es decir, de una actividad institucional a través de la cual los jueces y los magistrados tomen sus decisiones sin temor de nadie y sin esperar recibir nada de nadie, es, obviamente, una cuestión de una importancia central en un Estado constitucional de derecho. Un juez que no decide de manera independiente, en términos generales, pero en modo especial en el derecho penal, no realiza una función acorde con los dictados de una democracia madura; recordemos, en este orden de ideas, que en el ámbito del derecho penal se incluye la tutela de los bienes públicos más preciosos, y entre ellos, por supuesto, los recursos materiales que genera la colectividad mediante su trabajo son de los más relevantes, pues con ellos se construyen los servicios que los ciudadanos necesitan: desde los más importantes, como la educación y la salud, hasta aquellos que parecen, pero no lo son, bagatelas, como la iluminación en las calles y su mantenimiento, la vigilancia, los servicios de agua y alcantarillado, etcétera. Cuando de estos recursos públicos se dispone, y no es poco frecuente que suceda, como si fueran recursos personales, no sólo, obviamente, se cometen actos ilícitos, sino que se priva a la colectividad de la posibilidad de utilizar un servicio al que tiene derecho en cuanto contribuyente al funcionamiento del Estado. Cuando un juez no tiene la suficiente independencia como para condenar, sobre todo a los así llamados “servidores públicos” —quienes por la función que desempeñan tienen mayores posibilidades que los ciudadanos de caer en la tentación de usar su posición institucional para obtener beneficios ilícitos—, cuando, y si el MP le presenta pruebas fehacientes de la comisión de un acto ilícito, por supuesto, mediante un proceso respetuoso de los derechos del imputado, estamos frente a un serio problema. Se trata, entonces, de establecer los mecanismos insti-

tucionales que garanticen en la mayor medida posible condiciones en las que, en serio, jueces y magistrados, de cualquier nivel, sean independientes; y de esa manera contribuir, con esa importante función institucional, al respeto de las reglas que mantienen en pie una comunidad política.

### *3. Dilucidando el concepto de independencia*

El concepto de independencia con relación a los miembros de los órganos de la procuración y la impartición de justicia es un concepto con un área de significado impreciso, vago e ambiguo. En efecto, independencia sí, pero ¿con respecto a quién? Y, además, ¿independencia absoluta o limitada? Veamos la primera pregunta. Es claro que en un primer sentido la independencia concierne un sentimiento personal, una independencia hacia adentro, interior, como alguien la ha llamado. Una independencia que supone el tomar decisiones sin dejarse influenciar por factores relacionados con la persona misma que decide su visión del mundo, su universo de valores, sus creencias religiosas; en suma, decidir de manera independiente en este sentido quiere decir no tomar en consideración esos factores, dejarlos fuera del conjunto de razones que orientan la decisión. Jueces y magistrados, como todo individuo, tienen sus propias pulsiones, sus propias emociones, sus propias antipatías y simpatías, sus propias ideas religiosas, políticas y éticas; hacer a menos de estos factores significa, precisamente, ser independientes en este sentido. Naturalmente, es evidente que el ejercicio de este tipo de independencia es extremadamente arduo, dada la dificultad, que todos tenemos, para no permitir que convicciones personales como las señaladas ocupen un lugar preponderante en nuestras relaciones con los demás. No es arriesgado observar que tales sentimientos, que las personas

van conformando a lo largo de su existencia, pueden contribuir a generar prejuicios en las relaciones interpersonales, entendida esta palabra precisamente como un juicio a priori, un juicio previo, que en determinadas circunstancias, si no estamos conscientes de ello, puede conducirnos a tomar decisiones de manera no racional. Otro significado de “independencia” concierne una esfera externa, ya no interna (o hacia adentro), o sea, el hecho de no decidir con base en factores presentes fuera del sujeto que decide. Aquí es necesario distinguir entre una independencia que podríamos llamar “institucional”, y otra que a falta de un buen nombre podríamos llamar simplemente “no institucional”. Un juez es independiente en un sentido externo e institucional cuando su función no depende de indicaciones perentorias que deriven de un sujeto que posee facultades para decirle cómo debe decidir. Una estructura organizativa de tipo vertical, en la cual quien ocupa una posición jerárquica superior tiene el poder de indicarle al juez, directa o indirectamente, el sentido de una decisión, no es una estructura idónea, adecuada, para un Estado constitucional de derecho, pues convierte al juez en un subordinado cualquiera, en un empleado cualquiera que recibe órdenes de un patrón. Al contrario, una estructura que ponga al juez en la condición de no recibir indicaciones por parte de la estructura jerárquica<sup>116</sup> es una estructura que facilita, aunque no determina necesariamente, la independencia en los procesos decisionales.<sup>117</sup> Ciertamente es que en Méxi-

---

<sup>116</sup> Una estructura jerárquica, que quede claro, probablemente es siempre necesaria en una institución pública; es, de alguna manera, una consecuencia obligada de la organización del trabajo. Pero de ahí, a que el jefe se convierta en una especie de sultán, porque su posición le confiere poder inclusive para, en modo claro o en modo solo sugerido, guiar las decisiones de sus subordinados a una importante distancia que se debe mantener.

<sup>117</sup> Dicho sea de paso, esta declinación del concepto de independencia también es pertinente para el MP.

co se han puesto en marcha importantes transformaciones en el ámbito de la impartición de justicia en este sentido de la independencia (externa e institucional); con las reformas de 1994 y 1995 se dieron consistentes pasos hacia adelante para una impartición de justicia, con la creación del Instituto de la Judicatura Federal, órgano destinado

a aplicar las políticas, normas y lineamientos orientados a regular la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Electoral, coadyuvando a la impartición de justicia ejercida a través de los juzgados de Distrito, tribunales Colegiados de Circuito y tribunales Unitarios de Circuito.<sup>118</sup>

Además de la atribución de estas funciones, que la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación atribuye al Instituto, en el mismo artículo también se dice, solemnemente, que “el Consejo de la Judicatura Federal velará, en todo momento, por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por la independencia e imparcialidad de los miembros de este último”. De modo que bien podríamos llegar a la (noble) conclusión de que los órganos encargados de la impartición de justicia gozan de una amplia independencia en este sentido, o sea, externa e institucional. ¿Las cosas están de esa manera? Hay dudas, probablemente justificadas, acerca de ello, ya que a la opinión pública llegan con frecuencia noticias escandalosas acerca de (presuntos o verdaderos) actos de nepotismo al interior de las estructuras judiciales federales, que no dejan de ser preocupantes, en orden, precisamente, a este tipo de independencia, precisa-

---

<sup>118</sup> Lo dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su artículo 68, con otras palabras.

mente por las modalidades mediante las cuales se forman y funcionan tales estructuras.

El hecho de que los jueces sean independientes en este sentido (institucional y externo) depende, como ya se ha observado, en buena parte de los arquitectura constitucional que se instaure en orden al subsistema de impartición de justicia, en orden a la colocación del Poder Judicial en el marco de los poderes estatales, al nombramiento de los fiscales y de todo el personal que forma parte de él, del tipo de estructura de mando que se le atribuya, y hasta de cuestiones administrativas de lo más banal, como puede ser la modalidad de registrar las eventuales noticias de posibles actos delictivos y de su transmisión al personal interesado. Es una cuestión, es fácil notar, extremadamente compleja. No sólo porque existen muchos factores normativos que concurren para que el juez sea, o no, independiente en este sentido, sino también porque una influencia importante puede ser la actitud individual de las personas, su modo de comportarse dentro de una estructura compleja, su (eventual) comportamiento complaciente hacia los superiores jerárquicos, etcétera.

El otro aspecto de la independencia externa, el que hemos llamado “no institucional” concierne factores que están colocados fuera de la arquitectura constitucional del Poder Judicial. Me refiero a todas aquellas relaciones que tienen que ver con la sustancia de los casos objeto de una decisión jurisdiccional y con los sujetos involucrados. Ser independientes en este sentido significa decidir en condiciones de absoluta libertad, sin la intervención de nada que no sea la íntima convicción de seguir los dictados de la ley, sin que promesas o amenazas jueguen un papel en el proceso de toma de la decisión; sin que intervengan simpatías o antipatías, convicciones religiosas y/o morales, sentimientos subjetivos con relación a las personas. Es evidente que este tipo de



independencia tiene en común algunos elementos de la independencia interna, ya que, en efecto, en resumidas cuentas concierne la disposición de ánimo del juez para tomar (o no tomar) en cuenta factores externos, que puedan orientar su decisión; por ejemplo, promesas de favores o de dinero o de prestaciones de diverso tipo, o amenazas. Vienen a la mente, en este sentido, aquellas tipologías de delitos conectados, por ejemplo, con el medio ambiente, para los que el Código Penal Federal prevé sanciones muy severas tanto de reclusión como la puesta en acto de medidas para la reparación de los daños. Cuando, como en casos como éstos, pero que pueden ser muchos más, están en juego intereses económicos fuertes, no se puede excluir la posibilidad de que intervengan factores de intercambio que bien pueden minar la independencia de juicio de los órganos encargados de la impartición de justicia penal. Acerca de los principios de independencia y autonomía de los órganos encargados de la administración de la justicia penal, habría, sin duda, pues, mucho más que decir,<sup>119</sup> en virtud de su relevancia; pero en realidad, con lo apuntado es suficiente, en mi opinión, para que sea evidente como en el marco del nuevo modelo de justicia penal sea necesaria una seria y profunda reflexión acerca de las estructuras que rigen la administración de la justicia; dedicando mucha atención, lo que no es menos relevante, no solo a las estructuras normativas formales, que pueden ser, en teoría, óptimas, sino también, y sobre todo, a su concretización en la práctica.

#### 4. *Dworkin, Alexy y los principios*

La frecuencia con la que se ha usado la palabra “principio” (y/o “principios”) en este trabajo, es muy alta; se ha usado también, dando por sentado que comparta con ella su

---

<sup>119</sup> De hecho, lo hago en *Discrecionalidad judicial...*, *cit.*

sentido, su significado, la palabra “valor” (y/o “valores”). El área de significado al que se ha aludido en realidad no ha sido enunciada expresamente, dando por sentado también que de alguna manera existe un sentido compartido, una comprensión común, en suma, que todos, cuando usamos la palabra, hacemos referencia a la misma cosa. Y esa cosa común no sería más que, precisamente, aquello que, en el caso específico que nos ocupa aquí, está detrás del derecho penal, de sus procedimientos, de su forma de ser, y no del derecho penal en general, sino del derecho como emerge a partir de las reformas de 2008, es decir, un derecho penal que sobre todo, pero no solamente, en su parte procesal asume la forma del proceso acusatorio. En otras palabras, con el término “principio” nos hemos referido, un tanto vagamente, a las posibles respuestas con relación a los siguientes interrogantes: ¿por qué, cómo y cuándo prohibir? ¿Por qué, cómo y cuándo juzgar? ¿Por qué, cómo y cuándo castigar? Se trata, es claro, de individualizar las razones de tres órdenes de cuestiones que en un Estado democrático y constitucional de derecho justifican: a) la caracterización de determinados comportamientos como actos delectivos, el modo en el que se les define como tales comportamientos; b) los motivos para procesar a alguien, la manera de hacerlo y cuándo hacerlo; c) la pena que se le inflige al responsable, las modalidades con las que se le inflige y el espacio temporal de la sanción. Son las preguntas clave del derecho penal bajo cualquier modelo (inquisitivo o acusatorio que sea) a las que se debe dar una respuesta, que, en cuanto tal, no puede eludir de ninguna manera un horizonte de valor, un horizonte axiológico. A ellas, es bien sabido, ha dado un grande espacio en su tarea intelectual Luigi Ferrajoli,<sup>120</sup> mediante un recorrido crítico

---

<sup>120</sup> Detalladas observaciones al respecto se pueden ver en *Derecho y razón...*, *cit.*

muy detallado y analítico que aquí sería arduo reproducir aunque fuera a grandes rasgos.

Si es cierto que existe un área de significado de la palabra “principio” que de manera intuitiva todas las personas parecen tener en común, es verdad también, al menos ésta es mi convicción personal, que es necesario ir más allá de esa intuición para tratar de indicar con mayor precisión esa área de significado, sus límites, su extensión, en una conexión ideal con las interrogantes apenas señaladas. No creo que sea arriesgado afirmar que la palabra “principio” entró de lleno en el léxico jurídico-político cuando Ronald Dworkin, en polémica con su predecesor en la cátedra de *Jurisprudence* en Oxford —Herbert L. A. Hart—, sostuvo que la operación conceptual de éste para dar cuenta del derecho no cubría por entero el universo de las normas jurídicas. Para Hart, es bien sabido, y ofrezco disculpas porque simplifiqué aquí sus tesis de manera burda, el derecho es un conjunto de normas (*rules*) primarias, que contienen indicaciones sobre cómo comportarse, y normas secundarias, que tienen como objeto aquellas y que, sustancialmente, se dividen en normas de reconocimiento (*Recognition*), de mutación (*Change*), y de adjudicación (*Adjudication*).<sup>121</sup> Esta tipología, para Dworkin,<sup>122</sup> no incluye, deja fuera del universo de la juridicidad, elementos que habitualmente son utilizados como estándares (o propuestos como tales) por los abogados y los juristas en sus tareas cotidianas: los principios. La observación de Dworkin, naturalmente, es más que eso: es una seve-

---

<sup>121</sup> *The Concept of Law* (1961, 2a. ed., 1994, cap. III). Hay traducción castellana de la primera edición, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, a cargo de G. R. Carrió.

<sup>122</sup> Dworkin, R., “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 14-46. Trabajo después incorporado en *Taking Rights Seriously* (Harvard. P., Cambridge), 1977. La versión castellana *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, proviene de la edición de 1978.

ra crítica contra el iuspositivismo, identificado sin más con el pensamiento de Hart. En efecto, para éste, las normas de reconocimiento consisten, resumiendo, en disposiciones que establecen quiénes son los órganos legitimados para crear normas (primarias) y cuáles las modalidades para hacerlo; de tal forma que las normas son, para decirlo con las palabras del mismo Hart, un producto de la voluntad humana, colocándose así dentro de una forma de pensamiento, el iuspositivismo, para el cual el derecho es el derecho positivo, el derecho puesto, el derecho creado mediante actos volitivos de los hombres mismos dotados de autoridad. Para Dworkin, pero será claro más adelante, el problema es que las normas (*rules*) de reconocimiento no logran dar cuenta de (es decir, no explican el carácter jurídico) los principios. La crítica de Dworkin a Hart, aquí resumida en sus términos mínimos y más relevantes, ha dado lugar a una extensa literatura, que por su amplitud y por sus características no es el caso de examinar aquí.<sup>123</sup> Lo que sí interesa en esta sede es analizar las bases de la tesis dworkiniana acerca de los principios, el argumento central de este volumen. Hagámoslo, examinado detalladamente uno de los casos, reales, que Dworkin asume como punto de partida para la formulación de sus ideas: el famoso caso *Riggs v Palmer*.

En 1880, Francis B. Palmer había dictado su testamento, indicando como su heredero principal a su nieto Elmer E. Palmer, asignando también dos pequeños legados a sus hijas, la señora Riggs y la señora Preston.<sup>124</sup> Elmer E. Palmer, ha-

---

<sup>123</sup> Solamente, como ejemplos, Jiménez Cano, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008. En inglés véase Shapiro, S. J., “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, SSRN, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=968657> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.968657>.

<sup>124</sup> Los apellidos, obviamente, son los de los esposos. La traducción al castellano de la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Nueva York (8 de

biendo tenido noticias de la probabilidad de que su abuelo decidiera modificar el testamento, y con la obvia intención de heredar, decidió envenenarlo, por lo que fue juzgado culpable de homicidio de segundo grado y condenado por ello a la prisión en un reformatorio. Ello no le impidió reclamar la herencia de su abuelo, decisión que generó la reacción de sus tías, las señoras Riggs y Preston, quienes sostuvieron, ante el tribunal civil, que Elmer no podía ser beneficiario del testamento de su víctima. Elmer E. Palmer, por su cuenta, arguyó no sólo que el testamento se hizo en la forma debida, y que por ello su validez jurídica no estaba en discusión, sino que, además, el testador había muerto, por lo que tal documento debía tener efecto según la aplicación literal del derecho. El caso llegó finalmente al Tribunal de Apelaciones del estado de Nueva York, en el cual se decidió, por mayoría de votos, en favor de las demandantes.

El voto mayoritario, expuesto por el juez Earl, se articula de la siguiente manera:<sup>125</sup> a) sin duda alguna, con base en una interpretación literal, las leyes testamentarias del estado de Nueva York le atribuyen a Elmer Palmer la posición de heredero principal. Es así porque la intención de los legisladores al respecto era que los beneficiarios de los testamentos obtuvieran la propiedad que se les otorgaba; b) a pesar de ello, en la intención del legislador no hay nada que indique que el heredero que eventualmente asesinara al testador debiera recibir de cualquier modo lo que en el testamento se le atribuye; c) así las cosas, la interpretación literal del acto legislativo, en virtud de que los redactores de las leyes no

---

octubre de 1889), realizada por Jiménez Cano, R. M. *et al.*, se puede ver en la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (2007/2008, 11, pp. 349-362).

<sup>125</sup> Con alguna diferencia para la reconstrucción de las posturas de la mayoría y de la minoría, sigo a Farrell, M. D., “Positivismo jurídico: dejen que herede Palmer”, *Lecciones y Ensayos*, 2014, 93, pp. 63-84.

siempre expresan su intención de manera clara, está limitada por la interpretación racional de los jueces, quienes así pueden tomar menos del significado literal o bien ampliarlo para llegar allá donde el legislador no pudo llegar, haciendo así uso de una interpretación equitativa; *d*) de consecuencia, para el caso en cuestión es válido el principio según el cual nadie puede recibir provecho de su proceder fraudulento, o adquirir una propiedad como resultado de un acto ilícito cometido por él mismo; tal principio está incorporado en toda legislación que sigue el derecho civil, que se ha desarrollado a partir de principios generales de derecho natural y de justicia. El juez Earl examinó, además, en realidad sin entrar en muchos detalles, dos argumentos esgrimidos por el juez Gray en su voto minoritario. Para éste, en efecto, dar razón a las demandantes significaba castigar a Elmer E. Palmer por un delito diferente al que estaba previsto en la ley, pues se le privaba de una propiedad. A lo que el juez Earl responde simplemente afirmando que dar razón a las demandantes no significa privarlo de una propiedad, sino no permitirle adquirirla como consecuencia de su delito. El otro argumento del juez Gray se refiere a un caso anterior, en el cual se decidió que a una mujer, cómplice en el asesinato de su esposo, no se le privaba por ello de su derecho a obtener la dote. Para el juez Earl, de nueva cuenta de manera cuanto menos expedita, tal solución le parece incorrecta.

Los argumentos de la mayoría del tribunal de apelaciones es evidente, tomando como base una interpretación de la ley en un sentido no literal, sino racional, a partir de principios de derecho natural y de justicia, que podemos reconducir al principio de equidad, los llevan a decidir en favor de las demandantes y contra Elmer E. Palmer. La interpretación racional les permite o limitar o ampliar el significado literal de la ley de manera tal de reconstruir la intención del

legislador, que para ellos consiste precisamente en la convicción de que un individuo no puede obtener legítimamente un beneficio como resultado de un acto criminal cometido por él mismo. Se trata de un principio reconstruido a partir de la interpretación racional, y no de un principio expreso de manera clara en la ley; un principio que, según Dworkin, no puede ser identificado, como las normas (*rules*), por la norma secundaria de reconocimiento, y que, sin embargo, funciona como criterio determinante para encontrar la respuesta para el caso. Es interesante, para valorar con mayor profundidad la idea dworkiniana de los principios, examinar los argumentos del juez Gray en su voto minoritario.

El juez Gray afirma lo siguiente:

a) Si yo creyera que la decisión de la cuestión podría ser afectada por consideraciones de naturaleza equitativa no debería dudar en asentir la perspectiva que nos compromete con la conciencia. Pero la cuestión no surge del dominio de la conciencia. Estamos vinculados por rígidas reglas de derecho, las cuales han sido establecidas por el legislador, y es dentro de estos límites donde está confinada la determinación de esta cuestión.<sup>126</sup>

b) La pregunta con la que estamos tratando no es otra que la de si una disposición testamentaria puede ser alterada o un testamento ser revocado, después de la muerte del testador, a través de una apelación a los tribunales, cuando el legislador ha prescrito exactamente, por medio de sus promulgaciones, cuándo y cómo los testamentos serán preparados, alterados y revocados.<sup>127</sup>

c) Cuando los testamentos han sido realizados cumpliendo totalmente con los requisitos establecidos por la ley, no

---

<sup>126</sup> Página 371 de la traducción castellana, *cit.*

<sup>127</sup> *Idem.*

hay espacio para que en los tribunales se haga uso de una jurisdicción equitativa sobre tales cuestiones, por la simple razón de que la ciencia jurídica, reconociendo a las personas, con mayores o menores restricciones, el derecho a disponer de sus bienes después de su muerte, sujeta tal derecho a la actividad legislativa en su alcance y en su modo de ejercicio.

d) Es verdad que algunas leyes contienen previsiones, que pueden estar basadas en principios de equidad y de justicia natural, que permiten anular testamentos en el caso de que benefician a quienes no lo merecen, pero tales principios sugieren razones solamente para dictar nuevas leyes.

Y añade que

si las leyes vigentes, como sucede en el Estado de Nueva York, establecen formas precisas mediante las cuales un testamento puede ser revocado o alterado, eso implica prohibir cualquier otro tipo de alteración o revocación; e) el argumento de que el abuelo de Elmer E. Palmer, de haber sabido de las intenciones homicidas de éste habría modificado su testamento no es concluyente, pues... la revocación es un acto de la mente, el cual debe ser demostrado por algún signo externo y visible de revocación.

De modo que si la ley establece que si “el testador permite que el testamento esté vigente hasta su muerte, ésta es su voluntad; si no lo permite, no es su voluntad”.<sup>128</sup>

f) “existen precedentes en los cuales se decidió que un testamento que el testador había intentado destruir, y que se le había impedido —ya sea con la fuerza que con artimañas de vario tipo— hacerlo mantenía su validez a pesar de todo”.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 372 y 373.



g) dar razón a las demandantes significaría que el Tribunal estaría atribuyendo el patrimonio del testador a manos de personas a quienes, posiblemente, como todos sabemos, el testador podría no haber escogido o deseado como destinatarios. En términos prácticos, se le ha pedido al Tribunal hacer otro testamento en nombre del testador. Las leyes no garantizan esta acción judicial y la mera presunción no sería suficiente para sostenerla.<sup>129</sup>

h) dar la razón a las apelantes implicaría la imposición de un castigo o pena adicional sobre el demandado. ¿Qué poder o fundamento tienen los tribunales de añadir castigos a los demandados al privarlos de la propiedad? El derecho lo ha castigado por su crimen y no podríamos decir que fue un castigo insuficiente.<sup>130</sup>

Los argumentos del juez Gray, la única opinión que disiente de las tesis presentadas por el juez Earl (aquellas que expresan el sentir mayoritario), es interesante, por varios aspectos, que, como evidencia Farrel,<sup>131</sup> no fueron examinados en su momento.<sup>132</sup> El aspecto quizá más interesante es que, en efecto, la tesis de Dworkin acerca de los principios se fundó exclusivamente en el examen de los argumentos mayoritarios, dejando de lado la argumentación contraria, para llegar así a establecer, no muy veladamente, que la decisión mayoritaria constituía la respuesta única, la respuesta correcta para el caso. De esta manera, sobre todo, su crítica al iuspositivismo hartiano estaba cumplida a partir de la distinción reglas-principios y la tesis de que cuando aquéllas no eran suficientes, entonces se recurría

---

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>130</sup> *Idem*.

<sup>131</sup> Farrel, M. D., "Positivism jurídico...", *cit.*, p. 75.

<sup>132</sup> En realidad, tampoco con posterioridad se les ha hecho objeto de un examen cuidadoso.

a estos últimos,<sup>133</sup> que, por otra parte, no eran susceptibles de ser identificados mediante la norma de reconocimiento, sino sólo haciendo en uso instrumentos de naturaleza racional (léase: morales). Con lo que, como ya se ha dicho, era evidente la intención de Dworkin de minar la columna portante del iuspositivismo, es decir, la idea de que no existe una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Es sorprendente que el destinatario directo de estas severas críticas, el mismo Hart, antes de fallecer, no haya dado, ésta es una opinión bastante difundida, una respuesta articulada. Es la tesis, por ejemplo, de Farrell, para quien Hart, o también Carrió<sup>134</sup> —uno de los pioneros en lengua castellana en el examen del pensamiento de Dworkin—, trataron de dar una respuesta a éste sin percatarse de que sus opiniones, a pesar de lo que el mismo Dworkin declara, van más allá del iuspositivismo, pero sin constituir una tercera vía entre esta teoría y el iusnaturalismo. Con las palabras de Farrell, “en lugar de identificar a Dworkin con el iusnaturalismo, y rechazar su postura, se esforzaron [Hart y Carrió] por acercar la posición de Hart a la de Dworkin”.<sup>135</sup> En otras palabras, para Farrell, y se trata de una opinión que en una cierta medida se aleja de los cánones generalmente aceptados al respecto, en lugar de rechazar como no positivista la postura de Dworkin,<sup>136</sup> a partir del examen de una posible respuesta diversa<sup>137</sup> en el caso *Riggs v. Palmer*,

---

<sup>133</sup> Hay que decir, sin embargo, que en obras sucesivas (por ejemplo, *Law's Empire*, The Belknap Press of H. U. P., Cambridge, 1986). Dworkin, de alguna manera va usando argumentos más sutiles y refinados, pero que a pesar de todo se fundan en la distinción de reglas-principios.

<sup>134</sup> Carrió, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.

<sup>135</sup> Farrell, M. D., *op. cit.*, p. 70.

<sup>136</sup> Y, sinceramente creo que hay excelentes razones para hacerlo.

<sup>137</sup> Diversa, es obvio, de la que Dworkin analiza.

lo que se ha tratado de hacer, comenzando por el mismo Hart, ha sido el vano tentativo de hacer compatibles dos formas de pensamiento —iuspositivista uno, iusnaturalista el otro— sustancialmente incompatibles.<sup>138</sup> Entrar en el detalle de aspectos como el anterior, por cuanto ciertamente interesante, me alejaría de la temática central de este trabajo. Más interesante para los fines que persigo, por supuesto, es resumir la posición de Dworkin. Para él, las reglas y los principios son dos tipos de normas jurídicas diferentes, y su diferencia no es de grado, sino lógica: las reglas son estándares aplicables mediante una modalidad de todo o nada, mediante una disyuntiva: “...si los hechos que estipula la regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es y entonces no aporta nada a la decisión”.<sup>139</sup> En otros términos, las reglas se aplican, como se dice hoy en día, a través de la subsunción: si en la previsión abstracta de la norma se establece que un comportamiento es obligatorio y alguien hace lo que no tiene que hacer, a él se le considera responsable; y en consecuencia, estamos hablando de una norma que es una regla. Los principios, por otra parte, funcionan de manera diferente, puesto que tienen una dimensión que está ausente en las normas: la dimensión de su peso, de su importancia. De modo tal que cuando sucede, como sucede con frecuencia, que un principio entre en conflicto con otro, quien tiene que decidir a favor de uno de

---

<sup>138</sup> En efecto, en el *Postscript* es posible identificar más de un paso en el que Hart se expresa en estos términos, es decir, afirmando sobre algunos aspectos la compatibilidad del pensamiento de Dworkin con el suyo. *Cfr. Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 1994; Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph (eds.). Hay edición castellana a cargo de Tamayo y Salmorán, Rolando, *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 52.

<sup>139</sup> *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 75.

ellos lo hace considerando su peso relativo. Lo que sucede en *Riggs v. Palmer*, se podría decir, es exactamente eso: un conflicto entre el principio de que los jueces no pueden ampliar o limitar el sentido del derecho positivo, creado por el legislador, y el principio de que nadie puede beneficiarse en virtud de haber cometido un acto ilícito. Es así, por supuesto, porque las reglas nada dicen, en el caso concreto, acerca de lo que se debe hacer con la reivindicación de Elmer E. Palmer de recibir la herencia habiendo asesinado al testador.

La tesis dworkiniana acerca de la distinta naturaleza, sustantiva y no meramente de grado, de las reglas y los principios, ha dado lugar, como ya se ha dicho, a un debate intenso, que ha tenido su núcleo fundamental en la literatura anglosajona, y que se ha articulado en diferentes tomas de posición con relación al derecho. Por otra parte, y es este el aspecto que personalmente considero de mayor interés,<sup>140</sup> la

---

<sup>140</sup> En efecto, creo que si muchos de quienes han dado vida al debate que ha generado posturas como el pospositivismo, el positivismo incluyente, el positivismo excluyente, y demás, hubieran leído con atención las tesis de Uberto Scarpelli expuestas en su fundamental obra intitulada *Cos'è il positivismo giuridico* (Milán, Edizioni di Comunità, 1965; reeditado en 1997 a cargo de A. Catania y M. Jori, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles (edición de la cual proviene la versión castellana *¿Qué es positivismo jurídico?*, Puebla, Cajica, 2001), probablemente le habrían dado una dimensión más modesta a las tesis de Dworkin. Sobre el pensamiento de Scarpelli es fundamental *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, Barcelona, Marcial Pons, 2013 de Félix F. Morales Luna. Sobre la opinión que expreso en esta nota, véase también lo que dice Mario Jori en el prólogo al libro apenas citado, especialmente pp. 13 y 14. En la p. 14 dice Jori: “[...] si Hart y los hartianos hubiesen dedicado un poco más de atención al camino recorrido por Scarpelli, habrían podido formular sus propias posiciones y premisas generales de un modo menos elegantemente oxoniense pero filosóficamente más explícito, habrían podido relacionar de un modo menos elegante pero más claro los problemas filosóficos generales con los filosófico-jurídicos; en otras palabras, si hubiesen hecho más como Scarpelli, quizás incluso el ataque dworkiniano habría debido hacer lo mismo y la discusión sería

distinción ha dado lugar también a una discusión muy amplia, ésta si en la literatura no exclusivamente anglosajona, acerca del papel de los principios en la resolución de los casos en los que los jueces son llamados a tomar una decisión. Ha sido probablemente Robert Alexy quien con más ahínco ha desarrollado, llevándola hasta sus consecuencias más extremas, la tesis dworkiniana acerca de la diferente naturaleza de reglas y principios y sus repercusiones en los fallos judiciales. Para Alexy, en efecto, los principios son una clase de normas que expresan mandatos de optimización, es decir, disposiciones que aseveran que “algo sea realizado en la mayor medida posible sobre la base de las circunstancias de hecho y de derecho”;<sup>141</sup> mientras que, por otra parte, las reglas son normas que requieren algo perentoriamente, son órdenes definitivas.<sup>142</sup> Las reglas, así, funcionan para su aplicación

---

más clara y menos frustrante”. Véase también la entrevista de F. M. Mora Sifuentes a J. A. García Amado, en la cual éste afirma, de alguna manera, constatando la idea de la excesiva atención a las tesis de Dworkin: “Estoy convencido de que si Dworkin, por ejemplo, hubiese escrito lo mismo que escribió, pero hubiese sido boliviano que enseñaba en La Paz o peruano con docencia en una universidad de Lima o español de la Universidad de León, nadie le habría hecho caso, o poquísimo. Y que si muchos de los que cultivamos la teoría del Derecho en La Paz, Lima, Bogotá, Buenos Aires, Montevideo..., o León, tuviéramos nuestras cátedras en Nueva York y Oxford, no gozaríamos de menos fama que Dworkin”. *Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios. Entrevista a Juan Antonio García Amado*, disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/308795879\\_Contra\\_el\\_neoconstitucionalismo\\_y\\_otros\\_demonios\\_Entrevista\\_a\\_Juan\\_Antonio\\_Garcia\\_Amado](https://www.researchgate.net/publication/308795879_Contra_el_neoconstitucionalismo_y_otros_demonios_Entrevista_a_Juan_Antonio_Garcia_Amado) [acceso: Oct 12, 2016].

<sup>141</sup> Alexy, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, M. y García Jaramillo, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 110-118.

<sup>142</sup> Alexy, R., “Constitutional Rights, Democracy and Representation”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2015, 1, pp. 23-36; “Rules are norms that require something definitively. They are *definitive commands*”. Del mismo Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de E. Garzón Valdés, orig. *Theorie der Grundrechte*, 1986), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales

práctica mediante la simple subsunción: si el hecho empírico en cuestión está comprendido en la previsión abstracta de la regla, se le reconduce a su área de significado (se le subsume, en pocas palabras), y se hacen derivar de ahí las consecuencias previstas. Por el contrario, si no está comprendido en tal previsión, simplemente no se le subsume, y el problema termina ahí: se trata, en pocas palabras, de un esquema de todo o nada. Los principios, por otra parte, consisten en disposiciones jurídicas que no prescriben de manera perentoria nada, no contienen ni una obligación ni un deber específicos, ya que son, en efecto, mandatos de optimización, o, lo que es lo mismo, una disposición que reza más o menos así: hágase lo siguiente (o no se haga lo siguiente) si se presentan las circunstancias fácticas y normativas oportunas. Las reglas, utilizando otra forma expresiva, constituyen de modo inmediato razones para la acción de los jueces, mientras que los principios no: constituyen razones para la acción mediadas por la ponderación y el balanceo entre ellos.

En una reconstrucción que Alexy hace del pensamiento de Dworkin, afirma que según éste, para los iuspositivistas

...si un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no puede tampoco ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica, entonces por definición el juez no está vinculado por el sistema jurídico. Debe decidir por medio de fundamentos extrajurídicos. Su situación se asemeja en todo a la del legislador.<sup>143</sup>

---

les, 1993. Véase también Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 1988, 5. Además, Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “Sobre principios y reglas”, *Doxa*, 1991, 10, pp. 101-120.

<sup>143</sup> Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 1988, 5, pp. 139-151.

Prescindiendo por ahora de la solidez de la conexión de esta tesis con el iuspositivismo, en general y en particular con el iuspositivismo hartiano, es evidente que el panorama ilustrado por Alexy constituye el punto de partida para la formulación de la idea de una respuesta correcta, compartida tanto por él como, por supuesto, por Dworkin.<sup>144</sup> El recurso a fundamentos extrajurídicos se debe a que el iuspositivismo, según la reconstrucción de Dworkin reportada por Alexy, es

un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia. Un tal sistema jurídico es siempre, por diversos motivos, un sistema abierto; sobre todo, por causa de la vaguedad del lenguaje del Derecho, la posibilidad de conflictos entre normas y la existencia de casos no regulados.<sup>145</sup>

Pero si la teoría iuspositivista, de lo que se ha apenas visto, de esta manera abre las puertas a una visión de la interpretación del derecho en la que no son distinguibles los jueces de los legisladores, pues ambos crean derecho, la distinción entre reglas y principios les permite —a Dworkin como a Alexy— reformular la cuestión de tal modo que se evite el uso de cualquier forma de discrecionalidad, llegando así a la idea de la respuesta correcta, a la respuesta racional. Cuando las reglas no conduzcan el juez a la resolución unívoca de un caso, como en *Riggs v. Palmer*, son los principios, que se podrían considerar el elemento central de un sistema jurídico, los que entran en juego. Mediante una interpretación racional fundada en la Constitución, en las normas y en los precedentes judiciales, y quizá también en la historia de la cultura

---

<sup>144</sup> Acerca del valor de la tesis de la respuesta correcta, como prescriptiva o como descriptiva, regresaré más adelante.

<sup>145</sup> Alexy, R., *op. cit.*, p. 139.

jurídica y en la tradición, el juez reconstruye los principios y los valora, los pondera y los balancea de modo tal que su uso le lleve, precisamente, a la respuesta correcta. Veamos el camino que recorre Alexy para desembocar en esta tesis.

Alexy, en primer lugar, afirma que hay dos maneras de entender las diferencias entre reglas y principios. Una forma débil, según la cual la diversidad estriba solamente en un diferente grado de generalidad, más reducido para el caso de las primeras y más amplio en el caso de los segundos. Y una forma fuerte, asumida por quienes sostienen que el carácter general o menos general no es decisivo para establecer la diferencia entre reglas y principios, dado que ésta es cualitativa, sustantiva y no meramente de grado.<sup>146</sup> Alexy, es del todo obvio, ve con mayor favor la forma fuerte de la distinción, y proporciona argumentos para fundarla. Él examina, antes que nada, la tesis de Dworkin, y como punto de partida la encuentra aceptable. Recordemos que para este autor, la distinción reglas-principios nace de dos factores. Según el primer factor, las reglas son aplicables mediante la fórmula del todo-o-nada (*all-or-nothing-fashion*), mientras que los principios no conducen necesariamente a una decisión. Si nos encontramos frente al supuesto de hecho previsto en una regla, hay sólo dos posibilidades: si la regla es válida, se aplican las consecuencias jurídicas previstas, o bien, si no lo es, significa que ella no juega ningún papel. Si nos encontramos, al contrario, frente a un principio, éste nos proporciona solamente razones, indicativas, pero no concluyentes, para decisiones

---

<sup>146</sup> Alexy, R., *op. cit.*, pp. 140 y 141. En *Teoría de los derechos...*, *cit.*, p. 85. Alexy habla de tres criterios para tratar de distinguir reglas y principios; entre ellos enuncia los que aquí he llamado formas débil y fuerte, pero también habla de otro criterio, según el cual todo intento de distinguir ambos tipos de reglas se revela vano. Correctamente, en “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, abandona sin más este no criterio.



en un sentido u otro. El segundo factor decisivo para Alexy, por otra parte, es que en los principios existe una dimensión ausente en las reglas, y que visualizamos cuando existe más de un principio para resolver un caso: es la dimensión de peso (*dimension of weight*), que emerge cuando se dan colisiones entre los principios. Cuando eso ocurre, se atribuye un mayor valor para decidir a uno de ellos en razón de su peso diferente (mayor) con relación a otros principios, sin que, sin embargo, los principios (o el principio) no utilizados pierdan su validez. La razón de ello es obvia: en otros casos podría haber razones para distribuir el peso de manera diferente. Al contrario, cuando en lugar de un conflicto entre principios estamos frente a una colisión entre reglas, una de ellas pierde su validez en el proceso que lleva a la solución del caso.

De acuerdo con Alexy, de lo anterior sigue la necesidad de afirmar que la diferencia entre reglas y principios estriba en el principio *prima facie* que caracteriza unas y otros, o sea, su significado a primera vista, de entrada, podríamos decir. Así, para Dworkin, según Alexy todos los principios “contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia una determinada decisión”, mientras que todas las reglas se aplican según la idea del todo o nada.<sup>147</sup> Este modelo a Alexy le parece demasiado simplificado, principalmente porque cabe siempre la posibilidad de que en el caso de las reglas se introduzcan cláusulas de excepción, que, en consecuencia, podría hacer venir a menos su carácter *prima facie* de todo o nada.<sup>148</sup> Alexy hace notar, de pasada, el hecho de que Dworkin considera las cláusulas de excepción en modo por demás superficial, cuando sostiene que

---

<sup>147</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, cit., p. 99. Del pensamiento de Dworkin Alexy se basa en *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 24-26.

<sup>148</sup> Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 99 y 100.

La introducción de una cláusula de excepción puede llevarse a cabo sobre la base de un principio. En contra de lo que dice Dworkin, las cláusulas de excepción introducibles en las reglas sobre la base de principios no son ni siquiera teóricamente ennumerables. Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción.<sup>149</sup>

En suma, como se ha visto, Alexy trata de configurar un modelo de reglas y principios que tenga en consideración elementos distintivos que, en su parecer, para Dworkin no han sido merecedores de atención. Su finalidad, como ha sido reconocido por muchos estudiosos, de alguna manera es complementar las tesis de Dworkin acerca de la teoría de la respuesta correcta, pero sin expresarse en esos términos, por supuesto. Si para Dworkin existe una respuesta correcta aun para los casos difíciles, como *Riggs v. Palmer*, aunque las capacidades intelectivas humanas no se acerquen ni siquiera a las del juez Hércules (el único sujeto capaz de individualarla), para Alexy la distinción reglas-principios podría funcionar bajo la condición de que se le añada una adecuada teoría de la argumentación, a partir de la consideración del derecho como una práctica argumentativa perteneciente al más amplio dominio de la argumentación práctica.<sup>150</sup> Y con ello, como ya con Dworkin, de nuevo se ve en los principios un punto de partida para poner en duda la tesis iuspositivista de la distinción entre derecho y moral, puesto que, según Alexy —de lo que hemos visto— los principios no son solamente normas más vagas de lo habitual, sino factores desde los que

---

<sup>149</sup> *Idem.*

<sup>150</sup> Se trata de la bien conocida, y discutida, tesis alexyana del caso especial. Véase Alexy, R., “La tesis del caso especial”, *Isegoría*, 1999, 21, pp. 23-35. En extrema síntesis, la idea es que el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general.

se plantea una tarea constante de optimización de la experiencia jurídica: una tarea jurídica en cuanto a la forma, pero de carácter moral en cuanto a la sustancia. De tal modo que esta vinculación entre argumentación jurídica y argumentación moral impone el deber de examinar desde una perspectiva nueva las relaciones entre el derecho y la moral.

De los principios en un ordenamiento jurídico cabe hablar, dice Alexy, en dos sentidos. Si se pudieran conocer sin lugar a dudas todos los principios de un sistema, y de manera análoga se pudiera establecer en modo cierto el valor (o el peso) de cada uno de ellos, se estaría en condiciones de formular una lista jerárquica de ellos de manera tal que se conocerían sus relaciones recíprocas y su posible aplicación para cada caso. En tales condiciones, se podría pensar que la tesis de la respuesta correcta es plausible. Sin embargo, lo más que podemos pedirle a los principios dentro de un ordenamiento es que se nos presenten como un catálogo dispositivo, en el cual ellos no tienen un valor predeterminado ni están predeterminadas las relaciones entre ellos. El primer sentido es un sentido fuerte, cuyo corolario sería un orden estricto en cuanto a la jerarquización y el valor *a priori* de los principios, mientras que el segundo es un sentido débil, cuyo corolario, al que Alexy se adhiere, sería precisamente un orden débil.<sup>151</sup> Un orden débil que, a pesar de todo, para él no significa tener que renunciar al uso de los principios; simplemente se trata de reformular la estructuración de ellos, siempre en un orden débil, pero que esté formado por tres elementos: 1) un sistema de condiciones de prioridad, 2) un sistema de estructuras de ponderación y 3) un sistema de prioridades *prima facie*.<sup>152</sup> Con relación al punto 1), Alexy sostiene que

---

<sup>151</sup> Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos, razón práctica”, pp. 144 y 145.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 146.

si el posible conflicto entre principios en un caso concreto se resuelve mediante la ponderación, ello no significa que el valor atribuido al principio “vencedor” tenga consecuencias solamente para ese caso; al contrario, las condiciones de prioridad que resulten del caso pueden ser utilizadas para casos futuros. Alexy admite la posibilidad de que se presenten casos futuros con nuevas características, que pondrían en duda la atribución de un valor específico a los principios; pero ello no impide de cualquier modo que un sistema de condiciones de prioridad abra la puerta para un modelo argumentativo que sin él no sería posible. En consecuencia, a bien ver, tal sistema podría determinar condiciones de aplicabilidad de los principios no sólo para el caso específico, sino para otros que se pudieran presentar en el futuro. Por lo que respecta al punto 2), para Alexy éste consiste en una respuesta a la posible objeción al punto 1. En efecto, es plausible pensar que la formulación de un sistema de prioridades entre principios estaría formada por reglas, que a partir de los casos concretos atribuyeran un valor a los principios; y así, lo único que habría que hacer para decidir correctamente sería seguir el sentido de las reglas, sin necesidad de recurrir a los principios. Frente a tal objeción, Alexy aduce que siendo los principios mandatos de optimización que se pueden cumplir con base en la existencia de condiciones fácticas y jurídicas, el juicio acerca de la existencia o no de estas últimas depende de la ley de la ponderación, que puede ser formulada de esta manera: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.<sup>153</sup> Es bien sabido que la ley de la ponderación de Alexy no es otra cosa sino la reformulación sintética del tercer subprincipio del principio general

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 147.

del proporcionalidad, al cual pertenecen, precisamente, los subprincipios de idoneidad, de necesidad y, precisamente, de proporcionalidad, en sentido estricto (ponderación).<sup>154</sup> Finalmente, las prioridades *prima facie* indican, según Alexy, la idea de que en una colisión de principios es posible reconocer, de entrada, la superioridad de uno de los principios, sobre el cual, sin embargo, pende la carga de la argumentación, y de esta manera se establece un cierto orden entre los principios. Ello no significa, por supuesto que de esta manera se realice una determinación definitiva, pues habrá en todo caso que comparar los argumentos en favor de la prioridad del principio opuesto.

Seguir esta línea de pensamiento a la que hemos llegado hablando de los principios, tratando de esclarecer su significado, nos conduciría por un sendero que se alejaría mucho de los fines que guían este trabajo, aunque mucho, en efecto, se podría decir al respecto. Regresemos, pues, a la reconstrucción del significado de la palabra “principio” a la luz de lo que se ha examinado acerca del pensamiento tanto de Dworkin como de Alexy. Ambos, resumiendo brutalmente, afirman que hay normas que son reglas y normas que son principios. Las primeras son aplicadas mediante el método de la subsunción por parte de los jueces, y no presentan excesivos problemas conceptuales, ya que si el hecho concreto coincide con la calificación establecida en la previsión abstracta (si el hecho empírico es que a la persona X el sujeto Y le ha privado de la vida, y la calificación de la regla es que tal hecho constituye un homicidio, y si tal regla es válida, en consecuencia, a X se le reconoce como culpable de homicidio y se le casti-

---

<sup>154</sup> Sobre el punto véase el extenso y documentado trabajo de Díez Gargari, R., “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y nuevo discurso de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales*, 2012, 26, pp. 65-106.

ga con la sanción prevista), al responsable se le aplican las consecuencias establecidas; y si no es así, si el hecho concreto no coincide con la previsión de la regla, no hay ilícito ni, en consecuencia, responsable ni sanción. Los principios, por otra parte, entran en función cuando las reglas no indican una dirección a seguir, pero dado que no existe una lista exhaustiva de ellos, ni, en consecuencia, una jerarquía entre ellos establecida a priori, y dado además que no indican perentoriamente que alguien debe comportarse en un modo determinado (como sí sucede con las normas, pues calificar como homicidio el hecho de que alguien prive de la vida a una persona significa, además, prohibir tal acto), y dado, finalmente, que inevitablemente entran en colisión entre ellos, su aplicación no puede ser mediante la simple subsunción, sino que es necesario utilizar el método de la ponderación.

### 5. *¿Son principios los principios del derecho penal?*

Hasta aquí, ningún problema, si no deseamos profundizar ni la temática de la respuesta racional (o correcta, en el léxico de Dworkin) ni la de las teorías de la argumentación.<sup>155</sup> Temáticas, ambas, sin duda, relevantes, pero que aquí no son del todo pertinentes. Sí vale la pena, sin embargo, a la luz del derecho penal y del modelo adoptado en la legislación mexicana, hacer algunas observaciones. La pregunta de la que quiero partir es la siguiente: ¿los principios que he ido enunciando a lo largo del trabajo se comportan operativamente así como resulta de la reconstrucción que se ha hecho de su significado? En otras palabras, disposiciones normativas como las que se refieren, por ejemplo, al nuevo modelo de

---

<sup>155</sup> En mi *Discrecionalidad judicial...*, *cit.*, especialmente en el último capítulo, hago algunas consideraciones críticas al respecto, y, ahí mismo, refiero una buena parte de la literatura.

justicia penal en términos de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación, ¿son principios que tienen una dimensión, la del peso, que está ausente en las reglas (Dworkin), y funcionan como mandatos de optimización y se aplican mediante el uso de la ponderación (Alexy)? O bien, al contrario, ¿son estándares, o sea, reglas, aplicables mediante una modalidad de todo o nada (Dworkin), y se aplican simplemente mediante el método de la subsunción? Es evidente que en un caso, el primero, los principios no contendrían obligaciones específicas ni tendrían tampoco destinatarios igualmente específicos; serían, en consecuencia, precisamente indicaciones de principio, disposiciones que sugieren líneas a seguir, algo así como la previsión de un programa que se cumple bajo determinadas condiciones (fácticas y legales como diría Alexy), pero que no se realiza si no se dan tales condiciones. Serían, así, ideales a seguir, líneas orientativas importantes en una sociedad organizada, que, sin embargo, no constituyen objetivamente comportamientos obligatorios de parte de sujetos determinados. Así, por ejemplo, el principio de publicidad no indicaría otra cosa que un propósito, es decir, un ideal cuya realización concreta estaría condicionada a la presencia de las posibilidades reales que le permitieran, precisamente, su actuación, posibilidades, fácil decirlo, que tienen que ver, entre otras cosas, con la creación de espacios físicos suficientes para contener aquellas personas interesadas en seguir el desarrollo de un proceso. Lo que implica, también es fácil notar, tanto la voluntad política para hacer efectiva esa realidad como la disponibilidad de recursos financieros. O bien, al contrario, ¿tales disposiciones normativas (relativas a la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación) son reglas que disponen en modo perentorio que determinados sujetos tienen el deber jurídico de comportarse de determinada manera? ¿No son,

en otras palabras, disposiciones que indican genéricamente una directriz, una línea a seguir que en cuanto tal se puede realizar o no sin que haya consecuencia jurídica alguna, sino disposiciones obligatorias que tienen como destinatarios órganos jurídicos específicos?

En mi opinión, el uso indiscriminado y poco reflexivo de la palabra “principio”, y no sólo en el ámbito del derecho penal y del nuevo modelo, sino en general en muchos ámbitos de la experiencia jurídica, ha terminado por “oscurecer”, por “esconder”, su área de significado, favoreciendo así una incompreensión hermenéutico-conceptual, que impide hacer propio, con sus excepciones, el carácter normativo del derecho. Si no precisamos de la mejor manera posible el significado de las disposiciones normativas en cuestión, es decir, si de manera apodíctica las asumimos como principios sin preocuparnos demasiado por el lugar que ocupan en una dimensión normativa, lo más probable es que las asumamos como disposiciones meramente programáticas y no como reglas obligatorias. A esta percepción contribuyen sin duda dos convicciones estrechamente conectadas: en primer lugar, el hecho de que habitualmente disposiciones como las que se comentan se encuentran colocadas en el marco constitucional, y, en segundo lugar, el hecho de que para muchos operadores jurídicos la Constitución no constituye un conjunto de normas obligatorias, sino que, al contrario, sus disposiciones otra cosa no son que directrices a seguir cuando se dan las condiciones propicias para ello (y si no se dan, peor para la Constitución). La convicción de que la Constitución es un documento a final de cuentas no normativo en sentido estricto, sino programático, es decir, formado por indicaciones no obligatorias, tiene su origen, por supuesto, en un contexto sociohistórico concreto, que *grosso modo* podemos identificar en el periodo constitucional caracterizado por la presencia



de documentos constitucionales flexibles, o sea, en el periodo que concluye idealmente con las Constituciones emanadas inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial: Constituciones rígidas que distinguen entre las normas constitucionales y la ley ordinaria, dotadas además de un instrumento de justicia constitucional. Es una opinión bastante extendida, en efecto, la idea de que una Constitución está formada por una parte orgánica y una parte dogmática, a las que, respectivamente, se les asigna la tarea de determinar la estructura, la forma y los límites de los poderes del Estado y, por otra parte, la de establecer sus valores y principios fundamentales: la libertad, la justicia, la igualdad, etcétera.

Es del todo evidente que con relación a la parte orgánica, por lo general no se suele poner en duda su carga normativa, de modo tal que si en ella se establece, por ejemplo, la forma de gobierno republicana y la división de poderes, en la realidad encontramos reflejadas tales características. Es, sin embargo, la parte dogmática la que suscita más dificultades en cuanto a su potencial normativo, debido sobre todo a la amplitud y a la vaguedad de los significados conectados con vocablos como “libertad”, “justicia”, “igualdad”, “democracia”, que son los que habitualmente se usan ahí. Mientras que no es tan arduo identificar las características diferenciales de una república con relación a una monarquía, y así decidir si una previsión normativa que establezca o una u otra forma de gobierno se ha concretado en la práctica, no sucede lo mismo con aquellas disposiciones constitucionales relativas a la libertad o la igualdad: ¿se debe asegurar a las personas la máxima libertad de actuar como mejor les agrade y establecer las condiciones necesarias para que todos sean iguales? A partir de una reflexión aún superficial al respecto, cualquier persona puede percibir, en efecto, el carácter problemático de nociones como éstas, ya que en una comunidad

política se hace necesario establecer límites a la libertad de las personas precisamente para que su ejercicio absoluto no genere daños irreversibles a la libertad de otras personas, o bien que en determinadas condiciones el valor de la igualdad debe ceder el paso frente al valor de la diferencia.<sup>156</sup> Es por ello, es mi opinión personal, que la teoría constitucional ha terminado por identificarse mayormente con la parte orgánica de las cartas constitucionales, atribuyéndole un pleno valor normativo en cuanto, como diría Ferdinand Lassalle, es una expresión de las relaciones fácticas de poder;<sup>157</sup> pero, al mismo tiempo, subestimando la carga normativa de la parte dogmática atribuyéndole por lo general el carácter de disposiciones programáticas, que se pueden seguir o no según que existan o no las condiciones idóneas para ello.

---

<sup>156</sup> Pienso, en este último sentido, en el hecho de que es a la mujer a quien las leyes atribuyen la capacidad para decidir si interrumpir o no un embarazo (claro, en aquellos contextos en los que la legislación sigue esta línea de regulación). Si entiendo bien, el problema lo hacen subvalorando las pretensiones de aquellos hombres que sostienen que tales leyes violan el valor de la igualdad, precisamente por considerar que el contexto del embarazo es tal, dadas las características biológicas del cuerpo femenino a la posición de igualdad entre mujeres y hombres se le debe reconocer un valor menor con respecto a tal diferencia.

<sup>157</sup> En un interesante artículo, Carlos Ruiz Miguel analiza tanto la personalidad como la obra de Lassalle, y, entre otras cosas, resalta las vicisitudes de la traducción castellana de *¿Qué es una Constitución?*, Ruiz Miguel usa palabras polémicas contra la tendencia habitual de referirse a las ideas de Lassalle sobre la Constitución, como una concepción sociológica, considerándola muy reductiva, y señala, entre otras causas, el hecho de que la traducción de Wenceslao Roces, basada en la versión francesa, haya traducido la expresión *tatsächliche Machtverhältnisse* como “factores reales de poder”, en lugar de “relaciones fácticas de poder”. Cfr. Ruiz Miguel, C., “Sobre Lassalle y su concepto de constitución”, *Revista Peruana de Derecho Público*, 2016, 17, 32, pp. 131-139. También véase Abellán, J., “El concepto sociológico de Constitución en Alemania: Ferdinand Lassalle”, *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 2010, 6, pp. 391-416.

Me estoy refiriendo, supongo que comienza a ser claro, al riesgo que comporta usar en modo indiscriminado la palabra “principio” (o, lo que es lo mismo, “principios”), sin valorar en modo detallado su área de significado, y sobre todo su impacto en la normatividad, no sólo de la ley, sino inclusive de la misma Constitución y sus repercusiones en la jurisdicción. No creo que sea arriesgado sostener que existe una sustancial diferencia entre la afirmación solemne (artículo 14 constitucional) de que en el derecho civil, si no es posible la interpretación literal o la interpretación jurídica de la ley,<sup>158</sup> la sentencia deberá fundarse en los principios generales del derecho, y el principio general enunciado en el artículo 20 constitucional, según el cual “para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”. La diferencia, clara, es que hablar de principios generales del derecho como criterio interpretativo no dice, por un lado, cuáles son estos principios generales ni, por el otro, mediante cuáles modalidades se establece que la interpretación literal y la interpretación jurídica no son suficientes para fundar una sentencia; mientras que el principio sobre la prueba penal prohíbe a la autoridad, tomar en cuenta elementos probatorios que no se hayan formado durante la audiencia de juicio. En esta disposición, obviamente, se encuentra uno de los elementos característicos del modelo acusatorio, es decir, la convicción de que una tutela adecuada de los derechos del imputado y un medio idóneo para el esclarecimiento de los hechos<sup>159</sup> pasa necesariamente por la prohibición de utilizar como medios de prueba elementos obtenidos antes de la audiencia, sin la

---

<sup>158</sup> Cualquier cosa quiera decir esta expresión, dicho sea entre paréntesis.

<sup>159</sup> Otro principio general del proceso penal enunciado en el mismo artículo.

presencia de la defensa y con medios que con preocupante frecuencia no son dignos de una sociedad civil. Una diferencia fundamental, sin duda alguna, en cuanto a la fuerza normativa de los dos principios en juego, y que, sin embargo —en virtud de lo señalado en los párrafos anteriores—, tiende a diluirse por la notable carga emotiva conectada con la palabra “principios” que se irradia en todo el orden jurídico, de tal modo que aun aquellos principios que en realidad tienen un contenido normativo claro —en cuanto al sujeto obligado y la conducta debida— se suelen ver como simples directrices orientadoras, y no obligatorias, no como normas.

Un problema análogo, cuya ilustración aquí me parece pertinente, que tuvo amplia resonancia en el debate jurídico-político de la posguerra, se vivió en Italia a raíz de la emanación de la Constitución que entró en vigor el 1o. de enero de 1948. Ahí, la cuestión en juego derivaba fundamentalmente de dos factores: la ruptura que el nuevo orden constitucional, republicano y no más monárquico, instituía, y la creación de la justicia constitucional, órgano con casi ningún precedente en el panorama constitucional europeo.<sup>160</sup> De una parte, había en la cultura jurídica del tiempo un fuerte rechazo hacia la idea de que la fuerza normativa de la nueva Constitución —abiertamente política, siendo el evidente resultado de un compromiso entre las diferentes fuerzas que después de la caída del fascismo y la terminación de la guerra dieron vida a la Asamblea Constituyente— pudiera reflejarse en la pérdida de vigencia de leyes anteriores emanadas durante el fascismo, en particular el código penal sustantivo, el de Procedimientos penales y la Ley sobre Seguridad Pública. Por otra parte, acerca del rol de la Corte Constitucional —expresión

---

<sup>160</sup> Quizá la única excepción de la Constitución austriaca de 1920, en cuya construcción, un papel crucial fue jugado por Hans Kelsen.

concreta de la justicia constitucional— en el nuevo contexto institucional existía una notable incomprensión sobre su colocación en el cuadro de los poderes estatales. Como sostiene Maurizio Fioravanti,<sup>161</sup> en el telón de fondo de todo el debate la idea estatalista y positivista estaba fuertemente representada,<sup>162</sup> aceptada por algunos y atacada por pocos, en el sentido de considerar al Estado como una entidad que antecede a la Constitución, y la consecuente convicción de que ésta no puede oponerse diametralmente a las leyes estatales: el control de constitucionalidad, es evidente, asumía frente a la cultura jurídica de ese tiempo (o al menos frente a una parte de ella) las características de un órgano cuya escasa legitimación no sólo no le permitía un ejercicio con relación a leyes anteriores a la Constitución, sino que tampoco se le ve con buenos ojos en cuanto entidad política, no jurídica. Se explica, en ese contexto, que la Corte Constitucional italiana no haya sido creada sino hasta finales de 1955, pues el sentimiento que prevalece en la cultura jurídica de ese tiempo acerca de la Constitución es que las normas que la conforman, como ya se decía antes, dada su propia naturaleza, carecen de una fuerza normativa suficiente para operar en modo directo en las relaciones entre los ciudadanos, y, en sustancia, tienen como destinatarios exclusivos a los poderes públicos.<sup>163</sup> Mucho contribuyó para la consolidación de esta

---

<sup>161</sup> Fioravanti, M., “L’attuazione della Costituzione. Il ruolo della cultura costituzionale”, disponible en: *file:///C:/Users/L03127960/Desktop/Fioravanti-ruolo-cultura-cost\_28\_10\_.pdf* (fecha de consulta: 27 de junio de 2019).

<sup>162</sup> “Paleopositivista”, la definiría Luigi Ferrajoli. Entre los muchos lugares en los que Ferrajoli ha usado esta expresión para referirse al positivismo jurídico de matriz decimonónica, cito solamente: “El constitucionalismo garantista. entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa*, 2011, 34, pp. 311-360.

<sup>163</sup> Fioravanti, M., “L’attuazione della Costituzione...”, *cit.*, p. 6.

tesis la polémica sentencia de las secciones penales unidas de la Corte de Casación del 7 febrero del 1948, que introdujo una tripartición entre las normas constitucionales: normas preceptivas inmediatamente aplicables, normas preceptivas aplicables en forma diferida y normas directivas o meramente programáticas, diferentes de las demás, porque dejaban en poder del legislador una discrecionalidad ilimitada para su actuación concreta.

La tendencia estatalista y positivista de la cultura jurídico-política no es, luego, una característica exclusiva de otros contextos, pues de hecho ahí convergen concepciones tradicionales, por no decir conservadoras, del derecho, que mucho desconfían de la fuerza normativa directa de las Constituciones; concepciones que no sólo se benefician, hablando ya de lo que sucede en nuestro país, de un contexto concreto en el cual la Constitución de hecho se ha convertido en una vestimenta que las contingentes mayorías políticas tienden, y lo logran, a confeccionarse a su medida, a pesar del carácter formal rígido de aquélla, de modo tal que se le termina por considerar, precisamente, como un conjunto de normas meramente directivas, que indican un camino a seguir, pero que no son obligatorias. Estas concepciones también encuentran un grande apoyo en el modo en el que se construyó el control de constitucionalidad (híbrido, farraginoso, lento) y en un lenguaje normativo por demás enfático y redundante, por medio del cual tanto en la Constitución como en las leyes se hace un uso desmedido, a la ligera, de la palabra “principio”, contribuyendo así, en mi opinión, a la desvaloración de la fuerza normativa de disposiciones que bien podrían prescindir de esta palabra, de modo que su sentido obligatorio, y no discrecional, fuera más evidente. Es suficiente, para reforzar lo que ya se ha dicho, leer con atención algunas dispo-

siciones constitucionales, como las del ejemplo señalado, y algunas leyes. El artículo 35 constitucional (apartado VIII, párrafo 7o.) establece que, entre otras previsiones, no estarán sujetos a consulta popular los principios reconocidos en el artículo 40 constitucional. ¿De qué principios se trata? El artículo reza de la siguiente manera: “es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”. Que a las ideas de representación política, de democracia, de laicidad y de federalismo se les trate en el imaginario colectivo, tanto jurídico y social, como principios, o sea, como normas directivas de carácter programático, y no como normas obligatorias, no cabe la menor duda; si no fuera así, es decir, si se les considerara de acuerdo con esta última acepción (o sea, como normas obligatorias), cualquier fuerza política que, por ejemplo, sostuviera la idea de modificar las leyes electorales para eliminar la representación política proporcional (aquella mediante la cual se nombran los así llamados “pluris”) sería objeto de una severa denostación; por no hablar de las constantes vulneraciones que en muchos niveles de la vida pública sufre la idea de laicidad. En sustancia, el hecho de que la representación política, así como la democracia, la laicidad y el federalismo, se asuman más como principios que como reglas que establecen deberes (y eventualmente hasta sanciones) contribuye en buena medida a minar su fuerza normativa y, en general, la fuerza normativa de la Constitución. Lo mismo acontece con muchas otras disposiciones tanto constitucionales como de ley, en las que el lenguaje rimbombante y grandilocuente con el que el le-

gislador suele acompañar su función, en lugar de contribuir a la eficacia y a la certidumbre del derecho, termina por obtener el resultado opuesto.

Es en este contexto, además, en el que se inserta otra tendencia, esta vez no en la legislación, sino en la jurisdicción (pero que se genera a partir de aquélla): me refiero a la tendencia de los funcionarios a tratar de fundar sus decisiones en el uso de principios (sin, por otra parte, prestar mucha atención a su significado) y en la ponderación, dando por sentado que de esa manera tales decisiones son correctas, las más adecuadas, las más racionales. No es esta, obviamente, la sede más oportuna para discutir en modo serio esta problemática, pero sí es necesario apuntar que a esta línea de pensamiento, teórico y práctico, ha contribuido, tal vez contra las intenciones de su autor, la obra de Robert Alexy, y su convicción de que los derechos de las personas no derivan de disposiciones normativas obligatorias, sino que, viceversa, se construyen como principios (según su definición, que aquí ya se ha mencionado). Otro autor, cuya influencia en la cultura jurídica mexicana —y latinoamericana en general— es fuerte, y que a pesar de ciertas diferencias con Alexy parece caminar en la misma dirección teórica, es Manuel Atienza, cuya insistencia en que mediante el uso de los principios —en cuanto instrumentos de corrección moral por parte de la jurisdicción— ha venido a menos la capacidad heurística del positivismo jurídico, contribuye también a generar el riesgo, para mí muy serio, de minar no sólo la fuerza normativa de la Constitución, sino además a ampliar los espacios de discrecionalidad de la jurisdicción, ya de suyo amplios.

Sería oportuno, de consecuencia, que la cultura jurídica (en general, y la que se ocupa del derecho penal en modo particular) se diera a la tarea de distinguir entre las disposi-



ciones normativas, de cualquier nivel, aquellas que en efecto son principios, es decir, normas que indican una dirección a seguir, pero de las cuales, por su propia naturaleza, no es posible individuar el sujeto obligado ni el comportamiento que eventualmente se le opone, de aquellas otras normas que aunque el legislador les dé la forma de principios, en realidad, por su propia naturaleza, funcionan —o deberían funcionar— como prescripciones obligatorias. Una norma-principio, tanto por dar un ejemplo, es la que expresa el artículo 39 constitucional, cuando dice que “la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo”, mientras que una norma-prescripción, además de la ya indicada antes, es la fracción IV del artículo 20 constitucional: “el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”. A pesar de que el legislador haya incluido esta última disposición en la lista de los principios generales del nuevo modelo de proceso penal, es evidente —al menos debería serlo— que su interpretación da lugar a, al menos dos comportamientos obligatorios. El primero concierne la prohibición de que el juez del juicio sea un funcionario que haya intervenido en alguna de las fases anteriores, y el segundo, la prohibición —con sus excepciones, obviamente— de que el juicio se celebre a puertas cerradas, sin la intervención de las partes y en modo escrito. Se necesita, y no solamente en el derecho penal, una fuerte obra de “limpieza” lingüística, tanto desde la práctica legislativa como, por supuesto, en toda operación jurisdiccional, y más que nada en la teoría y en la filosofía del derecho, con particular atención al derecho penal. En este sentido, bien valdría la pena conocer y discutir seriamente, sin prejuicio alguno hacia una u otra postura, el

pensamiento de quienes, como Robert Alexy, Carlos Nino, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero y Gustavo Zagrebelsky,<sup>164</sup> entre otros, tienden de alguna manera a incluir dentro de los principios los derechos fundamentales, y las ideas de quienes no niegan que entre los diversos tipos de normas se encuentren los principios pero tratan de distinguirlos y, sobre todo, subrayan la necesidad de distinguir entre ellos para evitar que se les atribuya una excesiva extensión en nuestros ordenamientos jurídicos. Entre estos últimos, el autor más relevante, aunque con frecuencia incomprendido en nuestro medio, es sin duda Luigi Ferrajoli.

No voy a entrar aquí en los detalles del debate que Ferrajoli sostiene desde hace tiempo con, sobre todo, Atienza y Ruiz Manero,<sup>165</sup> pero sí me interesa desarrollar brevemente —y de esa manera hacer patente mi propia postura— las tesis de Ferrajoli. Pero antes, un breve paréntesis. Se puede no estar de acuerdo con las ideas de Ronald Dworkin en cuanto

---

<sup>164</sup> *Grosso modo*, estudiosos que —aunque ellos mismos no lo aceptarían— podrían formar parte del así llamado “neoconstitucionalismo”. No me detengo aquí a rastrear los orígenes del uso de esta palabra (cuya maternidad generalmente le es atribuida a S. Pozzolo: “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, 1998, 21, II, pp. 339-353) ni a ilustrar sus desarrollos en la literatura reciente. Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos...*, cit., Madrid, CEC, 1993 (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a M., Suhkamp, 1986, trad. de E. Garzón Valdés); Atienza, M. y Ruiz Manero, J., *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; Zagrebelsky, G., *La legge e la sua giustizia*, Bolonia, Il Mulino, 2008.

<sup>165</sup> Me refiero a estos autores, porque con ellos la discusión ha sido más directa y más útil. Con otros autores, como Alexy y Zagrebelsky me parece que ha habido más bien un diálogo indirecto. La *Rivista di filosofia del diritto* (2015, 1) da cuenta de un seminario en el que Ferrajoli y Alexy expusieron sus propias tesis. Cfr. Ferrajoli, L., “Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy”, pp. 37-51; Alexy, R., “Constitutional Rights, Democracy and Representation”, pp. 23-35.

teórico del derecho<sup>166</sup> ni con la línea —semejante, pero no igual— seguida después por Robert Alexy, pero no se puede negar la influencia de ambos en la literatura iusfilosófica actual. Al primero, sobre todo, hay que asignarle un lugar especial en cuanto a la renovación de la teoría del derecho en el ámbito de lengua inglesa; mientras que en relación con el segundo no se puede negar que su pensamiento ha contribuido a hacer más evidente una problemática central en la experiencia jurídica: el carácter no deducible, es decir, no demostrable, de las decisiones judiciales, y el papel de los principios en los ordenamientos del Estado constitucional como parámetros interpretables. Como se sabe, Alexy, a partir de tales problemas, construye su propia tesis de una respuesta racional como resultado tanto de la ponderación de los principios como del ejercicio correctivo moral que implica.<sup>167</sup> El grande mérito de Alexy, como muchos reconocen, es haber dirigido su atención en modo detallado al estudio de los principios y a su uso en la interpretación y en la jurisdicción.<sup>168</sup> Su demérito, por otra parte, y en esto lo acompañan Atienza y Ruiz Manero, es, entre otros, considerar que son principios normas que en realidad se comportan como reglas.

---

<sup>166</sup> Personalmente me encuentro más en sintonía con el Dworkin filósofo político y filósofo moral. *Cfr. Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000; *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011; *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1993.

<sup>167</sup> Una crítica al respecto que hago mía, es la de García Amado, J. A., “Sobre la idea de pretensión de corrección del derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, *Eunomia*, septiembre de 2014-febrero de 2015, 7, pp. 6-40.

<sup>168</sup> Ferrajoli, Luigi, “Diritti fondamentali e democrazia...”, *cit.*, p. 45, “Dico subito che considero la distinzione tra principi e regole un’acquisizione basilare della teoria del diritto, della quale siamo debitori a Robert Alexy, oltre che a Ronald Dworkin, a Manuel Atienza e a Juan Ruiz Manero”.

## 6. La Constitución, los principios, los jueces

Los ejemplos que suele presentar Alexy como contextos en los cuales el uso de la ponderación de los principios conduce al juez a una respuesta racional, no creo que se pueda negar, involucran por lo general los derechos fundamentales: libertad de expresión, privacidad, debido proceso, etcétera. Pues bien, me parece, con Ferrajoli, que sin negar de la manera más absoluta que las Constituciones del Estado constitucional contienen principios, a decir verdad éstos pueden funcionar de maneras diferentes del modo en que Alexy supone. He usado antes las expresiones “norma-principio” y “norma-prescripción” para distinguir algunas normas que en efecto se comportan como principios en el sentido que Alexy le atribuye a la palabra ‘principio’ y normas, por otro lado, que se comportan como reglas. Son, ciertamente, principios en ese sentido (es decir, disposiciones que no prescriben directamente un comportamiento, sino que indican una dirección a seguir a cargo del legislador) los que Ferrajoli llama *principi direttivi* (principios directivos) o *direttive* (directivas):<sup>169</sup> “Italia es una república fundada en el trabajo”, “es tarea de la república remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana”.<sup>170</sup> A este tipo de normas Alexy les llama principios, “mandatos de optimización”, o sea, reiterando lo que ya se ha dicho antes, normas que prescriben que algo sea hecho en la mayor medida posible dependiendo de las cir-

<sup>169</sup> Ferrajoli, Luigi, “Diritti fondamentali e democrazia...”, *cit.*, p. 46.

<sup>170</sup> Artículos, respectivamente, 1o. y 3o. de la Constitución italiana que Ferrajoli usa como ejemplos.

cunstancias de hecho y de derecho,<sup>171</sup> o que, como sostienen Atienza y Ruiz Manero, consisten en normas no perentorias, sino ponderables para la acción, diferentes de las normas que son reglas, porque se aplican con la fórmula del todo o nada, ya que indican acciones que se realizan o no se realizan, y que por ello configuran el caso en forma cerrada. La pregunta que se pone Ferrajoli, es si tiene sentido calificar como principios (“principios” en el léxico de Alexy) las disposiciones que tienen como objeto los derechos fundamentales.<sup>172</sup> Y yo me pongo la misma pregunta pensando en algunas de las normas que estamos acostumbrados, en virtud del lenguaje legislativo, a considerar como principios, en el marco del modelo acusatorio del derecho penal. ¿Es sensato, en esta línea de pensamiento, caracterizar como principios, por ejemplo, a las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 20, que establecen, entre otras cosas, que “toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas”, que “el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”, o que “ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento

---

<sup>171</sup> Hay muchos textos de Alexy en ese sentido. Agrego, además de *Teoría de los derechos...*, *cit.*, “Derechos fundamentales...”, *cit.*, pp. 110-116.

<sup>172</sup> La respuesta de Ferrajoli es que no lo tiene, porque ser titulares de algún derecho fundamental significa que existen obligaciones específicas por parte de un sujeto determinado. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, “Diritti fondamentali e democrazia...”, *cit.* El ejemplo típico es el derecho a la vida, que si es reconocido y/o establecido en la Constitución genera el deber, como sucede en efecto, del legislador, de establecer la prohibición de quitarle a alguien la vida.

el principio de contradicción”? La respuesta, a mi juicio, es negativa, porque la indicación normativa que se recaba es la de una prescripción, al menos el deber de estructurar el derecho penal para que el juez del juicio no haya intervenido antes en ninguna fase del proceso.

Los principios directivos de Ferrajoli y las normas-principios de las que he hablado antes son tales porque de su interpretación no es posible de manera inmediata saber ni quién es el sujeto obligado ni cuál el comportamiento indicado ni, por consiguiente, el comportamiento violatorio. Son disposiciones, en efecto, que ciertamente son fundamentales en una arquitectura constitucional (en el caso de Italia, de un Estado constitucional de derecho, y de un ordenamiento republicano), pero que valen solamente como criterios interpretativos, que en todo caso funcionan como fuentes para la creación de otras normas (éstas tal vez sí obligatorias). La cuestión es, entonces, si la disposición relativa a la presunción de inocencia (o lo dicho líneas arriba acerca del contenido del artículo 20 constitucional) vale como principio directivo, el equivalente de un mandato de optimización, según el léxico de Alexy —y por tanto susceptible de ser aplicado en la práctica mediante la ponderación con otro principio directivo—, o, por el contrario, ha de valer como norma-prescripción (como principio regulativo, *principio regolativo*, como dice Ferrajoli, es decir, como norma de la que es posible identificar con claridad los comportamientos que la violan y/o la conducta que es necesario tener o no tener), como norma que disciplina un comportamiento indicando lo que se debe o no hacer. En mi opinión, la operación legislativa que vemos plasmada en el artículo 20 de la Constitución —pero no sólo ahí, aunque en ese lugar es palpable la confusión a la que puede dar lugar el uso indiscriminado de la palabra “principios”— es francamente criticable, pues incluye en la categoría de los principios muchas

disposiciones que, en efecto, no se comportan semánticamente como mandatos de optimización —y por ello sujetas a la interpretación y valoración discrecional por parte de la autoridad—, sino como normas obligatorias. Seguramente existen normas-principio (*principios directivos*) que se comportan tal como sostienen Alexy y los alexyanos —al menos en lo que concierne a la posibilidad de conflicto con otras normas-principio— como, por ejemplo, el principio de publicidad, ya que es del todo evidente que el carácter público de un juicio bien puede entrar en colisión con otro principio directivo, el de realizar en circunstancias específicas un juicio a puertas cerradas, y en ese caso la ley establecerá las excepciones, y corresponderá al juzgador valorarlas a la luz del principio y tomar una decisión, usando la así llamada ponderación. Pero el legislador además ha presentado como si fueran normas-principio aquellas disposiciones cuya aplicación no depende, no debe depender, de un ejercicio de ponderación por parte del juzgador. Es el caso, entre varios más, de la prohibición al juzgador de tratar algún asunto del proceso con una sola de las partes, excluyendo a la otra. Aunque se les incluye formalmente dentro del universo de las normas-principio, ésta y otras disposiciones en realidad son reglas, es decir, normas-prescripción, ya que sea el comportamiento a tener sea el sujeto obligado están claramente determinados en ella. Su inclusión dentro de los principios responde —se puede pensar— a otras razones. La primera, involuntaria, tendría que ver, ya se ha dicho, con las modalidades con las cuales en México se suele legislar (y modificar la Constitución): en condiciones de emergencia, sin un verdadero debate, con poca atención al diseño legislativo; en suma, a la forma lingüística —semántica y sintáctica— de las disposiciones, sin una seria reflexión acerca del alcance del significado del lenguaje. La segunda, probablemente voluntaria, tendría que ver con

el propósito, naturalmente no declarado, de no dotar a este tipo de disposiciones normativas de su corolario natural, es decir, de una previsión sancionatoria. El efecto combinado de estas dos razones puede explicar, pero no justificar, un tipo de legislación en la que abundan disposiciones con alto impacto emotivo, disposiciones que generan además fuertes expectativas en cuanto a sus efectos concretos, pero que en buena medida están destinadas a permanecer en el papel: promesas que su formulación como principios no están en condiciones de mantener, contribuyendo de esa manera a debilitar la fuerza normativa del derecho, es decir, el “cemento” que tiene unida a una sociedad alrededor de valores comunes.

Es indudable que en el derecho, y en particular por cuanto concierne al derecho penal, la presencia de principios (normas-principio, principios directivos) es imprescindible; en el Estado constitucional de derecho, principios como la dignidad humana, entre muchos otros, configuran la imagen de una sociedad, marcan el camino a seguir, en cuanto contienen sus valores identitarios fundamentales. No indican, *prima facie*, comportamientos a seguir de manera perentoria e inmediata, ni sujetos obligados; pero sí señalan un camino que será objeto sucesivo de determinación por el Estado y sus representantes. Pero igualmente imprescindible, y de manera más apremiante en el derecho penal, dada su naturaleza específica, son las normas-prescripción, que efectivamente pueden ser obtenidas, casi me atrevo a decir “deducidas”, de los principios, que señalan lo más claramente posible comportamientos obligatorios (de hacer o no hacer), sujetos obligados y, finalmente, la sanción eventual cuando el sujeto no cumpla con el deber estipulado. Para entendernos mejor, una pregunta: ¿qué sucede si se realiza una audiencia frente a un sujeto delegado por el juez, en una clara violación del principio señalado antes?



Lo que ha venido emergiendo de estas observaciones, a la luz también del examen de las disposiciones normativas que conciernen el derecho penal en el nuevo modelo, es que el uso desenvuelto, es decir, poco cuidadoso, de la palabra “principio” (o “principios”) para referirnos a factores que consideramos relevantes —y que llamarlos simplemente “normas” a alguien parecería disminuirles su importancia normativa— no es, a final de cuentas, una buena idea. La palabra “principio” suele indicar un abanico amplio de significados, desde las raíces culturales e históricas que definen una sociedad organizada hasta las bases sobre las que se funda un ordenamiento jurídico general o sectorial (como el derecho penal). En cuanto tal, un principio puede en efecto no ser indicativo de obligaciones y deberes en modo preciso, aunque sí es posible que de cualquier manera de él se recaben disposiciones con un carácter normativo más evidente. La presencia de principios de esta naturaleza en nuestros ordenamientos no es inusual, y se debe sin duda tenerlos en consideración en el momento de la emanación de nuevas disposiciones y de reformas tanto de la ley como de la Constitución.

Sin embargo, el uso poco cuidadoso de esa palabra, es decir, utilizarla para calificar a disposiciones normativas que en un cuadro general tienen (o deberían tener) un sentido más preciso en cuanto a sus destinatarios y en cuanto a las obligaciones de éstos, puede propiciar que se generen hábitos y comportamientos que desvirtúan su carácter normativo; en suma, que ponen en duda la existencia de un destinatario y de una obligación. No necesariamente, pero sí como una posibilidad, la ampliación indiscriminada de las disposiciones normativas a considerar como principios, favorece —ya se ha visto— que a la Constitución se le atribuya un valor normativo no absoluto, sino dependiente de factores ligados a la contingencia, a la oportunidad de hacerla valer. En el ám-

bito específico del derecho penal, esa posibilidad se declina, si la sumamos además a la estructura específica que define la posición de los actores institucionales (ministerios públicos, jueces, magistrados, etcétera), en la posibilidad de que el instrumento penal se use con modalidades discrecionales que poco contribuyen a alcanzar los objetivos que en un Estado constitucional de derecho lo definen en cuanto tal, o sea, la tutela de los bienes públicos, la seguridad, el combate a la impunidad, la reparación del daño, objetivos que en su conjunto, cuando los aparatos estatales no los alcanzan, contribuyen no sólo a que la colectividad considere ilegítima la administración de la justicia (penal), sino que de ahí se pase fácilmente a considerar ilegítimas, privas de valor alguno, las instituciones y sus representantes, y de esa manera además se minen las bases de la convivencia.