

13. *Revisión de tipos penales y querrela*

Dije antes que una doble evolución se ha operado en el mundo que aquí revisamos. Por una parte, de la fenomenología antisocial, en sucesivas formaciones naturales; por el otro, de la tipificación. Ésta incide en la mayor o menor amplitud de los derechos reconocidos al individuo, por la vía de la conducta que se permite y de la conducta que se sanciona, y en este último caso, por el cambio de las punitivas.

En México ha ocurrido un notable proceso de revisión de tipos penales. Como es natural, va paralelo a los cambios en la vida económica y social.

El reexamen de la tipificación penal ha sido particularmente intenso en los últimos años. Se expresa por los distintos conductos que la técnica legislativa pone al servicio de este propósito: supresión, incorporación y corrección de tipos. Agreguemos un factor importante en este punto, aunque no tenga impacto sobre la figura delictiva, sino sobre la intensidad de la persecución penal: las altas y bajas de la querrela.

Por lo que hace a la supresión de tipos penales, absoluta o para traslado a ordenamientos administrativos, son ejemplos muy estimables la desaparición del delito formal del libramiento de cheques sin fondos, en 1983, y el traslado de las injurias y los golpes simples de la condición de delitos a la calidad de infracciones, en 1985.

En lo que atañe a la introducción de tipos penales, son casos recientes: trata de personas, tráfico de menores, ejercicio indebido de un derecho, lesiones por abuso en la función de corregir, retención de personas y de cadáveres, etcétera.

En varios casos, el tipo se ha corregido para ponerlo al día, ante nuevas circunstancias que escapaban de la figura codificada: aprovechamiento del comercio carnal, independientemente del sexo de la persona cuyo comercio se aprovecha, y extensión de la hipótesis de rapto, incluyendo como posible víctima al varón, no sólo a la mujer.

Más correcciones, de las que hay múltiples muestras, llevan a las figuras penales matices y deslindes para ganar en equidad, que se refleje sobre el individuo, y en paz social. Un ejemplo es el deslinde entre categorías de armas de fuego, para la sanción adecuada en los supuestos de portación y acopio de esos instrumentos.

También es interesante reflexionar en el desenvolvimiento de la querrela como requisito de procedibilidad. Sabemos que ésta es, en el

fondo, reticencia del Estado para perseguir penalmente; favorecimiento de la composición entre víctima y victimario; reducción del interés social en el castigo de ciertas conductas, que se supedita a la voluntad y a la iniciativa del agraviado, "juez de su interés", a diferencia de otros delitos, en que el Estado juzga sobre el interés, de antemano, y actúa de oficio.

En suma, el avance de la querrela, que teóricamente puede verse como pasó atrás en el monopolio punitivo del Estado (aun cuando, en realidad, apareja grandes beneficios) significa una solución de media vía entre la punición y la impunidad.

En nuestro derecho, la tendencia favorece el desarrollo de la querrela. Visto de otro modo: retrae la potestad punitiva del Estado, la demora o modera, la condiciona. Se han multiplicado los casos, antes perseguibles de oficio, hoy mediante querrela: daño doloso en propiedad ajena, delitos patrimoniales entre parientes cercanos, fraudes de muy escasa cuantía.

Este movimiento tiene su resonancia en la reforma penal y procesal a propósito del perdón. La dispositividad de particulares, con la consecuente ampliación de derechos y el posible ahorro de sanciones, ha ganado mayor espacio sustantivo (porque son más los delitos perseguibles mediante querrela) y procesal (porque son más abundantes las oportunidades procesales para que opere, con eficacia extintiva de la pretensión, el perdón del legitimado).

IX. EL DISCURSO DE LA PENA

1. *Hombre, delincuente, pena*

Ya manifesté que entre los grandes temas del derecho penal y del sistema jurídico, político y social en el que aquél se inscribe, figura el proceso de tipificación, que al mismo tiempo es de penalización. Delito sin pena es, como recordó el profesor Carrancá y Trujillo, campana sin badajo: una apariencia, una quimera. La expresión de estas cuestiones responde a la pregunta sobre cómo proteger a la sociedad y al hombre de los ataques más severos que enfrentan.

Con naturalidad se pasa, acaso sin solución de continuidad, al otro gran tema de nuestra disciplina, y en suma, de la gran disciplina social: ¿qué hacer con el delincuente? Esto es la materia de la penalización y, en seguida, de la ejecución.

Para el jurista, el asunto se sintetiza como consecuencia jurídica de un supuesto; la expresión más perfecta, según muchos, del modelo normativo que es el derecho: violación, por la conducta, de la hipótesis del precepto (no matarás, no robarás); en tal virtud, consecuencia inexorable: que puede ser para que se cumpla lo debido o para que, en una transmutación característica, el incumplimiento acarree una retribución (muerte, prisión).

Más allá del tema jurídico, pero en sus raíces, en su contorno, porque el derecho tiene origen y propósito (instrumento para el imperio de una idea), está el interrogante fundamental: ¿es ésta una pregunta de fisonomía neutra que exige, empero, respuestas comprometidas? No podría ser, realmente, de otra manera.

Qué hacer con el delincuente es algo que engarza con la idea que se tenga o adopte acerca del hombre. Inquirir en ésta desencadena esas respuestas comprometidas, es decir, reguladas por una cierta creencia, una filosofía en movimiento, y por una cierta política, que es o debiera ser el cauce para que corra y se difunda en la vida esa filosofía.

Se necesita ante todo, por ende, una respuesta acerca del hombre, en general, de los poderes que sobre éste tiene la sociedad y de las fronteras que no han de rebasar los mandatos éticos y jurídicos. Luego es preciso concentrar la pregunta y, desde luego, enfilar la contestación. Toca su turno a la respuesta acerca del hombre delincuente, que es otra abstracción, aunque no tan extensa como la del hombre a secas.

Se trata de una sucesión de marcos para colocar en el punto más fino y central al individuo. El marco de dimensiones más amplias contiene el dibujo general del ser humano coloreado por esa política a propósito del hombre. Un marco menos dilatado corresponde al hombre delincuente, y el dibujo que en él aparece recibe el color de la política criminal. Éste es el alojamiento de las grandes teorías acerca del delito, el delincuente y la pena.

Acude por último la respuesta acerca del delincuente concreto, resultado de las respuestas que se produzcan sobre las preguntas precedentes, que son sus premisas. Aquí está la concreción subjetiva de ambas políticas, la general sobre el hombre y la especializada sobre el hombre delincuente. La desviación o el desacierto en este punto pone en predicamento toda la arquitectura del pensamiento humanista. Su veracidad y su eficacia se acreditan o descartan en el caso particular del infractor concreto.

En otro trabajo me he referido a los rasgos que corresponden a este hombre concreto, en la víspera del patíbulo o en la celda de la prisión. Grave, decisiva prueba es ésta para el Estado y para su concepto de los derechos humanos. El inmenso poder entra en contacto con el ser humano desnudo, exento de fuerza y prestigio, que sólo se alza frente al Estado con su calidad de ser humano, único título importante que detenta, porque por otro lado tiene el título que resuelve y expone, para todos los efectos, la nueva posición social que guarda: delincuente.

Ya se verá si de algo sirve la condición humana frente a la capacidad abrumadora del Estado en la zona crítica de los derechos humanos, que es, por cierto, la escena más dramática de confrontación entre el poder público y el individuo. Aquí el desvalimiento de éste es más intenso, en hipótesis, que en otros ámbitos: más que el del recién nacido, o el del inválido o el moribundo. En efecto, ninguno de éstos es adversario formal del gobierno o de la muchedumbre. En cambio, el delincuente es el enemigo. Nada menos. Para certeza de que es enemigo, a quien se ha privado de la paz, existe una sentencia de condena que da fe pública, indiscutible, acerca de esa enemistad. Ahí se proclama, también sin disputa, cuáles son las medidas que la sociedad y el Estado han resuelto aplicar, y aplicarán, como consecuencia y corrección de la enemistad.

2. *Vida o muerte*

En este orden de ideas, dos corrientes entran en conflicto cuando estudian la confrontación entre hombre y sociedad, llevada al extremo por el suceso del crimen. Por una parte, figuran las teorías y las prácticas de eliminación del culpable. Por la otra, sus contrapartidas, que pretenden la recuperación (que pudiera arribar, en casos extremos, a la conservación y la neutralización).

Aquí los contrarios son, nada menos, la vida y la muerte. La eliminación no significa necesariamente muerte física de la persona. Hay otras modalidades que se elaboran a partir de la idea de eliminar o suprimir. Puede tratarse de la muerte civil, que despoja para siempre de todos los derechos; o del absoluto extrañamiento, que también es una forma de muerte social, como ocurre en el destierro. Tampoco se pretende siempre y precisamente la muerte total. A veces hay conformidad con muertes parciales, si cabe la expresión, que traen consigo todas las penas mutilatorias.

Por otro lado, la filosofía recuperadora, que no impone el heroísmo ni instala la indefensión, también acepta la muerte del culpable, aunque no como pena sino como extremo medio defensivo contra el ataque injusto o el riesgo insoportable. No es la víctima, y ni siquiera el juez, quien resuelve acerca de la posibilidad de matar. La reconoce la ley, zanjando de antemano problemas morales y dilemas judiciales, como ocurre con la admisión de la legítima defensa y del Estado de necesidad, por ejemplo.

Hay diversas formas de abordar el tema perenne de la pena de muerte. Persistentes son, y aún no resueltos, los problemas que aparece: como fundamento, como compañía, como consecuencia.

Claro está que el asunto de la pena de muerte importa sobremanera dentro del examen de los derechos humanos. Es precisamente ahí donde más interesa. Pero también posee aplicación intensa en el área de los que pudieran llamarse derechos a la paz colectiva. Aquél es, primeramente, un sitio para la filosofía. En segundo, una zona donde se examina la eficiencia.

Cada vez que se alza la pregunta sobre la pena de muerte, sus impugnadores convocan, para rechazarla, otros progresos ya indiscutibles en el catálogo de los derechos del hombre: la prohibición de penas crueles, inusitadas o trascendentales. Esta calificación, dicen, también se extiende sobre la pena de muerte. La jurisprudencia en algunos países rechaza, o no adopta, estas asimilaciones.

El gran debate ético y político relativo a la pena capital gira en torno a la pregunta, plena de axiología: ¿se justifica privar deliberadamente de la vida, no ya para rechazar un ataque (defensa legítima) o salvar un bien en peligro (estado de necesidad), sino para corresponder al mal pasado con el mal presente o prevenir el mal del porvenir (la reincidencia)?

La otra interrogante, rigurosamente pragmática, así se formula: ¿sirve privar de la vida como remedio general contra la criminalidad? Los impugnadores de la pena capital se esfuerzan en demostrar lo que es evidente: la pena de muerte no ha detenido la delincuencia.

A veces se habla o se legisla sobre ensayos que pongan a prueba la pena de muerte: establecerla o suprimirla, por un tiempo, para ver lo que ocurre. Esta propuesta figuró en las discusiones del Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en Caracas, en 1980. Ahí, interviniendo al frente de la delegación mexicana, no pude menos que preguntar sobre

la verdadera necesidad de poner a prueba una pena que ha sido, quizás, la más probada a lo largo de la historia.

Al principio, el elenco de sanciones incluía mutilación, infamia, destierro, muerte. En otra etapa aparecieron condenas a obras públicas, a galeras, al circo o a la guerra, al lado de la pena de muerte, que siguió figurando entre los medios de corresponder al delito. Adelante, surgió la cárcel y luego aparecieron los correctivos y sustitutivos del cautiverio. La muerte permaneció como alternativa de punición.

En síntesis, la pena privativa de la vida ha sido la más persistente; es la más antigua; por ello, resulta la más probada. Sus resultados están a la vista en todos los tiempos y en todos los países. Esta presencia dice más acerca de su verdadera eficacia que cualquier rechazo doctrinario.

En México, la antinomia se ha resuelto en favor de la vida. Sin embargo, nuestra Constitución todavía aloja los dos extremos de esta dialéctica, en preceptos que parecen enfrentados. Por una parte, el artículo 18; por la otra, el artículo 22.

El artículo 18, vertebral para el régimen de las penas, fue materia de intenso debate en el Congreso Constituyente. Luego, sucesivas reformas han refinado su alcance e insistido en las ideas de readaptación y tratamiento. Es, sin duda, uno de los primeros mandatos constitucionales en el mundo que admite y fomenta la repatriación de sentenciados para el cumplimiento extraterritorial de condenas penales. Doble compromiso, éste: con la readaptación social y con el humanitarismo.

A partir del vitalista artículo 18 se ha constituido, en los últimos veinte años, un copioso derecho secundario, hasta exuberante y romántico en algunos puntos.

A su vez, el artículo 22 admite la posibilidad de la pena capital. Ésta expresa desconfianza hacia otras sanciones; traduce, además, el íntimo sentimiento vindicativo de la sociedad; que se tenga a la mano, para tranquilidad de este sentimiento, la facultad de privar de la vida.

La desconfianza en otras penas, que persiste, no es cosa nueva, aunque lo sea, relativamente, el fracaso de la sanción privativa de libertad, en la que tantas esperanzas se pusieron. Pero esta frustración no debe referirse a la cárcel misma, sino a los constantes y universales desaciertos que la han regido. Para reflexión histórica, recuérdese que en el Constituyente que produjo la carta del 57 se

admitió, de mala gana, que la pena de muerte subsistiera, a falta de un sistema penitenciario adecuado.

A diferencia del evolutivo, dinámico artículo 18, el 22 ha permanecido estático, intacto en este punto. Ello revela, expresivamente, la ilusión penitenciaria, contra la afición patibularia.

Vale observar que la pena de muerte se instala en el mismo artículo donde se alude, para proscribirlas, a las medidas más desastrosas del control social penal. Ahí se encuentra, en efecto, la proscripción de penas crueles, inusitadas y trascendentales. Éstas se hallan prohibidas; la de muerte, en contraste, se permite en ciertos supuestos muy graves, pero no se ordena. Está, pues, en el claroscuro de la conciencia social y, por lo mismo, de la letra constitucional.

No extraña que la mención a la muerte se haga en el mismo texto donde se habla de sanciones crueles, inusitadas y trascendentales. Acaso, consciente o inconscientemente, se sabe que la muerte participa de estas calificaciones. Cuando se ha querido impugnarla en otros países, mirando sobre todo hacia el texto anglosajón, sus adversarios aducen que la pena capital debe desaparecer porque es, precisamente, un castigo cruel, inhumano, trascendente.

Desde 1974, la pena de muerte cesó en el derecho penal común mexicano. Fue abolida en el único estado que aún la prevenía entonces: Sonora. Resta sólo en el derecho militar, su sede tradicional. En este orden, en contraste, existe mayor benevolencia con respecto a la pena privativa de libertad: la máxima es de veinte años, en tanto que el derecho común recoge una máxima de cuarenta. La selección castrense es razonable, tanto en sí misma, como en cuanto traduce el hecho de que las fuerzas armadas no son ni podrían ser una institución preparada para organizar largos periodos de cautiverio.

Lo antes dicho tiene que ver con el derecho estricto. Frente a éste se alzan las peligrosas ambigüedades del sentimiento social. Más peligrosas y lesivas son cuando las hace suyas, como método intimidatorio o correctivo, el aparato oficial. Fue lo que ocurrió, ampliamente, bajo el conocido imperio de la ley fuga, acostumbrada en el porfiriato, junto a otras medidas igualmente inhumanas y corruptoras.

Esta ambigüedad de que hablo, en el recinto de los sentimientos populares, surgen vivamente cuando por una parte se impugna la pena de muerte, y por otra los mismos impugnadores toleran o sugieren la muerte clandestina, extralegal y extrajudicial. Se trata, sin duda, de la más patológica alteración del Estado de derecho. Más grave, inclu-

sive, que la franca admisión de la pena capital previo proceso que en ella culmine, porque todo queda al garete, en completo sigilo, bajo total arbitrio.

De esa forma, en la clandestinidad se pretendería dar ilícita respuesta, errática y confusa, a las preguntas más inquietantes que se plantean: ¿en qué casos se aplica esta muerte oficiosa?, ¿quién la dispone y quién la ejecuta? Además, hay que meditar sobre las consecuencias de aventurarse por esta puerta falsa, cuando la franquean el poder público y el poder social.

3. *El derecho a la readaptación*

La opción vitalista o recuperadora dentro de la experiencia y el discurso de la pena, aflora profusamente en la estipulación de un nuevo derecho humano, formal y materialmente: el derecho a la readaptación social. Con éste se produce un inmenso giro en la sustancia del poder punitivo del Estado.

Anteriormente, el derecho público subjetivo que aquí aparecía era sólo la contrapartida de la crueldad: el derecho al trato humano, más o menos benigno; o sea: la contención del poder, muralla típica del Estado policía, dato característico liberal. El derecho a la readaptación, en cambio, engarza naturalmente en la garantía social del nuevo derecho: impone al Estado la acción, no apenas la omisión.

El poder punitivo, así remodelado, pasa a ser poder de readaptación, en el caso de los adultos, y de tutela, en el caso de los menores. De tal suerte se proyecta una de las facetas más interesantes del moderno Estado benefactor. Efectivamente, éste recoge la civilización y pretende civilizar inclusive por medio de la pena. Esta es la respuesta que da el Estado a quien se ubica, precisamente, en el punto más extremo de la incivilidad: objetivamente, el delito; subjetivamente, el delincuente.

Ejemplos de las múltiples expresiones por las que fluye la opción vitalista y recuperadora, son, entre muchos más, el creciente derecho secundario y la arquitectura especializada.

Ese derecho de ejecución llega a ser excesivo. Incurre, con frecuencia, en propuestas irrealizables, imaginarias. Esto, por el despliegue del entusiasmo correccionalista, que al igual que otros entusiasmos románticos, comienza por ser impaciencia legislativa o fervor normativo.

Es frecuente que el director de reclusorios, guiado por la buena fe, dedique sus primeros desvelos a la confección minuciosa de un

reglamento que satisfaga las garantías de trabajo, educación, alimentación, contacto con la vida exterior, antes de ocuparse en el urgente establecimiento de fuentes de trabajo, centros de enseñanza y recreación, medios de provisión de alimentos, sistemas de trato extramuros, etcétera.

En cuanto a la arquitectura, la moderna no se ocupa ya en el diseño de cadalsos, patíbulos o picotas. Avanza en proyectos penitenciarios. Dentro de éstos, prefiere idear instituciones abiertas que unidades cerradas, de máxima seguridad.

En la lucha por adquirir el derecho a conservar la vida, rechazando la pena eliminativa, no basta con "eliminar la eliminación". Ha sido necesario, además, colmar el espacio criminológico y moral de la cárcel, con el propósito, el espíritu, que se quiera dar a la privación de libertad.

Pasaré de largo los objetivos de retribución, ejemplo y expiación, que de ninguna manera están cancelados (no pueden estarlo; la cárcel implica, ontológicamente, retribución, ejemplo y expiación), para arribar al designio hoy más generalizado, o más voceado: readaptación.

En rigor, no terminan los problemas cuando se acepta el propósito de readaptación. Aquí principian otros: ¿qué es, verdaderamente, dicha readaptación?, ¿cómo se consigue?

Advirtamos que existe, para designar al moderno objetivo de la cárcel, una gran acumulación de nombres, deslindados por el matiz o, a veces, por alguna pretensión característica o profunda: redención, regeneración, readaptación, rehabilitación, recuperación, resocialización, repersonalización.

Predomina, en todos los casos, la idea de "hacer de nuevo". Se mira, pues, hacia un hombre diferente. Este hombre distinto (en alguna medida, mayor o menor; con diversa hondura) es lo que se halla en el futuro de cada condena, de cada ejecución. La cárcel, por definición, no mira apenas al presente, como lo hace la pena de muerte, sino tiende la mirada al remoto porvenir.

Ahora bien, la prisión supone, con la mayor frecuencia, que la sociedad libre es plausible y estática. Es decir: no se equivoca y no varía. Su cometido, por ello, es cambiar al hombre, errado, y no a la sociedad, acertada.

Esta hipótesis sobre la que se alza la prisión parece fácilmente comprensible y admisible en el caso del delincuente ordinario, que

comete delitos "atávicos". En cambio, siempre tropieza, aunque sea por razón táctica de sus adversarios, en la hipótesis de la delincuencia política, cuando lo que está en juego (lo que se recluye por los muros de la cárcel) es sólo la opinión, la diferencia o disidencia.

No pensamos que readaptación social sea sinónimo de supresión de la personalidad. De lo contrario, so pretexto de salvar la vida física, la "exterior", si se permite el calificativo, se atacaría la vida "interior". No se quiere adoctrinar, cancelar o destruir, por medios convencionales o, inclusive, por la acción inadmisibles de factores químicos o quirúrgicos. Lo que se busca es colocar al individuo en condiciones de no delinquir nuevamente: no reincidir.

Ese concepto constituye una versión modesta y apenas formal de la readaptación en el medio carcelario o en otros medios penales. Empero, no se debe ir más lejos. Mayores ambiciones competen a diferentes instituciones, o mejor: a caminos distintos cuyo tránsito renueve al sujeto, lo transforme, le "redima".

Posible y probable en la mayoría de los casos, dicho modelo readaptador (y cualquier otro) es impracticable en el caso de los psicópatas, que siguen siendo el problema más inquietante al que se enfrentan los sistemas preventivo y punitivo. Para ellos, la cárcel tiene un solo significado: contención.

4. *Crisis de la prisión*

La prisión, como pena recuperadora, enfrenta paradojas que la ponen en crisis. De ellas han surgido alternativas más o menos afortunadas. ¿Cómo hacer al hombre más libre y socialmente más capaz, a partir de una sentencia (que es una especie de mandato de redención) y mientras cumple una condena que supone, con mayor o menor fuerza, precisamente lo contrario de lo que se quiere obtener: que no sea libre, que no sea socialmente capaz, que esté recluso, que pierda o prescinda del ejercicio natural de sus derechos?

Este asunto, que atañe a los fines de la prisión, se convierte, manejado por los escépticos, en el principio del fin de la prisión.

Está en marcha una revolución penal. Aparece de muchas maneras. Se mueve entre la impugnación total del sistema y la sustitución, con signo progresista, de algunos de sus componentes. En definitiva, se pretende la conversión del derecho penal tradicional en derecho penal moderno.

Pero mientras eso sucede, con avances siempre moderados, con obstáculos puestos por la indolencia o la ignorancia, acecha un movimiento enorme de otro signo: el primitivismo punitivo, sea por la vuelta al pasado, sea por un gran salto al futuro en que se repondrían, sin embargo, los elementos más oscuros y arcaicos del sistema represivo, encubiertos, camuflados.

El avance que mencioné tuvo sus primeras apariciones en la ejecución misma de las penas tradicionales. A este desarrollo, que puede llegar tan lejos como lo permitan las fronteras de las antiguas penas, según su naturaleza, se agrega el ímpetu de cambio en la morfología o tipología de la sanción. Es el trueque de la reclusión por la libertad.

Es manifiesto, en este cambio, el esfuerzo que se dedica para permitir que viejas leyes digan cosas nuevas, con interpretación evolutiva y teleológica. Tómese como ejemplo, entre nosotros, el artículo 5o. constitucional, aunque no exista consentimiento del sujeto ni se le pague una retribución.

Caben dos interpretaciones extremas de la norma, junto a otras intermedias: hacia atrás, se quiere justificar el trabajo forzado, con el único límite de la duración máxima de la jornada laboral; en contraste, hacia adelante, en el precepto se encuentra la justificación del trabajo en favor de la comunidad, hecho en libertad, como reciente sucedáneo de la prisión.

No olvidemos, al cabo de todo lo que antes se ha mencionado, que el derecho posee una doble función: programa y mandato. Normalmente, avanza más la proclamación del programa, que sólo requiere la forma legal, y menos, o más lentamente, el mandato eficaz, condición y producto de la reforma social. Esto no es extraño al régimen punitivo, cuya realidad ha sido errática y reacia.

X. EL SISTEMA PENAL EN LA CONSTITUCIÓN

Por lo que toca al sistema penal en la Constitución mexicana, hay que considerar tres capítulos: de filosofía política y jurídica, de presentación en la escena constitucional, y de referencias para la construcción del sistema penal, derivado de la ley suprema.

1. *Filosofía penal constitucional*

Desde el plano filosófico, nuestro régimen penal encuadra en el sistema general de la Constitución. Es, por ello, un régimen huma-

nista (en orden al individuo) y solidarista (en orden a la relación social).

Esto aparece, por ejemplo, en los siguientes datos: legalidad de tipos y de penas; finalidad de la pena, sin énfasis en la retribución (aunque no está excluida la idea de castigo), y con acento en la readaptación social; proceso legal, donde ha sido constante y deliberado el abandono del modelo inquisitivo y el avance del acusatorio, y ejecución de la pena, tanto en su fase humanitaria, que proscribía la crueldad, como en su expresión técnica-correccional, que prohija la readaptación social.

2. *Presentación en la escena*

Al hablar de la presentación de los temas penales en la escena constitucional, hay que tomar en cuenta las vertientes del sistema punitivo, las especialidades penales o parapenales y los sectores de la Constitución en que figura el régimen de la materia.

No se habla de una vertiente directamente preventiva en la ley suprema. Aquella estaría constituida por el conjunto jurídico. En cambio, cuentan ahora las vertientes comúnmente señaladas, que son: sustantiva, tratada en prevenciones breves, poco numerosas, en las que destaca el dogma de legalidad reconocido por el artículo 14; procesal, que también subraya la legalidad (el debido proceso legal), con normas abundantes y, hasta cierto punto, dispersas, y ejecutiva, menos frecuente o uniforme en los textos constitucionales. Entre éstos, es importante el de nuestro país. La legalidad ejecutiva, de reciente prescancia, va ganando terreno.

En cuanto a especialidades, vienen al caso la penal, en sentido estricto, y las parapenales. Éstas se ocupan, por ejemplo, de las infracciones penalmente atípicas (y sus sanciones de otro carácter, menos intenso que las penales, como las administrativas), y de los individuos que no se hallan sujetos al derecho penal, por una supuesta incapacidad de delinquir (menores de edad).

En lo que se refiere al mapa constitucional, el sistema punitivo, con sus implicaciones para los derechos de la persona, se despliega en toda la extensión del texto supremo.

Desde luego, figura con fuerza en la tradicional parte dogmática. Aquí, bajo diversos rubros, como el de "garantías individuales", están los derechos humanos bajo su concepto clásico: derechos del incul-

pable (en potencia), del inculpado (en proceso) y del culpable (en ejecución).

También se debe apuntar la influencia que el hecho punible y su persecución tienen para el ámbito de los derechos políticos. Se sabe que el procesamiento y la condena acarrearán suspensión de tales derechos. De tal suerte ocurre una especie de condicionamiento para el estatuto de ciudadano.

Por otro lado, el artículo 34 de la Constitución en vigor marca dos requisitos para que el nacional mexicano sea, además, ciudadano mexicano, esto es, para la asunción y el ejercicio de derechos políticos. Mucho se ha explorado en el primero de estos requisitos, hoy sólo de edad, en el que se apoya el sufragio activo universal (antes censitario, limitado por el patrimonio; o capacitario, limitado por la ilustración; ahora con el exclusivo límite que impone una hipótesis "cronológica" acerca de la madurez de juicio).

No se ha examinado con igual atención el otro requisito, a saber: modo honesto de vivir. Son incompatibles con ese "modo honesto de vivir", la vagancia y la malvivencia; esta última, por definición. Lo mismo, ser delincuente habitual en la perpetración de delitos patrimoniales. Igualmente, la profesión delictiva y la dependencia con respecto a recursos que son producto o efecto del delito.

El sistema penal alcanza la porción orgánica de la Constitución. Aquella, a su vez, liga con las prevenciones de la dogmática, principalmente con los artículos 18 (ejecución) y 21 (acusación y juicio).

En las normas orgánicas de la ley constitucional se hallan los órganos jurisdiccionales federales y comunes, el Ministerio Público de los mismos fueros, el órgano de ejecución de sentencias y algunos procedimientos: además del penal común, los de responsabilidad de servidores públicos y extradición (interna, en la República, y externa, entre la República y otras potencias).

3. Construcción secundaria del sistema penal

La Constitución mexicana contiene un extenso catálogo de datos o referencias para que, a partir de ellos, el derecho secundario construya el sistema penal. El cimiento, pues, es constitucional. Aludiré a estas referencias en los tres campos que ya fueron mencionados: sustantivo, procesal y ejecutivo.

El artículo 17 instituye la justicia pública. De aquí y de otras prevenciones derivan el *ius puniendi estatal* y la limitación de la auto-

defensa. Esta se faculta, empero, por el artículo 10, cuando permite al habitante de la República poseer armas para su seguridad y legítima defensa.

De la Constitución deriva el análisis de la ley penal en cuatro órdenes de eficacia: material (ilícitos penal común, penal militar, administrativo y político de funcionarios), personal (igualdad ante la ley; adultos delincuentes y menores; inviolabilidad e inmunidad); espacial (fueros de la Federación, de los estados y del Distrito Federal; territorialidad penal, atemperada en materia ejecutiva, como luego se dirá), y temporal (prohibición de la irretroactividad desfavorable).

Además, hay datos constitucionales para asegurar los principios de legalidad de delito y pena, para resolver los criterios rectores y las especies (muerte, prisión, multa, inhabilitación) de la pena, y para apuntar los límites penales de los derechos humanos.

Sobre lo último, que en otras ocasiones he abordado, vale indicar que es delictuoso, y por ende punible, el ejercicio indebido de un derecho; no excluyen de responsabilidad penal el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, si se llevan a cabo en forma diversa a la permitida u ordenada por la ley.

En el terreno del procedimiento sucede que al proscribirse la autojusticia y limitarse la composición, el proceso penal se vuelve necesario. Es así, contrariamente a lo que ocurre en el caso del conflicto civil: en este orden, no es preciso recurrir al proceso para la solución del litigio.

Consecuentemente, la sentencia es la normal conclusión del proceso persecutorio, aunque hay, antes de la sentencia y en lugar de ella, resoluciones que cierran el procedimiento con igual fuerza normativa individual.

Por otro lado, la asunción estatal de *jus puniendi* significa, en México, el monopolio acusador del Ministerio Público. Así lo resuelve la interpretación dominante del artículo 21 constitucional. El principio de persecución de oficio se halla atemperado, cada vez más, por la querrela.

La Constitución refiere, para ser acogidos en la construcción secundaria del sistema penal, cuáles son los requisitos de inicio del procedimiento: denuncia, querrela o flagrancia. Considera la preinstrucción o instrucción administrativa (en México, ante el Ministerio Público, con intervención importante de órganos auxiliares de éste). Incorpora normas para el desempeño jurisdiccional, y relativas al juez competen-

te, a los principios rectores del procedimiento (inmediación, oralidad, publicidad, plazos en favor del inculpado), a varios actos procesales básicos conectados con el "debido proceso legal" (así: declaración preparatoria, comunicación de la imputación, nombramiento de defensor, auto de procesamiento o formal prisión), a diversas pruebas (hay, en efecto, referencias a la declaración y al testimonio), a la impugnación (la posibilidad de impugnar no puede traducirse en más de tres instancias), y a medidas cautelares (principalmente las de carácter personal, aunque no sólo éstas: detención, prisión preventiva, libertad provisional, cateo, arraigo).

Todavía en la material procesal, la ley suprema acomoda varios procedimientos especiales, como los destinados a militares, a menores de edad y a servidores públicos, y el procedimiento de extradición.

En materia ejecutiva, ya se vio como la Constitución aloja preocupaciones humanitarias, las más antiguas, y readaptadoras, las más modernas. Éstas tienen doble destinatario, explícito: adultos, primero, y menores, más tarde.

La Constitución preside la decadencia del principio de territorialidad ejecutiva, en favor del principio de readaptación. Esto se expresa en el régimen de convenios de ejecución de penas reconocidos por sucesivas reformas al artículo 18.

En un primer tiempo se admitió el convenio entre la Federación y los estados de la República. Posteriormente, innovando en el derecho constitucional, se previno el convenio entre países para la repatriación de sentenciados (no intercambio, mucho menos canje y ni siquiera traslado o transferencia, conceptos demasiado mecánicos, que hablan del movimiento, pero no del propósito) con el fin de ejecución de condena en el país de origen o residencia del reo.

Es preciso subrayar que en este ámbito consensual figura, insoslayado, un derecho público subjetivo del sentenciado. En efecto: "El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso." Al redactarse estas líneas, en el inicio de 1988, México tenía tratados de esta naturaleza con Estados Unidos, Canadá, Panamá, Bolivia, Belice y España.

A la materia ejecutiva concierne, también, el tema de la clasificación carcelaria. La Constitución dispone separar procesados de sentenciados, mujeres de varones, adultos de menores.

La clasificación constitucionalmente ordenada es relevante para la organización y el tratamiento carcelarios, pero no agota su eficacia jurídica en estos puntos: implica, asimismo, un derecho público subje-

tivo, un derecho humano, que se reconoce al individuo privado de libertad, o como se dice, con expresión extraña: "institucionalizado".

XI. EL LÍMITE DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este punto se trata del límite al que se hallan sujetos los derechos humanos, en un doble sentido. Por una parte, la conversión del ejercicio del derecho en delito; por la otra, la suspensión de garantías, que es un intervalo en el que pierden vigencia esos derechos del individuo.

Por lo que toca al primer extremo, nótese que el límite natural de los derechos de un sujeto ha sido, es, seguirá siendo, la frontera donde comienza el derecho ajeno. La propia Constitución fija límites que no es posible trasponer en el ejercicio de un derecho personal. Son numerosos los casos. Valga, como muestra, la hipótesis de libertad de trabajo que establece el artículo 5o.

A nadie se puede impedir el desempeño de una profesión, industria, comercio o actividad que le convengan, a condición de que sean lícitos. Aquí, en la licitud, cuyo alcance resulta del conjunto del orden jurídico, surge una limitación a la libertad de trabajo. Otras, en el artículo 5o.: la determinación judicial y la resolución gubernativa, sustentadas, respectivamente, en derechos de tercero y en derechos de la sociedad. Además, existen supuestos de trabajo obligatorio.

Por otro lado, el ejercicio del derecho llega a ser delictuoso cuando se incurre en el "ejercicio indebido", esto es, contrapuesto a la licitud o extraído de sus cauces; recibido, como tipo, por la ley penal.

La suspensión de garantías, caso de excepción sumamente delicado, apareja un límite a la conducta del particular y, en cambio, una vía franca para el comportamiento del poder público.

Esta medida, prevista por el artículo 29 constitucional, tiene a su vez las fronteras que la norma recoge: situación, extensión y duración.

No se trata de una determinación arbitraria. Empero, no hay exclusión constitucional acerca de algunos derechos o garantías a los que no puede alcanzar la suspensión. En principio, pues, ésta se extiende o se puede extender, si para el caso se requiere, a todas las garantías constitucionales. En efecto, de la carta del 17 desapareció una restricción que había en el artículo 29 de la Constitución del 57. Bajo ésta no era admisible la suspensión de las garantías o derechos "que aseguran la vida del hombre".

XII. TUTELA DE LOS DERECHOS PENALES

Los medios para la tutela de los derechos penales ameritan una detallada exposición que desbordaría el marco de las explicaciones que ahora se intentan. Esa tutela, en efecto, es materia de todo el orden jurídico.

En el centro de la preocupación normativa, como dato sustantivo, se halla el hombre. Inmediatamente se le rodea, para el desarrollo de sus mejores potencialidades, con derechos mínimos, indispensables. Son éstos, en relación con el individuo, una primera zona de protección, irreductible, indisputable: un primer círculo entre los varios concéntricos que constituyen la salvaguarda del ser humano frente al Estado, a cada uno de sus semejantes y al conjunto de los hombres.

Ahí se hallan los derechos básicos: a la vida, a la salud, a la educación, al trabajo, al pensamiento, a la expresión, etcétera. A partir de este círculo, cada tema tiene desenvolvimiento hasta el detalle en otras normas, en ramas enteras del derecho. Así, el derecho laboral (en su moderna perspectiva compleja: al trabajo y del trabajo) funda una rama completa del sistema jurídico contemporáneo. El derecho a la educación, cuyos puntos fundamentales previene la ley suprema, se manifiesta luego, con numerosos elementos y circunstancias, en el orden jurídico positivo.

Lo mismo se puede decir de cada uno de los otros derechos básicos de la persona. Es así como se crean, por legislación que deriva del texto constitucional, sucesivas y crecientes medidas de protección; pero no sólo esto, que sería pasivo, sino además medidas de fomento, que es la manifestación activa del derecho humano, el movimiento del Estado para generar condiciones de libertad, bienestar y justicia.

Otros aspectos de la tutela de los derechos humanos que es preciso tomar en cuenta, específicamente, tienen que ver con el rigor técnico en la formulación jurídica; esta tutela, pues, se emprende mediante la pulcritud legal. No menos importante es, como antes dije, ese otro cuidado imprescindible en la selección y la capacitación de los aplicadores de la ley, entre ellos, por cierto, los defensores. Esta es una tutela por el conducto de las personas, ya no sólo por el medio abstracto, impersonal, de las normas y las instituciones; una tutela subjetiva, si cabe la expresión.

Igualmente, merecen el más destacado interés los remedios jurisdiccionales para obtener el respeto al derecho individual, sea que éste peligre, sea que se haya visto dañado. Entre nosotros, a la cabeza de

los remedios jurisdiccionales va el amparo, en el que México reúne, bajo un solo nombre y con un mismo designio, procedimientos que en otros lugares se hallan distribuidos: *habeas corpus*, casación, contención entre particulares y administración pública, declaratoria de constitucionalidad de ley (con efectos relativos), y algunos más.

También hay, y deben adquirir presencia y lozanía mayores, ciertos remedios no jurisdiccionales. Es el caso, en algunas de sus versiones, del *Ombudsman* de ascendencia escandinava, que va consiguiendo territorios bajo diversas modalidades.

En México nos hemos empeñado en alentar la aparición de alguna figura semejante al *Ombudsman*, recogiendo el propósito de esta institución. Así evoluciona el Ministerio Público federal, según prevé la nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de 1983. En algún sentido, las tareas de orientación legal tienen resonancia de *Ombudsman*.

XIII. EL EQUILIBRIO PENAL

El derecho objetivo en su conjunto, como extenso sistema de distribución y control, implica una búsqueda y, además, una tesis acerca del equilibrio que es preciso construir, preservar, reponer, entre intereses potencial o actualmente enfrentados. Ello, por contienda de individuos entre sí, con relevancia social; o bien, de individuo y comunidad.

Dentro de ese marco tan amplio, el régimen penal es, por su parte, un peculiar sistema de equilibrio. Actúa, y de ahí su gran relevancia, frente a enfrentamientos severos, en que chocan los intereses más importantes e intensos; aquéllos, por ejemplo, que tienen que ver con la vida misma.

Subjetivamente, ese equilibrio a cargo del régimen penal se dirige a diversos personajes de la gran escena social: sociedad, como sujeto interesado (que no es simple abstracción) en el desarrollo y en la paz; delincuente, como sujeto interesado en bienestar y justicia para sí; víctima u ofendido, también interesado, para sí, en la justicia y el bienestar, y Estado, personificación política y jurídica de la sociedad, como titular del poder —deber de asegurar y restaurar el equilibrio, esto es, de las facultades de prevenir, investigar, enjuiciar, sentenciar y ejecutar.

Ante esta variedad de sujetos, es menester, como en la fórmula romana de la justicia, que se logre el equilibrio dando a cada quien

lo suyo, para que preserve sus intereses: a la sociedad, condiciones de paz y seguridad fundadas en un derecho adecuado y en una eficaz prestación de los servicios de prevención y justicia penal; al delincuente, amplio acceso a la defensa; a la víctima, protección y restitución de bienes (con la directa injerencia que mejor asegure el alcance de este objetivo; a mi modo de ver, ello significa creciente participación en el procedimiento penal y ampliación de las hipótesis de querrela, entre otros supuestos; considero que el concepto de reparación del daño como pena pública, que quiere beneficiar al ofendido, en la realidad lo perjudica), y al Estado, personificación de la sociedad: por una parte, capacidad de acción, con adecuados medios persecutorios, materiales y jurídicos, que bastan para su eficacia, y por la otra, capacidad de decisión, con medios idóneos de enjuiciamiento, que cubran ámbitos jurídicos, materiales y personales.

Estimo que se merma aquella primera aptitud del Estado, la capacidad de acción, y no se sirve bien a la segunda, la capacidad de decisión, cuando el equilibrio se rompe por negar al órgano de acusación pública, el fiscal, como sucede en México, el acceso a una tercera oportunidad procesal (amparo, casación, o equivalentes) que, en cambio, se entrega al particular. No hay persuasiva para que se proteja al individuo en tres instancias y a la sociedad sólo en dos.

Si no se reúnen los elementos para que haya equilibrio en el ámbito penal, padece el conjunto de derechos; así se vulnera, en mayor o menor medida, cada derecho individual.

No es debido cargar el acento sólo sobre el derecho de uno, el infractor (culpable o inocente), a la justicia penal, y desatender el derecho de otro, el ofendido, a la justicia en general; o el que tiene la sociedad, o debiera tener plenamente, a la tutela que brinda dicha justicia penal. Tampoco sería plausible obrar a la inversa, como sucedió desentendiéndose de la suerte que corre el supuesto infractor. Por eso se habla de equilibrio: por la atención a cada interesado, a cada sujeto del drama penal.

XIV. EL PROBLEMA DE LA TORTURA

Junto a otras cuestiones conectadas con los derechos humanos en materia penal, e inclusive por encima de ellas, aparece, aún vigente, el grave problema de la tortura.

Muchos son los motivos del tormento en la historia de las ideas y las prácticas punitivas. Diversas han sido las explicaciones, y hasta las

justificaciones. No ignoramos que existen factores concretos, específicos, que en ciertos tiempos y lugares determinan el empleo de la tortura. Pero además, ésta responde, íntimamente, a las peores, a las más bárbaras implicaciones de sadismo que hay en el sistema punitivo.

No quiero incurrir en confusiones: no digo que la tarea punitiva sea siempre sadismo. Sólo destaco lo que ha sido y sigue siendo evidente: que a los medios de control social represivo acuden, con frecuencia, estos atavismos. En ellos se acomodan instintos y resabios que buscan una manera natural y protegida de explayarse. No sucedería, pongamos por caso, en la construcción de puentes o de carreteras; tampoco en el estudio de la botánica o en el cultivo de las artes, etcétera. En cambio, por desgracia hay terreno propicio para que lo ocupe el sadista en la inquisición policial; en determinadas formas de enjuiciamiento; en la severa, dolorosa, ejecución de las penas.

Mencioné que la tortura, hoy formalmente rechazada, se propuso y aplicó con amparo legal en otros tiempos. Fue práctica inquisitiva común torturar al procesado para obtener la declaración. Las propias ordalías implican, con frecuencia, tortura, si traen consigo una prueba de resistencia física, casi sobrehumana, ante el sufrimiento.

También sucedió que no se ejecutara de un golpe, casi misericordioso, la pena capital. Se optó por la ejecución paulatina, de mil maneras. Así se ensañó el verdugo sobre la víctima, permitiendo que pasara el tiempo, con atroces sufrimientos, antes de imponer la muerte liberadora. Hubo, en suma, tortura purgatoria, inquisitiva y ejecutiva.

El derecho moderno, de fuentes liberales y humanistas, reaccionó potente contra las diversas versiones de la injusticia, el capricho, el exceso. De ella es ejemplo suficiente la obra admirable de Beccaria, aún no superada o igualada como parteaguas entre dos sistemas punitivos. Por todo ello, declinó de mala gana la admisión oficial de la tortura, su práctica explícita. Pero no ha cesado de estar presente, ensombreciendo la tarea preventiva y punitiva. Lo mismo, pues, que otras violaciones o rescates de los derechos del individuo.

No sobra preguntar acerca de los componentes de tortura, así sea indirecta, que hay en todas o en casi todas las penas generalmente previstas y permitidas. Claro está que todas infligen sufrimiento, lastiman la mente o el cuerpo, dañan el espíritu. Sucede, inclusive, con la sencilla pena patrimonial, que puede ser arrasadora. Ocurre con la cárcel, mucho más intensamente, sin excluir a las prisiones más avanzadas: el cautiverio supone sufrimiento, salvo en personas perturbadas.

De ahí que sea siempre válido reconocer, por simple observación de los hechos, que la pena tiene, al lado de la eficacia readaptadora que se quiera y pueda, elementos retributivos, intimidatorios, expiatorios.

Ya me referí a la pena de muerte, en el marco de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, que prohíben las más antiguas normas de la ley laboral. En cierto modo, el derecho penal humanista puede ser identificado como un derecho penal contra la tortura. Esto, desde el sistema anglosajón de la Isla, que luego orientó a la Constitución de los Estados Unidos.

En México, la letra de las leyes se ha pronunciado invariablemente, o casi, contra la tortura. Así, en el artículo 22 de la Constitución vigente. Cuando se utiliza el tormento, como medio de oprimir la voluntad, pierde validez el acto procesal; se anula, y con esta anulación puede venir por tierra un proceso. En esta virtud, la tortura se ve, formalmente, como algo inútil; peor todavía, contraproducente. Así se le combate: no sólo por castigo, sino además por ineficacia.

Hay abundante regulación adversa a los malos tratos físicos y psíquicos que la autoridad preventiva o represiva causa a un individuo. Los tipos penales son diversos, pero pudieran agruparse bajo la voz genérica del "abuso de autoridad". México, por otro lado, ha suscrito las convenciones contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de alcance universal y continental.

Con motivo de la adhesión de México a la Convención Internacional contra la Tortura, de 1984, en el Senado de la República se planteó la expedición de un ordenamiento patrio que asumiera las obligaciones contenidas en esa convención. Hubo debate al respecto y la ley fue, finalmente, promulgada.

Se puede, por supuesto, objetar el ordenamiento en algunos aspectos técnicos, que también han hallado defensa. Cabe cuestionar si era o no indispensable esta legislación, por razones estrictamente jurídicas, tomando en cuenta que ya había en el orden legal mexicano prevenciones de repudio y castigo de la tortura.

Sin embargo, parece elocuente la aprobación de dicha ley, como gesto político. Significa poner énfasis en una convicción antigua, que no acaba de cristalizar en la realidad unánime: nuestro país rechaza todas las formas de tortura. México pretende que el enjuiciamiento y la ejecución de penas no se apoyen, jamás, en el tormento. Prevalece

la dignidad del individuo y de la sociedad que así protege al hombre, sea culpable, sea inocente.

Por último, hay que estar atentos a los excesos y defectos en las condiciones de la averiguación, del juicio o del cumplimiento de las penas, que traen consigo inútiles rigores, semejantes o idénticos a lo que, en términos acostumbrados, se conoce como tortura.

Pondremos de lado la pena de muerte, suprimida en nuestro país. Pero no podríamos desconocer formas de aplicación de la cárcel, por ejemplo, que llevan la desdicha del cautivo más allá de lo que es inherente al hecho mismo de la cárcel. La prisión en país extraño o en una comunidad hostil, predispuesta, sería una muestra de este indeseable agravamiento de la pena privativa de la libertad.

XV. DERECHOS HUMANOS EN SISTEMAS PARAPENALES

Bajo este título examinaré el tema de los derechos humanos, en un sentido estricto, en campos diferentes del juicio penal común. Se trata, a menudo, de cuestiones que emigraron del derecho penal hasta constituir sistemas autónomos, mejor orientados para enfrentar problemas cuyo tratamiento ya no puede cumplir, o nunca pudo, el orden tradicional.

1. *Menores infractores*

Se ha debatido mucho el tema de los menores de edad que infringen normas penales o que, sin llegar a este extremo, incurren en conductas desviadas o entran en situación de peligro y desvalimiento.

Ya me referí a la importancia que los menores tienen para la estadística delictiva; importancia obvia en países como el nuestro, donde la población juvenil es cuantiosa. También aludí a la tendencia, patente en el caso que ahora analizamos, de extender la acción del Estado (preventiva o punitiva) del terreno de los delitos formales al ámbito de los comportamientos irregulares.

Durante algún tiempo hubo oscuridad o insuficiencia en los cimientos constitucionales de la justicia para menores infractores. Hoy día, la legitimidad del estatuto especial deriva del artículo 18 de la ley suprema, reformado. Éste luego conecta con normas civiles familiares acerca de la patria potestad y la tutela.

Recuérdese que el Estado evoluciona de la función punitiva a la misión tutelar. Es el recorrido que conduce, como ya se dijo, del Estado-policía al Estado-tutor. Al menos ésta es la dirección dominante en la filosofía penal.

El escenario en el que primero florecieron estas pretensiones correccionales fue el reservado a los adolescentes y a los niños. El trascendental deslinde se produjo al fijarse la frontera rigurosa, por una gran obra legislativa, entre la edad de imputabilidad y la edad de inimputabilidad penal. Esta frontera es aún más precisa, terminante, donde ya no se exige prueba de discernimiento del sujeto sobre el carácter ético y legal de la conducta, es decir: prueba en torno a lo que a partir del Código Penal italiano se viene denominando capacidad de entender y de querer.

Impuesto el límite de edad, siempre convencional, su natural consecuencia es construir y aplicar un sistema público de tutela para el menor. Las ambiciones correccionales, renovadoras, nutridas en proyectos pedagógicos y en sentimientos solidarios, alcanzaron buenos resultados iniciales. En los años recientes, empero, se están ensombreciendo estos logros en todos los países, o en muchos de ellos. Ya no pueden invocar con tanta certeza, como ocurría, el apoyo de la eficiencia, piedra de toque de cualquier medio de control social.

Volvamos a la letra y al espíritu de nuestras leyes. Colocados los menores de cierta edad en un ámbito jurídico *sui generis*, y admitido el principio de que en caso de infracción y delincuencia, e inclusive de situación de peligro, el Estado actúa como sustituto de la autoridad paterna, no habría impugnaciones que formular al ejercicio de esa tarea tutelar, como no las hay al despliegue de los derechos y deberes que la patria potestad y la tutela atribuyen a sus depositarios.

Claro está que el hecho de que no se cuestione la existencia de una jurisdicción especial para menores infractores, en vez de la justicia penal común, no significa que aquélla pueda caminar de cualquier manera. Si es un sustituto de los poderes paternos, tiene, por lo menos, los mismos límites e iguales propósitos que la autoridad de los padres. Lo mismo en ésta que en la intervención del Estado prevalecen el ejercicio racional y legítimo de la potestad sobre el menor. Si ese ejercicio se altera en algún punto, por exceso o defecto, el Estado entra en colisión con los derechos humanos. Igual sería el enfrentamiento, aunque se califique de otro modo, si los padres o tutores menoscaban o desconocen, en el ejercicio de sus potestades, los derechos de sus hijos y pupilos.

Tales son las ideas que animan el procedimiento tutelar o correccional para infractores desde el final de la década de los veinte, en México. No obstante, ha persistido la explicable demanda de que al enjuiciamiento de menores se lleven algunas garantías que dominan el juicio penal de los adultos, y que alcanzarían a los jóvenes infractores si no les hubiese extraído del derecho penal ordinario por la vía de la inimputabilidad absoluta.

De esa suerte, se va construyendo un régimen intermedio, muy interesante, que se rehusa a devolver a los menores al campo del derecho punitivo, en el que alguna vez estuvieron, sin que ese acomodo impidiese o resolviera la llamada delincuencia juvenil. Por otra parte, dicha solución de media vía ya no desecha, so pretexto de tutela, instituciones idénticas o semejantes a las que hay en el derecho de los adultos.

Solía rechazarse la equivalencia en el juicio para adultos, aduciendo que bajo la patria potestad y la tutela no hay figuras o actos correspondientes a los que surgen en el enjuiciamiento punitivo. Ello, porque no hay que defender al menor, salvo por excepción, de sus padres o tutores, que no son fiscales ni jueces punitivos del niño, sino custodios y compañeros solidarios.

Es ésta una hipótesis plausible. Pero una cosa es asegurar la genérica y abstracta misión tutelar del Estado, y otra suponer que en cada caso, y para todos los efectos, subjetivamente, los agentes de la administración pública copiarán fielmente la conducta, amorosa y equitativa, de un buen padre de familia.

A los padres, una ley natural, invisible, mueve a amar a sus hijos y a procurarles, aun con sacrificio, el mayor bien posible. Este afecto diligente florece sin necesidad de exhortaciones legales o amenaza de castigos. El derecho positivo no puede lograr entre funcionarios e infractores, ni remotamente, relaciones parecidas. Por ello, actuando con realismo, conviene establecer o restaurar en el procedimiento para menores ciertos capítulos que se habían quedado en el de los adultos.

En la actual Ley de los Consejos Tutelares del Distrito Federal, que ha sido referencia para la renovación del derecho correccional, reaparece una figura de defensor. Rigurosamente, el procedimiento ante la justicia de menores no lo exigiría, porque no hay contradictorio entre partes, en sentido estricto. El propio órgano de la jurisdicción tutelar debe examinar objetivamente todos los aspectos del tema sujeto a su conocimiento.

Sin embargo, la práctica aconseja introducir esa defensa peculiar, con rasgos distintos de los que tiene la abogacía en los juicios penales. Recae en el "promotor", custodio de intereses y derechos del menor ante la jurisdicción, y además enlace entre ésta y quienes han tenido o tienen poderes legales sobre el menor, en función de la tutela o la patria potestad, o inclusive de un encargo de menor densidad.

Del sistema de adultos tomó la ley una institución procesal importante, para definir con certeza la materia sometida a la jurisdicción. Así se gana en seguridad y disminuye el riesgo de que la justicia se deslice en excesos. Se trata de una equivalencia del auto de procesamiento; entre nosotros: el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. En el ámbito del derecho procesal tutelar o correccional, la resolución que aquí se invoca (a veces denominada resolución "de inicio" o "básica") precisa la materia por la que se abre y desarrolla el procedimiento.

La garantía de defensa es un dogma central del derecho moderno. Implica, entre otros extremos, el conocimiento de la causa ("cargos") del juicio, la facultad de aportar elementos para el recto conocimiento por parte de los juzgadores, el derecho de acceso a éstos (derecho del menor, del promotor y, en su caso, de los encargados de aquél) y la impugnación contra el pronunciamiento de fondo (que no adquiere autoridad de cosa juzgada; condición precaria inherente a las medidas de seguridad), mediante el novedoso recurso de inconformidad ante el Pleno del Consejo.

También se dio entrada a los medios cautelares. En materia punitiva, éstos recaen fuertemente sobre la persona del inculpado, sin perjuicio de que también afecten su patrimonio. Hay correspondencia en el procedimiento para menores, a saber: orden de presentación, escrita y fundada, que es el reflejo, aquí, de la garantía constitucional de la orden judicial de aprehensión; por otro lado, decisión del juzgador sobre la entrega del menor a sus encargados: un traslado de la libertad provisional para adultos.

2. *La edad de imputabilidad*

Existe debate, con hondas consecuencias prácticas, acerca de la edad recomendable para la imputabilidad penal. Antes mencioné la frecuencia de conductas antisociales entre niños, adolescentes y jóvenes. Esto resulta, sin duda, del gran peso de la juventud en la composición

demográfica de nuestra nación. Hay, pues, factores de cantidad, pero también datos de otro carácter, que alimentan una inquietante precocidad delictiva.

No es uniforme la solución en el ámbito internacional. Ha sido diversa a lo largo de la historia penal, y lo es en México. En este siglo dominó, hasta años relativamente recientes, la tendencia a fijar una inimputabilidad absoluta (lo que algunos tratadistas llaman el criterio "biológico puro") en determinada edad, superior a la antiguamente prevista para la total inimputabilidad, e incluso para la capacidad de imputación sujeta a prueba de discernimiento.

Mas las circunstancias de la vida moderna, que no ha creado la juventud, sino se vuelvan sobre ésta, impulsan la reconsideración de la edad. Así comenzó el descenso, como efecto de un ansioso, ineficaz esfuerzo por frenar la criminalidad, o al menos sancionar severamente las más graves infracciones y defender a la alarmada sociedad.

Hoy el panorama se divide entre las leyes que estipulan dieciocho años como edad de imputabilidad, y las que redujeron esta frontera a los dieciséis años. Todavía son más abundantes aquéllas, aun cuando el número de éstas es ya importante.

El asunto merece profunda reflexión, no sea que reformas precipitadas, abruptas, sin matiz, empeoren la situación en vez de resolverla o aliviarla.

Conviene tomar en cuenta que una disminución indiscriminada, de golpe, repone en el derecho penal a millones de individuos. Éstos, hoy sustraídos a la ley represiva, a sus tribunales, a sus consecuencias jurídicas y materiales, ingresan en bloque a la calidad de sujetos del derecho penal. Es decir, se repenaliza, actual o potencialmente, a millones de personas que forman la ancha franja de población comprendida entre dieciséis y dieciocho años de edad.

Rara vez se examina el punto desde sus distintas implicaciones o perspectivas demográficas. Los polemistas suelen esgrimir argumentos éticos y psicológicos, muy genéricos, sin hablar siquiera del número de individuos que volverían al ámbito del derecho penal. Ahora bien, en 1987 se estimó que alrededor de cuatro millones de mexicanos se hallaban entre los dieciséis y los dieciocho años de edad. De éstos, alrededor de cuatrocientos cincuenta mil corresponden al Distrito Federal (se excluye, pues, el contingente que aportarían los municipios conurbados).

Como quedó dicho, varias entidades federativas han reducido a dieciséis años el límite de inimputabilidad. No se sabe que esto haya resuelto los problemas delictivos de mejor manera que en las entidades que mantienen el límite de dieciocho años.

Por otro lado, habrá que ver lo que una drástica reforma en este punto significaría para el aparato persecutorio y judicial, agobiado por la carga de trabajo. También será preciso reflexionar acerca de las consecuencias en el sistema penitenciario, ya desbordado por la sobrepoblación que sin cesar aumenta.

La exigencia de disminuir esta edad de frontera se escucha, a menudo, en las filas de corporaciones cuya función es prevenir el delito. Ciertamente que la policía preventiva tiene un papel más o menos reducido, si las cosas se miran con objetividad, en la verdadera prevención del crimen, porque esta labor compleja y gigantesca se cumple, más bien, por el concurso de diversos datos y factores de la vida social. Pero no menos cierto es que mucho habría que aguardar, todavía, de una creciente eficacia de los cuerpos preventivos antes de entregar a millares o millones de jóvenes a la justicia penal para adultos. Que no haga ésta, porque no podría, porque habría decepción, lo que pueden y deben hacer los cuerpos de seguridad pública.

Por otro lado, lo que anima la discusión, lo que realmente desasosiega, son los casos de conducta ilícita gravísima en que incurren adolescentes y jóvenes. Esta explicable preocupación no toma en cuenta que si se penaliza en bloque la conducta de los menores de entre dieciséis y dieciocho años, se alcanzará a los delinquentes que tanto inquietan y que es necesario alcanzar; pero también se tocará, sin desearlo, inevitablemente, a muchos jóvenes cuyo comportamiento nada tiene que ver con las causas de la irritación social.

En efecto, muchas conductas ahora impunes, quizás ni siquiera ilícitas en la honda connotación ética de la palabra, pasarían a ser delictuosas. La fractura de un vidrio como consecuencia de un juego de pelota callejero se convertiría en el delito de daño en propiedad ajena; un pleito irrelevante entre muchachos, podría culminar en persecución por el delito de lesiones; la sustracción de algún objeto sin valor considerable, en una tienda, en una casa, en un mercado, sería delito de robo; el juego sexual, frecuente en la adolescencia, pasaría a ser delito de atentados al pudor o abusos deshonestos, y así sucesivamente. No son éstas las consecuencias que se quiere con el cambio de edad. Son, empero, las que llegarían.

El mejor manejo del asunto no está en ninguna solución drástica, tajante. Si lo que con razón inquieta son los comportamientos graves, de daño o de peligro, lo razonable es que éstos, y no todos, lleguen a la justicia de adultos y desemboquen en severas medidas punitivas.

Así, se podría volver a un régimen de ponderación sobre la capacidad de entender y de querer. Los individuos de entre dieciséis y dieciocho años de edad quedarían sujetos, en principio y como regla, a la justicia de menores (tribunal natural). Sólo por excepción, casuísticamente, ésta los remitiría a la de adultos, en virtud de la real capacidad de imputación y, al mismo tiempo, de la auténtica necesidad de remedios punitivos de mayor alcance.

Para tal fin, la calificación de la conducta, que no puede quedar tan ampliamente supeditada al arbitrio de un juzgador, dependería de la sanción que la ley penal previene en relación con adultos. Esta sanción contiene ya una calificación acerca de la gravedad del hecho.

Por este rumbo se sanciona lo que se quiere sancionar, y se evita el efecto desmedido, arrasador, que tendría una indiscriminada disminución del límite de edad.

3. *Farmacodependencia.*

El aumento en el tráfico de drogas produce la más grande preocupación. También su factor y contrapartida: la drogadicción, tan extendida en comunidades con alto desarrollo económico, aunque también hay problemas inquietantes en otros medios. Han aparecido serios llamados de atención: narcotráfico y farmacodependencia constituyen riesgo para la seguridad nacional; son "cuestión de Estado".

No es éste el lugar para hacer el examen del drama que ahora viven todos los países, no sólo alguno o algunos, por estos motivos. La solución debe hallarse, como siempre, donde están las causas de los problemas, no apenas donde se hallan sus consecuencias. El tiempo que demora este reconocimiento es tiempo que se pierde en la gran batalla contra el tráfico de drogas.

Urge que la perspectiva policial, militar y judicial se enriquezca con otra, mucho más trascendente: la objetiva visión etiológica, el ataque a las raíces. Mientras esto no ocurra, mientras no haya alianza de buena fe entre las naciones, mientras quede en manos de la policía mucho de lo que es responsabilidad de padres de familia, mientras prevalezca una división maniquea del planeta, que quiere hallar culpables en un hemisferio y víctimas en otro, los avances serán modes-

tos, y siempre conflictivo el trato entre países, e incluso entre sectores o instituciones de un mismo país.

Lo que aquí interesa es recordar que todavía no hay suficiente claridad en el deslinde entre el delincuente y el enfermo, a pesar de que, conceptualmente, hace tiempo se dijo que la farmacodependencia es una enfermedad y que los enfermos no son reos de la justicia.

En este ámbito se plantea una versión de ese impreciso lindero entre el delito franco y la desviación. Por ello, y por la intranquilidad que crea el narcotráfico, actual o posible, se va extendiendo la punición de los adictos; inclusive, se llega a sancionar a quienes tienen psicotrópicos con propósitos terapéuticos, sin receta médica, por automedicación. Este absurdo fue bien resuelto por reforma a nuestro Código Penal, en 1985.

Empero, subsiste el gran problema de la llamada "fórmula de acopio": la situación que se crea cuando un individuo, usuario ocasional o permanente, y en este caso verdadero farmacodependiente, posee una cantidad de droga que excede a la necesaria para su propio e inmediato consumo.

La incriminación de esta conducta del poseedor de droga es, en verdad, un castigo al enfermo o al curioso; ni el uno ni el otro son delinquentes, a no ser que se pruebe que además del consumo han incurrido en producción, suministro o comercio de drogas. Sin embargo, es intrascendente la prueba de que la sustancia se destina al propio consumo, por poco tiempo o por un periodo prolongado: cuando se excede cierta cantidad tolerable, la conducta pasa a ser punible, sin otra exigencia.

4. *Derecho penal administrativo*

Es importante el tema de los "pequeños delitos", que ameritan "pequeñas penas": las infracciones administrativas, sancionadas con arresto o multa.

No hay gran cuidado en este asunto, por tratarse de un tema que escasamente llama la atención, desprovisto de dramatismo. Empero, importa mucho, si no por la cantidad de las faltas y de sus consecuencias jurídicas, sí por la cantidad de aquéllas y, por ende, la profusión de éstas.

Si se desatiende el derecho penal administrativo, queda en peligro el individuo. Protegido en el recinto del proceso penal ordinario, puede hallarse desvalido en los vericuetos de la justicia administrativa de

faltas de policía. Recuérdese el uso aberrante de las "quincenas empalmadas", que permitieron aplicar prisión prolongada mediante una simple suma artificiosa de arrestos. Una primera infracción acarrea arresto por quince días. Después, cualquier pretexto extendía la detención mediante sucesivas resoluciones administrativas. Esto se ha visto en muchos países.

Conviene que se revise el sistema de garantías en el derecho penal administrativo; que no se deseche el principio de legalidad, entregando todo el régimen de esta materia a los reglamentos.

En México, la legislación penal clásica comprendió, al igual que sus modelos europeos, los crímenes, los delitos y las contravenciones. La falta administrativa quedó captada, pues, en la ley penal. Empero, el artículo 21 de la Constitución recogió la figura del reglamento autónomo, es decir, el ordenamiento que el Poder Ejecutivo expide a partir directamente de la Constitución, sin ley entre ésta y aquél. De tal suerte se excluye la instancia legislativa, no interviene el Congreso.

Una notable expresión de respeto a los derechos humanos, por reforzamiento de las garantías del individuo, es la Ley sobre Justicia en Materia de Faltas de Policía y Buen Gobierno del Distrito Federal, de 1983. Sin reforma constitucional, que en este caso no parecía necesaria, se hizo una nueva interpretación del artículo 21 de la ley suprema.

Gracias a esa reinterpretación, el régimen sustantivo de las faltas de policía quedó parcialmente recuperado para la ley; al reglamento se reserva lo que la Constitución, estrictamente, le asigna. Además, toda la materia procesal y ejecutiva, antes concentrada en el reglamento, es decir, en la facultad del Poder Ejecutivo, pasó sin excepciones a la norma legal, esto es, al campo que domina el Poder Legislativo.

Si esa importante ley constituye, sin duda, un acto directo de tutela al individuo, también lo es indirectamente, en cuanto fortalece el juego entre poderes, al que siempre se ha visto como garantía para el particular. La incorporación del Poder Legislativo en la formulación del derecho penal de faltas implica, entonces, un rescate de tarea materialmente legislativa para los dos órganos, no para uno solo, que formalmente pueden intervenir en ella: presidente y Congreso.

XVI. COMUNIDADES NO INTEGRADAS

Cuando se hace el estudio de comunidades o grupos minoritarios en una sociedad nacional, es decir, de sectores de población no inte-

grados o relativamente separados de la mayoría de la población, se habla ya, en esencia, de una frontera del derecho.

Efectivamente, el orden jurídico es un producto cultural; corresponde a cierta versión de los valores y de las costumbres; a cierto proyecto de vida; a unas ideas, a unos ideales. Si todo ello es ajeno a un grupo humano al que, sin embargo, el derecho de la mayoría resulta aplicable por razones de vigencia formal, surge la necesidad de contar con soluciones que eviten que la justicia, tan pareja, desemboque en inequidad.

Al hablar de derechos humanos, construimos sobre una ilusión: la igualdad de los hombres ante la ley. Hay, no obstante, correctivos penales que alientan la individualización. Pero éstos no bastan para enfrentar con acierto el problema de las comunidades no integradas.

Digo que esos correctivos no son suficientes porque parten de la idea de integración cultural; de un compacto universo de sujetos del derecho penal: los individuos "capaces" para los fines de este orden normativo. En tal virtud, se proponen corregir diferencias que son corregibles (por la graduación de la culpabilidad y el arbitrio en la selección de la pena) y equilibrar lo que es equilibrable.

A cambio de lo anterior, el problema aparece cuando existe un derecho uniforme, plano, que implica una cultura también uniforme (cuya coherencia se basa en el término medio, por lo menos), y cuando dentro de ese marco existen, sin embargo, culturas diferentes, sin derecho formal propio, genuino.

Otra cosa es el derecho informal, tradicional o ancestral, que carece de vigencia para el Estado creador y administrador del derecho positivo. Incluso, pueden ser ilícitos y punibles los ritos, los usos, las costumbres, que en el seno del grupo minoritario se ven con naturalidad y aprobación, y hasta se exigen como requisito de conducta plausible (por ejemplo, el rapto que es condición del matrimonio).

En estos supuesto existe un espacio de extrañeza cultural, que deviene extrañeza jurídica. Así se propicia una constante presencia de "ilegalidad" con respecto al sistema jurídico de la mayoría, que no acepta excepciones.

Este problema tiene que ver, por supuesto, con la tutela al ser humano, que es, finalmente, nativo y habitante de una cultura. Incapaz de decidir su origen, no debiera padecer las consecuencias, verse sancionado por actuar como recomienda o demanda la cultura de la que es oriundo.

Esta cuestión no está resuelta. Desborda, sin duda, al derecho penal. Algunos paliativos se han introducido para aliviar la inequidad. Entre ellos, la decadencia del dogma en cuyos términos todos conocen la ley y deben cumplirla. . . aunque realmente la ignoren y no tengan posibilidad alguna de conocerla y mucho menos de cumplirla.

Sin embargo, ese dogma es requisito para que haya derecho, condición de orden social. Si desapareciera enteramente, la sociedad se fracturaría en una número infinito de piezas; no habría seguridad jurídica posible.

Otros medios para atenuar la inequidad son los mandatos sobre inimputabilidad y error con eficacia excluyente de responsabilidad penal por parte de sujetos no integrados a la cultura media, y precisamente en razón de esta extrañeza cultural.

Finalmente, la exención de pena es una de las más intensas manifestaciones de un derecho del individuo contrario o distinto del derecho codificado de alcance general. Aquí, pese a todo, prevalece el ser humano ante la comunidad; se le reconoce cierto derecho que le protege de la aplicación abrumadora del derecho vigente para los demás. Un caso destacado es la impunidad del uso de drogas para usos mágicos o religiosos conforme a prácticas ancestrales en grupos étnicos minoritarios.