

Dos modelos de derecho penal

*Clara Castillo Lara**

Todo Estado es Estado de derecho, porque el orden jurídico se produce en el Estado que se sujeta al derecho, transformándose así en Estado de derecho y, esa dualidad entre Estado y derecho, es una cuestión con gran sentido ideológico. No se puede vislumbrar al Estado como un poder detrás del derecho ni suponer que existen dos realidades donde solamente hay una: el orden jurídico. En ese sentido, el poder que detenta el Estado es manifestación del derecho, por lo mismo, los órganos del Estado son también órganos de derecho, así, Estado y derecho confluyen en un mismo orden lógico o conceptual. El sistema político denominado Estado, tiene al derecho como un instrumento y, también, como un límite a su actuación. En los países más desarrollados, el derecho penal actual, es un derecho considerado moderno, fundado bajo principios garantistas clásicos. Actualmente, el derecho moderno tiene su fundamento en la suposición de la interacción entre hombres, como individuos libres e independientes, sujetos por su propia voluntad a ésta fórmula política y jurídica.

Each State is a State of Law, because the legal order is produced in the State that is subjected to the law, transforming itself in this way it into a State of Law. This duality between State and law is an issue of great ideological meaning. It cannot see the State as a power behind the law nor assume that two realities exist where there is only one: the legal order. In this sense, the power that holds the State is the manifestation of the law. For the same reason, the organs of the State are also organs of law, so State and Law come together in the same logical or conceptual order. The political system called State has the law as an instrument and, also, as a limit to its operation. In the more developed countries, criminal law nowadays is considered a modern law, founded under guaranteed classic principles. Nowadays, modern law has its foundation in the assumption of the interaction between men as free and independent individuals who are subject to this political and legal formula of their own free will.

Sumario: 1. Introducción. / 2. Modelo garantista. / 3. Modelo autoritario. / 4. Conclusiones

1. Introducción

Todo Estado es Estado de derecho, porque el orden jurídico se produce en el Estado y, sólo así, éste se sujeta al derecho transformándose en Estado de derecho y, la dualidad entre

Estado y derecho, es una afirmación con gran sentido ideológico. No se puede vislumbrar

* Maestra en Sistemas Penales Comparados, Problemas Sociales y Prevención del Delito, y en Derecho Penal, Constitución y Derechos. Coordinadora del Master Internacional de Derechos Penal, Constitución y Derechos.

al Estado como un poder detrás del derecho suponiendo que existen dos realidades donde solamente hay una: el orden jurídico. "... el Estado no es sino el orden de una sociedad organizada políticamente y éste orden no es sino el derecho."¹

Desde este punto de vista, el poder que detenta el Estado es manifestación del derecho, por lo mismo, los órganos del Estado son también órganos de derecho, así Estado y derecho confluyen en un mismo orden lógico. Peña Freire y Ferrajoli,² concuerdan cuando opinan que todos los Estados son Estados de derecho, aun los autoritarios, siempre y cuando el poder emane de una fuente y una forma legal, y se ejerza acorde con las formas y los procedimientos requeridos. De esta forma, queda develada la vinculación del poder al derecho para transformarse en algo intrínseco a la noción de Estado como poder político y organizado.

El sistema político denominado Estado tiene al derecho como un instrumento y también como un límite a su actuación, y no es capaz de dominar las relaciones con otro sistema en su propio contexto, pues el resultado sería la desaparición del sistema jurídico. Si esto es así, entonces no existe un órgano que ostente total soberanía y que ejerza, por lo mismo, un poder absoluto incondicionado e ilimitado, poseedor de tal fuerza para violar y crear al derecho indistintamente, porque Estado y derecho son dos realidades diferenciadas, y complementarias "el poder estatal crea el derecho y lo impone, pero el derecho fundamenta y legitima al poder estatal."³ Consecuentemente, no existe un poder contenedor de todo el derecho que actúe

de forma absoluta y excluyente dentro de su contexto de competencia.

Paralelo a la acción del Estado y del orden jurídico, están las desviaciones tales como: infracciones a las leyes sancionadas por el derecho, lo cual denota que no existe un poder soberano que cree o disponga del derecho, sólo hay poderes públicos que actúan creando el ordenamiento, el cual a su vez los limita. Este dualismo, en la expresión jurídica del poder, se descubre como una forma básica de garantía frente a expresiones del mismo y se manifiesta como una constante en las relaciones entre poder y derecho, así el derecho viene a ser el medio exclusivo de expresión legítima del poder político, sin descontar que éste, también es capaz de manifestarse de otras maneras.

La forma jurídica es una manera de limitar las posibilidades de expresión del dominio, así el poder será válido y conseguirá vincularse si lo hace formalmente. La expresión jurídica no es intrínseca al poder político, es un límite del Estado en la medida en que se reglamenta y crea sus propias condiciones de producción y de control, sin embargo, es precisamente esta relación dialéctica la base del poder político conocida como Estado de derecho.

La ley considerada general y abstracta es una expresión del poder que tiene su génesis en la voluntad general y, de esta forma, se descubre la esencia garantista que el Estado liberal concede a los individuos frente al poder político. En este contexto, la ley ha sido la forma idónea de garantía contrapuesta al poder, porque define a cada quien, de forma objetiva y general, tanto su ámbito de actuación como las posibilidades y límites de su interacción con la sociedad, además limita el ejercicio del poder, aceptándolo sólo dentro del marco normativo. También es un instrumento ideal para garantizar derechos y

¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 42.

² FERRAJOLI, Luigi, citado por Peña Freire en *op. cit.*, p. 42.

³ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 45.

libertades individuales, pues a través de ella la sociedad se transforma en la voz creadora del derecho.⁴

Esta imagen de legalidad se ve superada en otro momento histórico denominado absolutismo monárquico, donde la voluntad del soberano era aceptada como fuente de derecho, característica ésta del antiguo régimen de donde después, emerge el Estado de derecho que asegurará la soberanía nacional, representadas en las asambleas como productores de la ley y fuente básica del derecho. El absolutismo monárquico, cede su lugar a un nuevo sistema y la supremacía política y jurídica se traslada al poder legislativo. Aquí, el imperio de la ley es visto como la garantía contra el arbitrio de los gobernantes, pero una vez instituido el modelo jurídico-político burgués, habrá un giro en el entorno del Estado de derecho, descubriéndose otras expresiones totalizadoras del poder. Vencido el poder absoluto del rey, y sustituido después por el de las asambleas, se obtiene como resultado un totalismo legislativo, una concepción absolutista de la ley a la que se integra la misma idea del derecho.

Los cambios que empujan la transformación y superación del modelo jurídico-político liberal, en contextos europeos, no así en América Latina, son: que el Estado de derecho concebido en un contexto y programa modernos, no alcanza a asumir los objetivos y las funciones esenciales de la forma jurídico-política conocida como Estado de derecho, el cual queda asentado en la primacía de lo personal y de lo social en las relaciones con el poder. El Estado de derecho enfrenta así serias dificultades para asegurar sus presupuestos en los inicios del siglo XX, cuando se registran situaciones políticas que exhibieron riesgos inherentes al formalismo y

al absolutismo legislativo, igual que la desviación entre el modelo liberal y su práctica social y económica. Lo jurídico refleja que la juridicidad implica una concepción del derecho como "...patrimonio civilizatorio válido por sí y no por patrocinio político."⁵ El poder carece de sentido si no es subordinado a la centralidad de la persona y de la sociedad, teniendo en cuenta que su función última es la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Asimismo, se revelará el carácter conflictivo de la realidad social y la falta de neutralidad del derecho relacionado con los conflictos sociales. Por tal motivo, la ley pierde su papel garante frente al Estado y se convierte en una forma de legitimación del poder político y expresión de la voluntad estatal, transformándose en un instrumento ideal para el ejercicio del poder, en vez de una garantía contra el arbitrio. De este modo, la norma general y abstracta ya no puede ser vista como un instrumento para asegurar la paz social. La ley supone un conglomerado social y homogéneo de individuos libres e iguales, un contexto idóneo para la regulación del ámbito jurídico, con un escaso contenido de normas generales inmóviles. Sin embargo, tanto la conflictividad social como el carácter del derecho, lo mismo que la sociedad y el mercado, rebasarían la imagen de homogeneidad proyectada por la sociedad liberal.

La ley es despojada del papel central que poseía como forma jurídica y como fuente del derecho, de esta manera, la desaparición de la homogeneidad en el plano jurídico, viene a ser el resultado de las tensiones del ordenamiento por las diversas pretensiones sociales. Estas tensiones se convierten en el verdugo que disuelve al Estado liberal. La

⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *ibidem*, p. 51.

⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *idem*, p. 54.

ley, considerada como elemento vinculante y coherente, resultado de la voluntad general, se convierte en un acto personalizado con contenidos sociales y políticos que enfrenta una crisis, pues se verá imposibilitada para abarcar todas las funciones derivadas de las necesidades de regulación social.

Según Peña Freire, estas crisis hacen dudar de la capacidad de la ley y del poder legislativo para adecuarse a la vida social y política, por lo que se buscará la superación de este Estado de derecho como modelo de orden social y, simultáneamente, se tratará de reformular y restaurar la eficacia del derecho, limitando el poder a un ámbito en donde el poder legislativo estará sometido a la Constitución. Siempre consciente de la falta de mecanismos para asegurar tal sometimiento y, como resultado, se observa una garantía constitucional que se revela totalmente ineficaz, reduciéndose a simple retórica política y, es precisamente esta incapacidad, el detonante que obligará a buscar un nivel de juridicidad superior, pues la práctica del Estado legislativo, percibido como opuesto a la dinámica y a la filosofía inherente al principio de legalidad como una forma de sometimiento del poder al derecho, revelará la necesidad de superación de dicho modelo, formulado acorde con los principios del Estado de derecho que lo engendró.

Inicialmente, el poder público está sometido a la ley, pero tal sometimiento resulta burlado al tener la posibilidad de disponer de los contenidos normativos, lo que hace necesaria la búsqueda de nuevas fórmulas para afianzar el sometimiento de todo poder al del Estado de derecho, consecuentemente, será la afirmación del carácter normativo de las constituciones una manera de asegurar la total vinculación a derecho de los poderes del Estado, lo mismo que su producción normativa. La reconfiguración del ordena-

miento jurídico, no es más que un redimensionamiento del principio de legalidad, de acuerdo con esto, sólo podrán ser Estados de derecho los modelos político-institucionales que contengan límites o vínculos materiales como condición de validez normativa. Por tanto, el principio de legalidad como sometimiento del poder al derecho, abarcará un campo de aplicación mayor que también alcanzará al poder legislativo.

La transición del Estado legislativo al Estado constitucional,⁶ supone el carácter normativo de las instituciones que integran un plano de juridicidad superior, vinculante e indisponible para los poderes del Estado, con lo que se consigue elevar la frágil imagen de la juridicidad constitucional del periodo liberal. Las normas constitucionales son situadas por encima de los poderes del Estado y lejos de la política, consiguiendo con esto que los poderes públicos no dispongan del contenido de las normas ni del derecho como realidad constituida. El carácter jurídico y vinculante de la Constitución, su rigidez y la cualificación de referentes jurídicos, como por ejemplo: los derechos fundamentales, son cuestiones a superar por el constitucionalismo actual.

Gracias a esta doble artificialidad de su “ser” y de su “deber ser” la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella a su vez está condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales.⁷

⁶ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *idem.*, p. 59.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999, p. 19.

De acuerdo con Ferrajoli, este sistema de legalidad es un modelo garantista al que el “ser” y el “deber ser” le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo.

Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa solamente sus formas de producción a través de normas de procedimiento sobre sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica.⁸

Para definir el modelo jurídico-político denominado Estado constitucional de derecho, es necesario valorar las siguientes cuestiones:

[...] a) la supremacía constitucional y la de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal o social, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos, y c) por la institucionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y a la efectividad de los sociales.⁹

Por lo cual dicho modelo es de tipo normativo y le son referidos los diversos órdenes jurídicos-políticos reales respecto del que es posible valorarlo, así que es un “ser” pero también un “deber ser” que incluye elementos, fines, valores, etc., y aun cuando

este modelo es percibido como una categoría general o normativa, no se aparta de las particulares políticas que lo plasman, ya que no es posible su realización lejos de las realidades institucionales que lo concretan.

El Estado constitucional, desde esta perspectiva, podría ser entendido como un conglomerado institucional con sentido preciso, proporcionado por los fines, valores, exigencias o imperativos de su propio modelo, normativamente es un modelo teórico que pretende proyectarse y realizarse en los órdenes jurídicos y políticos actuales.¹⁰ Esta sería una perspectiva a futuro todavía no determinable en el contexto latinoamericano.

El derecho existe como realidad conceptual, es un conjunto complejo de significados, y toda la garantía jurídica es forma que se presenta como una garantía jurídica eficaz porque condiciona la estructura y el desarrollo del ordenamiento, y esto es así “porque la relación del sistema jurídico con su entorno social no es sólo de adaptación a las exigencias del entorno, sino que existen también operaciones de conformación del entorno por el sistema.”¹¹

Admitir que la Constitución o los derechos son realidades conceptuales, no significa que no produzcan efectos reales o que se deban limitar éstos al plano conceptual. La única garantía material concebible es la denominada por Ferrajoli como garantía social,¹² percibida como una condición social de efectividad del ordenamiento constitucional y de su sistema normativo de garantías jurídicas y políticas, relacionada con lo que cada individuo identifica y percibe como sus derechos, identidad y su dignidad como ciudadano, de donde surge la disposición a luchar para defender la efectiva realización de

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *ibidem*, p. 20.

⁹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *ibidem*, p. 38.

¹¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *idem*, p. 61.

¹² FERRAJOLI, Luigi, citado por Peña Freire en *op. cit.*, p. 61.

los derechos esenciales, ya sean estos propios e individuales, ajenos o colectivos.

Luigi Ferrajoli presenta diez axiomas para explicar su Sistema Garantista, donde expresa proposiciones que prescribe lo que debe acontecer y, enuncia las condiciones que un sistema penal debe satisfacer con relación a los principios normativos internos y, los parámetros de justificación externa que lo conforman. Son implicaciones normativas o de deber ser que al unirse con los sistemas axiomáticos, engendran otros modelos normativos, tales modelos suponen una opción ético-política de los valores normativamente tutelados por ellos y sirven, además, para explicar los principios de justificación política y de afirmación jurídica de los sistemas penales específicos y, la separación relacionada a su carácter normativo entre justicia, validez y efectividad penal.¹³

Las implicaciones que componen los modelos de derecho penal, expresan una garantía jurídica que sirve para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena, tomando en cuenta la existencia de una condición suficiente por la cual está permitido castigar, o al contrario, una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido castigar. Entonces, la función concreta de las garantías en el derecho penal es condicionar o vincular y no permitir o legitimar y, consecuentemente, deslegitimar el ejercicio total de la potestad punitiva.

La garantía no es un ente abstracto que se puede escindir —ni siquiera para su estudio— de los bienes y valores garantizados..., un sistema de garantías adecuado será aquel que maximice el

grado de tutela de los valores más importantes del sistema jurídico-político en que se inserta..., mientras que un sistema que no se oriente a este fin no es que sea inadecuado sino que, simplemente, no es un sistema de garantías...¹⁴

El sistema garantista está formado por diez principios fundamentales. Los principios A-1/ A-6 enuncian garantías penales y los principios A-7/ A-10 enuncian garantías procesales y son conocidas como:

- A1 Principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito.
- A2 Principio de legalidad en sentido lato o en sentido estricto.
- A3 Principio de necesidad o de economía del derecho penal.
- A4 Principio de lesividad o de la ofensividad del acto.
- A5 Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción.
- A6 Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal.
- A7 Principio de jurisdiccionalidad en sentido lato y en sentido estricto.
- A8 Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación.
- A9 Principio de la carga de la prueba o de verificación.
- A10 Principio del contradictorio o de la defensa, o de refutación.¹⁵

Estos principios definen al modelo garantista, la regla del juego esencial del derecho penal creada por el pensamiento iusnaturalista en los siglos XVII y XVIII, concebidos

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J. C. Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995, p. 92.

¹⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 25.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 93.

como principios políticos, morales o naturales, con la finalidad de limitar el poder penal absoluto imperante en esos tiempos, concepciones que fueron adhiriéndose a las constituciones desarrolladas y, posteriormente, se transformaron en los principios jurídicos del actual estado de derecho. Ahora, la garantía puede ser objeto de un doble enfoque “...podemos verla como un elemento jurídico en relación con otros elementos o podemos verla como función de sistemas jurídicos sobre entornos sociales y políticos, ordenada y regida por la Constitución.”¹⁶

Los diez principios del sistema garantista se encuentran relacionados entre sí y cada uno está reforzado y connotado por los otros, así, su fuerza es más grande mientras más condiciones satisfacen, por eso, el sistema garantista puede debilitarse por la sustracción de algunas de las condiciones o garantías esenciales para la imposición de la pena, porque según el sistema de Ferrajoli: “No puede haber pena sin delito, sin ley, sin necesidad, sin injuria, sin acción, sin culpa, sin enjuiciamiento, sin acusación, sin pruebas y sin defensa.”¹⁷ Ferrajoli desarrolló una tipología de los modelos teóricos de derecho penal, relacionados con la cantidad o el tipo de garantías amparadas por ellos y la medida o grado de cercanía o alejamiento del modelo denominado: sistema garantista, lo cual puede ser útil para valorar los diferentes sistemas penales, y así, reconocer sus perfiles de irracionalidad, injusticia o invalidez.

Ferrajoli sugiere otros nueve sistemas sumados al sistema garantista:

- S1 sin prueba y defensa en sentido estricto.*
- S2 sin acusación separada.*
- S3 sin culpabilidad.*

- S4 sin acción.*
- S5 sin ofensa.*
- S6 sin necesidad.*
- S7 sin delito.*
- S8 sin juicio.*
- S9 sin ley.*¹⁸

Cada uno de estos sistemas, al restarle una garantía se debilita.

También presenta dos sistemas, uno basado en el principio de “*no hay pena sin ley*”, representando al estado policial, y con la particularidad de poseer leyes en blanco que aceptan intervenciones punitivas sin ninguna relación y, el otro, en el principio “*no hay pena sin indicio*” que se corresponde a la justicia patriarcal, la cual no está enlazada a ningún criterio preestablecido sino dejada a la buena voluntad del príncipe, del sabio o del pueblo.

Los sistemas de derecho y de responsabilidad penal se mueven entre dos polos identificables con el carácter condicionado o incondicionado y limitado o ilimitado del poder punitivo. El modelo garantista contiene diez condiciones o prohibiciones aceptados como garantías contra el arbitrio penal,

[...] según este modelo, no se admite ninguna imposición de la pena sin que se produzcan la comisión de un delito, la necesidad de su prohibición y su punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.¹⁹

¹⁶ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, , *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *ibidem*, p. 103.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *idem*, p. 105.

A la inversa, los modelos autoritarios enunciados en S1 a S9, se distinguen por la carencia de límites a la intervención punitiva del Estado. Por eso, el primer modelo es vinculado con el del estado de derecho, concibiéndose como un ordenamiento en donde el poder público y particularmente el penal, está estrictamente limitado y vinculado a la ley en el plano sustancial y en el plano procesal. Los últimos, sirven para conformar sistemas de control penal propios del estado absoluto, interpretándose como cualquier ordenamiento donde los poderes públicos son totales, sin obediencia a la ley, sin límites ni condiciones. Luigi Ferrajoli llama a estos dos extremos: derecho penal mínimo y derecho penal máximo respectivamente, aludiendo a los mayores o menores nexos garantistas del sistema, así como a la cantidad y calidad de las prohibiciones y las penas establecidas en él.

El derecho penal mínimo, condicionado y limitado al máximo, corresponde al superlativo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo y a un ideal de racionalidad y certeza. Así, es excluida la responsabilidad penal cuando sean dudosos o indeterminados sus presupuestos. El derecho penal máximo, incondicionado e ilimitado es reconocido por su severidad, incertidumbre e imprevisibilidad, tanto de las condenas como de las penas, se configura como un sistema de poder incontrolable por carecer de parámetros racionales de convalidación y de anulación, lo mismo que la investigación con cualquier medio de verdades sustanciales, tampoco respeta reglas procesales, lo que conduce al plano de opiniones subjetivas y de prejuicios irracionales e incontrolables de los juzgadores, “y tanto más si se une al carácter indeterminado o valorativo de las hipótesis legales de

desviación.”²⁰ De tal manera que, tanto la condena como la pena son incondicionadas, pues dependen solamente de la sabiduría e imparcialidad de los jueces.

Asimismo, existen dos formas de certeza: la relativa y la subjetiva. Se tiene la certeza del derecho penal máximo, cuando ningún culpable debe salir impune, aun con peligro de que algún inocente sea castigado. La certeza del derecho penal mínimo, sucede cuando ningún inocente debe ser castigado, aun con la incertidumbre de que algún culpable resulte impune. La certeza a la que desea llegar un sistema penal garantista, no es de que sean comprobados y castigados todos los hechos delictuosos, sino de que sean castigados solamente aquellos en donde se compruebe la culpabilidad por su comisión, aquí las dos certidumbres son subjetivas y relativas, la diferencia radica en los criterios contrarios con los que son obtenidas. La certeza del derecho penal mínimo, en donde nadie que sea inocente deba ser castigado, es el final al que deben encauzarse los procesos y sus garantías. Indica la presunción de inocencia del imputado hasta hallar prueba en contrario, exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre, la cuál resulta de una presunción legal de inocencia a favor del inculcado, ya que la certidumbre que se busca del proceso condiciona los presupuestos de la condena y de la pena y no de la condescendencia. La certeza del derecho penal máximo, se basa en que alguien que resulte culpable quede impune. Este modelo posee una estructura lógica contraria a la del derecho penal mínimo, ya que “... se preocupa por establecer, no las condiciones necesarias sino las suficientes para la condena y, no las condiciones suficientes sino las necesarias para la absolución.”²¹

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *idem*, p. 107.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *idem*, p. 109.

El derecho penal tiene el deber de decidir, así como la opción del derecho penal mínimo, en relación con el máximo, señalada únicamente por las acusaciones probadas con certidumbre, como condición de las condenas justificadas e impuestas jurídicamente, porque ése deber tiene consecuencia en la libertad de los ciudadanos.

Entonces, la formación de las certidumbres y la solución de éstas, son diferentes opciones interpretativas relacionadas con las calificaciones de derecho y convicción, están vinculadas a las pruebas de hecho y a modos alternativos entre sí.

En la práctica, por desgracia, los jueces suelen tender a confundir e intercambiar estos dos modos de solución de las incertidumbres: unas veces enmascarando los defectos de estricta legalidad de las normas y los espacios de arbitrio originados por ellos tras la pantalla de la libre convicción y, otras veces supliendo los defectos de estricta jurisdiccionalidad y la pobreza de las pruebas con la extensión de los supuestos típicos legales en el ámbito interpretativo.²²

2. Modelo garantista

La garantía es un concepto con muchas dimensiones, no hay una entidad que pudiera utilizarse como base para el conocimiento de la garantía susceptible de ser aislada, descompuesta o utilizada como factor de exclusión conceptual. La posibilidad de encontrarla existe, solamente, en el análisis de otros elementos del sistema y en la reproducción de las relaciones jurídicas, con lo cual

se puede ver que el concepto de garantía, no es un ente abstracto e indivisible de los bienes y valores garantizados. Un sistema garantista ideal, es aquél que demuestra el mayor grado de tutela de los valores del contexto jurídico-político en que se inserta. Sin embargo, la garantía no podrá ser perfecta como no lo será, tampoco, ningún sistema de garantías, según Peña Freire la gradualidad es resultado de los valores plasmados en los modelos normativos, igual que la incapacidad para su realización, esto es probablemente por la vinculación contra fáctica entre el ámbito del “ser” y del “deber ser”.

Las proposiciones del mundo del ser son: fácticas, descriptivas de hechos, susceptibles de verificación/falsación, ónticas, susceptibles de demostración y probabilística o binarias. Las proposiciones del mundo del deber ser son: contra fácticas, prescriptivas de normas o valores, válidas / inválidas, justas / injustas, eficaces / ineficaces, etc., deónticas, susceptibles de argumentación, probabilísticas o graduales.²³

Las relaciones entre valores, normas y hechos son contra fácticas, pues los valores son de imposible realización, aunque se logra cierto acercamiento. Por lo tanto, es imposible la total coincidencia entre realidades valorativas y realidades efectivas, esto es del “deber ser” al “ser”. Sin embargo, la relación entre estos valores, normas y prácticas, se posibilita gracias a una adecuación que permite la formulación de juicios críticos de grado, por lo que garantías, desde esta perspectiva, son:

²² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *idem*, p. 33.

²³ SERRANO, José Luis, *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999, p. 28.

[...] todos aquellos procedimientos funcionalmente dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la máxima corrección y la mínima desviación entre planos y determinaciones normativas del derecho y sus distintas realizaciones operativas, es decir, entre las exigencias constitucionales o normativas y la actuación de los poderes públicos, entre los valores inspiradores del sistema constitucional y su configuración normativa o institucional.²⁴

En los países desarrollados, el derecho penal actual es un derecho moderno, fundado bajo principios garantistas clásicos, tales como: estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, responsabilidad personal, juicio oral y contradictorio entre las partes, y la presunción de inocencia. Pertenecen a la tradición ilustrada y liberal del siglo XVIII, donde florecieron las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las políticas de la separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitarias del derecho y de la pena.²⁵

Este derecho moderno tiene su fundamento en la suposición de la interacción entre hombres, como individuos libres e independientes, sujetos por su propia voluntad, formulada política y jurídicamente.

De esta manera Estado moderno y derecho se nos presentan como categorías unitarias de correspondencia sociohistórica, en donde el Estado se constituye en la esfera de mediación de la praxis social y, el derecho en el momento formalizado de tal mediación.²⁶

Los principios garantistas clásicos lograron afianzarse en las constituciones modernas, logrando un sistema coherente, esto probablemente porque las percepciones se conformaron como un esquema cognitivo, útil para identificar la desviación penal, cuyo objetivo fue conseguir mayor racionalidad y fiabilidad de juicio en la limitación de la potestad punitiva y, en la tutela de la persona contra las posibles arbitrariedades. Los elementos constitutivos de tal esquema, son de dos tipos: a) el que tiene que ver con la definición legislativa y, b) el que se relaciona con la comprobación jurisdiccional de la desviación punible, respondiendo a las garantías penales y procesales del sistema que reproducen.²⁷

De esta forma, dentro de la concepción garantista está el convencionalismo penal, el cual resulta del principio de estricta legalidad, mismo que a su vez se presenta como una técnica legislativa, con el objetivo de excluir las convenciones penales por arbitrarias y discriminatorias, pues son referidas no a hechos sino a personas.²⁸ El principio de estricta legalidad, acepta sólo reglas de conducta que imponen una prohibición cuya estructura es de una acción respecto de lo que es posible, la cual, además, debe ser imputable a la responsabilidad de su autor. Por tal motivo, la ley sólo puede calificar como penalmente relevante los comportamientos empíricos, especificados y reconocidos como tales y, además, atribuibles al individuo.

El principio de legalidad penal comporta como exigencias inmediatas, las de claridad y taxatividad en la determinación de las conductas prohibidas y de las sanciones aplicables. Claridad

²⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 28.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 33.

²⁶ HERNÁNDEZ, Tosca, *El derecho en la dinámica orden-obediencia de los sistemas de significación social*, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, s/f y s/p.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 34.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *ibidem*, p. 35.

y taxatividad son condiciones imprescindibles de la seguridad jurídica. Pero, para que pueda hablarse de seguridad jurídica es preciso, además, que se haya determinado de antemano qué conductas constituyen delito y cuáles no, y qué penas son aplicables en cada caso.²⁹

En cuanto a la determinación, es necesario que el legislador la asiente, porque de no ser así los ciudadanos quedarían a merced de los jueces. En la teoría clásica del derecho y la concepción jurídica liberal, se encuentran dos importantes logros: a) la garantía para los individuos en un plano abstracto de libertad, debido a que sólo puede ser castigado por lo que está expresamente prohibido en la ley y nada más y, b) la igualdad jurídica de todos los individuos ante la ley. “La igualdad no se enuncia respecto de los hombres, sino de las leyes al regular sus derechos e interrelaciones, y de los tribunales al interpretar y aplicar dichas leyes.”³⁰

En la concepción garantista, también está el cognoscitivismo procesal en la particularización y especificación de la desviación punible, esto afecta los pronunciamientos jurisdiccionales. El presupuesto de la pena debe ser la comisión del hecho expresado en la ley, así como la hipótesis de la acusación, de tal forma que pueda ser susceptible de prueba o impugnación judicial.

Según Aristóteles:

[...] corresponde a las leyes bien dispuestas determinarlas por sí, en cuanto sea posible todo y, dejar a los que juzgan lo menos posible [...] pero es forzoso que a los jueces se les deje la

decisión sobre si algo ocurrió o no, y si es o no es pues no es posible que eso lo prevea el legislador.³¹

De aquí surge un modelo teórico y normativo del proceso penal, es una línea cognitiva donde la calificación del hecho que la ley tiene como delito, posee el carácter de un procedimiento probatorio e inductivo que no acepta valoraciones, admitiendo solamente aserciones o negociaciones.

La jurisdicción es una actividad normativa muy particular, debido a su fundamentación basada en aserciones supuestamente verdaderas y, no sólo por prescripciones, esto es así porque está vinculada a la aplicación de la ley y a los hechos juzgados a través del reconocimiento de la misma, igual que al conocimiento de los hechos juzgados.

Se podría decir que una justicia penal sin arbitrariedades debe ser “con verdad”, basada sobre juicios penales y sujetos a verificación empírica. Se tiene entonces que, es por convención jurídica y no por inmoralidad o anormalidad, por lo que un comportamiento aparece como delito, lo mismo que la condena del responsable no es un juicio moral, tampoco un diagnóstico de su naturaleza anormal o patológica. Como resultado, se excluye toda función ética o pedagógica de la pena, pues es vista como aflicción valorada e intangible, establecida previamente por la ley, la cual no puede modificarse con tratamientos de tipo terapéutico o correccional.

Ferrajoli acepta que el esquema del modelo penal garantista es de tipo ideal y, hasta ahora, no ha sido posible realizarlo debido a la imposibilidad de la verificación total y absoluta de las acciones punibles, pues tanto el término verdadero como sus criterios, durante el proceso, exigen márgenes de discrecionalidad. Además:

²⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, Tirant to blanch, 1999, p. 71.

³⁰ CASTRO V., Juventino, *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1994, p. 191.

³¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 37.

[...] la garantía es gradual, es decir, nunca se garantiza todo o nada, sino que hay grados de garantía y, por el mismo motivo, nunca hay ni garantías perfectas ni sistemas perfectos de garantía sino expresiones más o menos adecuadas de garantía.³² Esta gradualidad es consecuencia de la expresión de valores por los modelos normativos y de la imposibilidad de su realización efectiva, dada la relación contra fáctica existente entre el campo del ser y del deber ser.³³

Entonces, por más perfeccionado que se encuentre el sistema de garantías penales, es imposible la certeza y la objetividad totales en la verificación jurídica de los específicos presupuestos legales de la pena. La interpretación de la ley, es una actividad que requiere de conocimiento científico y de una elección práctica de hipótesis interpretativas y, el resultado es el ejercicio de un poder en la calificación legal de los hechos juzgados. El juez debe comprobar los hechos relacionados en la ley, discerniendo las connotaciones particulares que transforman a cada hecho específico. Sin embargo, dichas connotaciones no son del todo predeterminables legalmente, pues, por lo general, vienen remitidas al criterio del juez, la cual es una función cognoscitiva acompañada de una valorativa. De acuerdo con Montesquieu:

Los jueces de la Nación no son, como hemos dicho, 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.³⁴

Debido a la vinculación entre la estricta jurisdiccionalidad y la estricta legalidad y a la incapacidad del modelo penal garantista, para satisfacer el plano legislativo, se abren espacios inevitables de discrecionalidad en el plano judicial, donde el juez no puede evitar su responsabilidad política, electiva ni decisiva. Lo cual revela una contradicción que podría afectar los fundamentos de legitimidad de la jurisdicción penal, así como la valoración de la cultura liberal-garantista. Son estos espacios los que descubren el carácter ideal del modelo penal garantista, pero, según opinión de Ferrajoli, es posible aspirar a que dicho modelo sea satisfecho a través de técnicas legislativas y judiciales acordes, diferenciando tanto los límites como los márgenes que no sea posible suprimir, tales como: la subjetividad al interpretar la ley, al argumentar las pruebas, al valorar la especificidad de los hechos, de los espacios normativos de arbitrio evitables y, las lesiones de hecho en el plano judicial. “La garantía, realidad multidimensional, relacionada y funcional que existe y que puede ser analizada sólo en relación con el sistema jurídico en que acaece.”³⁵

Ferrajoli afirma que la aplicación de este modelo es una utopía liberal, pero que podría concebirse como medida y fundamento de racionalidad de todo sistema penal garantista, utilizándolo como criterio de valoración para medir el grado de validez o invalidez, legitimidad o ilegitimidad constitucional de las instituciones penales y procesales y, su funcionamiento específico.

Es necesario remarcar que para que esto sea posible en América Latina, se requieren verdaderos cambios de tipo estructurales, institucionales, organizacionales, culturales e ideológicos, que podrían, en un momento

³² PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 26.

³³ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *ibidem*, pp. 26-27.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 39.

³⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *op. cit.*, p. 31.

dado, llegar a ser los pilares que sostengan la estructura para el comienzo de un Estado de derecho ideal. Por ahora, la realidad es reflejada por diversas visiones, concepciones y perspectivas de otros contextos tales como el Europeo, mismo que va dando la pauta para incursionar en los otros aspectos útiles para ir transformando, paulatinamente, los ámbitos culturales, políticos, económicos e ideológicos y, con esto, preparar un terreno fértil para arribar a un mejor espacio, más dispuesto, culturalmente hablando y se posibilite la transición del nivel formal al real.

3. Modelo autoritario

El modelo garantista de legalidad penal y procesal, tiene una antigüedad de dos siglos solamente, tanto sus lesiones como sus refutaciones se denotan en las discrepancias entre principios y prácticas, entroncados a una tradición autoritaria. El modelo de derecho y de proceso penal, nacidos de esta tradición, se conforma como un esquema penal específico antigarantista, caracterizado por dos elementos opuestos a esta concepción: uno relativo a la definición normativa y, el otro a la comprobación judicial de la desviación penal.

Acorde con la concepción de la desviación penalmente relevante, el objeto de conocimiento, así como del tratamiento penal es el delito. Además de la desviación criminal, considerada como inmoral o antisocial y, a su lado, el delincuente, es visto como un antisocial cuya conducta se concreta en un delito que es percibido como una expresión incierta, suficiente pero no necesaria para acreditar el castigo. Tal perspectiva, se ha ido transformado paulatinamente con las doctrinas moralistas que conciben al delito como un pecado, las doctrinas naturalistas que individualizan

al mismo como un signo de anormalidad o, como una patología psicofísica del individuo y, las pragmatistas y utilitaristas que le dan importancia al delito, sólo como un síntoma privilegiado y preocupante de la capacidad de peligro que posee el sujeto.

Según Ferrajoli, tales representaciones se reflejan en una desvalorización de la ley, pues ésta es el único criterio definitorio de hechos delictuosos. Una técnica generalizada es la previsión de figuras delictuosas, flexibles e inespecíficas, ideales para englobar, en términos vagos, modelos generales de desviación, en lugar de obedecer a supuestos típicos criminosos, empíricamente determinables y expresamente señalados en la ley. Ejemplo de ello, es la concepción positivista-antropológica de la visión penal que engendró al “delincuente nato”, con acciones legalmente expresadas y judicialmente probadas como delitos y, de presupuestos subjetivos como la simple sospecha de haber realizado un delito o, por la supuesta peligrosidad del individuo, valorada, también subjetivamente, a partir de cuestiones personales. El principio de estricta legalidad establece que, nadie puede ser castigado más que por un hecho ya cometido y previsto por la ley como delito, sin embargo, se castiga lo que es pecado no lo que está prohibido y, dicho castigo, no se infringe por lo que se ha hecho sino por lo que se es.

Otro aspecto de la visión antigarantista es el decisionismo procesal, el carácter no cognoscitivo sino potestativo del juicio y de la pena. Esta subjetividad se observa en dos direcciones: a) el carácter subjetivo del tema procesal, consistente en condiciones o cualidades personales, en lugar de hechos determinados como por ejemplo: la congénita naturaleza criminal o la peligrosidad social y, b) el carácter subjetivo del juicio que al no tener referencias reales, precisas y estricta-

mente delimitadas, resulta como consecuencia, valoraciones, diagnósticos o sospechas subjetivas, en lugar de pruebas de hecho.

Según el multicitado autor, el primer factor de subjetivación, conlleva una perversión inquisitiva del proceso, para después encaminarlo, no a la comprobación de los hechos objetivos sino hacia el análisis interior del sujeto juzgado. El segundo factor, desvalora la verdad procesal de verdad empírica pública e intersubjetiva controlable, a un convencimiento subjetivo e irrefutable del juzgador, resaltando el poder de etiquetamiento y de inquisición del juez y, así, el juicio penal termina por ser un juicio “sin verdad”, encaminado por juicios de valor no verificables ni refutables, pues debido a su naturaleza, no pueden ser calificados simplemente como verdaderos o falsos, y son confiados al criterio de los jueces.

Aparte, el modelo de juicio penal potestativo posee una intrínseca naturaleza autoritaria, al contrario que el cognoscitivo, pues adolece de una delimitación normativa estricta de los hechos que deben comprobarse, así, el juicio se inclina más hacia la autoridad del juez en lugar de la verificación empírica de los hechos. Además, su carácter no cognoscitivo y su falta de vinculación a la ley se oponen a su naturaleza jurisdiccional, porque si jurisdicción es un procedimiento de los presupuestos de la pena que se manifiesta en aserciones empíricamente verificables y refutable, entonces, cualquier acción punitiva opuesta a este esquema es algo diferente a la jurisdicción. Se revela, entonces, una actividad administrativa o política, con fuertes tintes de discrecionalidad que afecta las libertades individuales y, consecuentemente, tiende a desembocar en el abuso. La estricta legalidad conforma, finalmente, el rasgo distintivo de la jurisdicción penal: “...en el sentido de que sus pronunciamientos, a diferencia

de lo que ocurre en cualquier otra actividad pública, la ley aspira a predeterminar no sólo las formas sino también los contenidos.”³⁶

De esta forma, Luigi Ferrajoli muestra dos modelos: el modelo sustancialista y el formalista, defensores ambos de un distinto tipo de verdad jurídica. La verdad perseguida por el primer modelo, es una verdad sustancial o material, absoluta, sin límites y de confines legales posibles, aun sobre las rígidas reglas procedimentales, perseguida sin reglas ni controles y, con una predeterminación empírica de las hipótesis de indagación que termina por ser un juicio de valor arbitrario, lo cual está acorde con la concepción autoritaria e irracional del proceso penal.

Al contrario, en el segundo modelo, se busca la verdad formal o procesal a través del respeto a reglas precisas y, con relación a hechos y circunstancias expresados como penalmente relevantes, verdad que no puede obtenerse por medio de indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal, sino condicionadas en sí mismas por el respeto a los procedimientos y a las garantías de la defensa, es una verdad mucho más controlada en cuanto al método de adquisición, pero es más reducida en cuanto a su contenido informativo.

“Éste, por lo demás, es el valor y, a la vez, el precio del formalismo: que en el derecho y en el proceso penal preside normativamente la indagación judicial, protegiendo, cuando no es inútil ni vacuo, la libertad de los ciudadanos precisamente contra la introducción de verdades sustanciales tan arbitrarias como incontrolables.”³⁷

³⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 44.

³⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, *ibidem*, p. 45.

4. Conclusiones

Los juristas opinan acerca del Estado de derecho pero no siempre coinciden con los analistas políticos, la diferencia sustancial estaría representada básicamente por el poder. Desde una perspectiva jurídica, podría decirse que la idea de un Estado de derecho sería la de conjugar dos concepciones: la concepción de legalidad y la concepción de legitimidad, es decir, un Estado de derecho no sólo es legal sino además legítimo y, se expresa en el desarrollo sistémico de instituciones y de normas destinadas a garantizar tanto la legalidad como la legitimidad. “La plena realización de la legalidad como sustento teórico del Estado de derecho únicamente se ha concretado en lo que se conoce como el Estado moderno.”³⁸

Con Ferrajoli se tiene la concepción más acabada de un Estado de derecho democrático, su concepción sustenta al sistema penal fundamentándolo en el desarrollo de un modelo de garantías que le devuelve su carácter ilustrado al derecho penal y, desde la perspectiva jurídica, al hablar del Estado de derecho también se tendría que hablar de las instituciones y de las garantías de un sistema normativo, el cual está planteado como límite del Estado frente al individuo o, como límite a las potestades del estado, pero una de las críticas a esta concepción jurídica del Estado de derecho, radica precisamente en que no deja de ser un modelo ideal.

Cuando Ferrajoli plantea su sistema de garantías, señala la ausencia de un sistema jurídico penal en el mundo que cumpla con

todas las garantías. Al desarrollar estas garantías, ofreció una visión sistémica del derecho penal en la que cada garantía supone a la anterior, la derivación en cada garantía supone su concatenación con cada una de las anteriores, de modo que es un sistema cerrado y, por lo tanto, es un sistema ideal. Ninguna legislación en el mundo es estrictamente garantista, por lo tanto, no existe un ejemplo real, pero sí se podría detectar cuáles son los ordenamientos con tendencias graduales hacia el lado garantista o hacia el autoritario.

Según Celia Suay, tanto la concepción del Estado y de los poderes políticos empíricamente organizados, así como del mismo derecho, deben tener una función instrumental, el Estado debe estar para los individuos y no los individuos para el Estado. Es lo que debería ser y, esto se conoce, precisamente, como el “*deber ser*”. Cada una de las instituciones públicas, cada funcionario, debe ser servidor protector, y promotor de los derechos de los ciudadanos, la mayoría de las constituciones y declaraciones de derechos expresan formalmente estas ideas.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, es una resolución adoptada por unanimidad en diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. El objetivo de esta declaración, es promover y potenciar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Proclama los derechos personales, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del hombre, limitados por el reconocimiento de los derechos y libertades de los demás, los requisitos de moralidad, orden público y bienestar general.

Lo expuesto en la Declaración ha reivindicado a la persona humana y, en las constituciones, se reconocen las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, con la principal finalidad de pro-

³⁸ BERGALLI, Roberto, “Movimientos sociales, pluralismo jurídico y alternativas al sistema de justicia criminal”, en *Política criminal y sociología jurídica*, Augusto Sánchez Sandoval y Venus Armenta Fraga (coords.), 1a. ed., México, 1998, UNAM-ENEP Acatlán, p. 190.

teger los derechos esenciales del hombre y crear las condiciones que le permitan progresar espiritual y materialmente, para alcanzar la satisfacción de sus necesidades básicas. También se ha reconocido que estos derechos esenciales no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. El problema es que estas declaraciones poseen un carácter formal y la cuestión radica en que se debe buscar la manera de llevarlas al terreno fáctico.

De la posición prominente de los derechos, resulta el carácter instrumental del Estado social democrático de derechos y principios sociales, éste no se justifica por sí mismo sino por su instrumentalidad en favor de los individuos, pues los derechos se realizan en sociedad. La estructura política en general y, las instituciones en particular, ni se agotan ni son un fin en sí mismas, sino más bien, son los medios a través de los cuales los individuos pueden hacer realidad sus derechos y libertades en la vida social. Así pues, en la organización política y jurídica, establecida constitucionalmente, el elemento primordial debe ser el sistema de derechos y libertades.

De esta forma, los poderes públicos y las instituciones Estatales, tienen un carácter instrumental respecto a los sujetos y sus derechos. Lo cual permite interpretar los textos constitucionales a la manera como los revolucionarios liberales concibieron el Estado, con una estructura apta para realizar los derechos de los sujetos, encaminados hacia la satisfacción de sus necesidades básicas. El objetivo de la organización jurídica y política es promover el bien de todos, mediante una convivencia democrática, contemplada desde la Constitución y desde los grupos organizados con valores como la libertad, la justicia, la seguridad, el pluralismo político, etc., y conforme a un orden económico social. La organización po-

lítica mediante la cual se va a conseguir este propósito es el Estado social democrático de derecho, cuyo objetivo debe ser el florecimiento de una mejor vida para todas las personas. Por tanto, la justificación del Estado, debe ser la realización de los derechos de los ciudadanos, por eso, el Estado social democrático y de derecho, no puede ser justificado como estructura de poder y dominación.

Al lado del sistema de derechos, las constituciones prevén, también, otros elementos institucionales tales como: las cámaras legislativas, la administración pública, el poder judicial, estructuras, como el proceso de crédito y gastos públicos, distribución de la riqueza, entre otros. Estas instituciones, estructuras y procesos, previstos en las constituciones como eventos de la organización social y política, son los instrumentos que permiten a los poderes públicos, realizar los objetivos constitucionales que tienen encomendados dentro del conjunto de sistemas de derechos, instituciones, valores, principios y garantías constitucionales que constituyen las bases de la organización política y social, lo cual es competencia de los poderes públicos, junto con el respeto, defensa y promoción de los derechos, así como el funcionamiento, la equidad y la promoción de las instituciones. Los derechos, son el fundamento básico del orden político jurídico institucional. Las normas relativas a los derechos, sean normas constitucionales o normas internacionales, procedentes de las declaraciones y pactos internacionales, son aplicables directamente, pues los derechos, para poder ser reclamados jurídicamente, no precisan de leyes estatales que los apoyen, porque están por encima de las leyes de los Estados.³⁹

³⁹ SUAY, Celia, "Teoría del delito y de la pena y derechos fundamentales", discurso del Master Internacional Derecho Penal, Constitucional y Derechos en la UAM, México, 1999.

Según Celia Suay, las normas internas deben ser interpretadas de acuerdo con las normas constitucionales e internacionales de derecho y no a la inversa, en los ordenamientos internos, los derechos humanos poseen una doble consideración: Una subjetiva y otra objetiva. Considerandos subjetivos, son aquellas posibilidades, para el sujeto, de participación y desarrollo. Considerandos objetivos, son los fundamentos del orden político y jurídico, de modo que es ahí, donde se deriva que todos los poderes públicos deben estar comprometidos con la defensa, respeto y promoción de los derechos de las personas. Así, se revela que todos los poderes públicos deben orientar su actividad a favor de los derechos y, no en el enfrentamiento o consolidación de su propio poder.

Es esencial la defensa de los derechos propios o ajenos porque, naturalmente, los derechos son el fundamento del orden político y jurídico, éste es el significado de los derechos en un Estado democrático social y de derecho. En ocasiones, el juez, en el ejercicio de sus deberes, llega a situaciones sociales en las que los derechos de los más fuertes impiden el ejercicio de los derechos de los más débiles.

Es en México, donde aparecen por vez primera los derechos sociales expresados en la Constitución de 1917 y, de ahí se han ido incorporando a otros ordenamientos.

González Vidaurri, alude a la Constitución Política mexicana, donde se establece, en el artículo 49, que el supremo poder de la federación se divide para su ejercicio en: Legislativo, Ejecutivo y Judicial y, también que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo en el caso de facultades extraordinarias del Ejecutivo de la Unión. Pero en el artículo 80 se establece que el ejercicio del Supremo

Poder Ejecutivo de la Unión se deposita en un solo individuo: El presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Y de acuerdo con los artículos 89-XVIII, 96 y 98, es el presidente quien nombra a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la aprobación de la Cámara de Senadores. Y también, es en ese artículo 89-XII donde se expresa que corresponde al presidente de la República, ejecutar el equipamiento y la satisfacción de las necesidades del órgano judicial. Además, según el artículo 89-XVIII, el presidente de la República, debe someter las licencias y las renunciaciones de los ministros de la Suprema Corte de Justicia a la aprobación de la Cámara de Senadores y, acorde con el artículo 89-I, sólo el poder Ejecutivo puede promulgar y ejecutar las leyes que aprueba el poder Legislativo.

La creación de las leyes es por iniciativa del presidente de la República, de los diputados y senadores del Congreso de la Unión o de las Legislaturas de los estados, artículo 71. Además, es el poder Ejecutivo, con las fuerzas armadas y las policías bajo sus órdenes, el que se constituye en el poder efectivo para la planeación, definición, promulgación y ejecución de las normas jurídicas que rigen las políticas penales y administrativas, así lo establecen los artículos 89-IV a VII y 89-I, respectivamente.

Así pues, y según opinión de la citada autora, en el Estado de derecho mexicano no puede hablarse de la existencia de una separación de poderes, porque tanto el Poder Judicial como el Poder Legislativo no son independientes del Poder Ejecutivo y, cada presidente crea su sistema de normas constitucionales, legales y reglamentarias, necesarias para responder a la realidad de la vida social. De esta forma, obtiene las estructuras jurídicas necesarias, transformándolas tantas veces como sea posible durante cada sexe-

nio, consiguiendo con esto un caos legislativo, favorecedor de abusos de poder. Esto se puede constatar en las reformas, en 1993, a los artículos constitucionales 16, 20 y 119 relativas a la libertad de las personas, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de septiembre del mismo año. También en las reformas de los artículos constitucionales 16, 20 y 22 en 1996, mismas que se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de julio del mismo año, donde se refieren a restricciones al derecho a la vida privada y al derecho a la libertad: en el artículo 16, se integró la facultad para que los jueces federales, a petición de cualquier autoridad federal que faculte la ley o, del titular del Ministerio público de una entidad federativa, puedan “autorizar la intervención de cualquier comunicación privada”, motivado por autoridad competente, excepto las relativas a materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral, administrativo o, las comunicaciones del detenido con su defensor.

En el artículo 20, se otorga poder a los Ministerios públicos para que en caso de delitos que no sean calificados como graves, se solicite a los jueces,

[...] negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad”. *El artículo 22, integra la autoridad para que los jueces ordenen el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado por delitos de los pre-*

vistos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.⁴⁰

Estos cambios en la Constitución, entrañan una restricción a las garantías, así como la implementación de un “*Estado de excepción permanentes*”, pues en el artículo 107-XVIII, ahora derogado, los Ministerios públicos no estaban facultados para detener a las personas por más de 24 horas, en este lapso debían, obligatoriamente, presentarlo ante un juez. Los cateos sólo podían realizarse mediante autorización de los jueces, y las extradiciones se resolvían, únicamente, por decisión judicial. Respecto a los cateos, en el caso de los indiciados, los Ministerios públicos son facultados para practicar el aseguramiento y entrega de los objetos, instrumentos o productos del delito, por lo cual se les otorga poder para llevar a cabo dichos cateos y, así, obtener los bienes. De esta manera, y acorde con el artículo 119, los jueces autorizan unos cateos y los Ministerios públicos otros. Como resultado, se tiene que el poder ha conseguido que lo que anteriormente era calificado como violación de garantías y abusos de poder, actualmente se haya elevado a la categoría de normas obligatorias, eliminando así, los derechos civiles que los ciudadanos ya habían adquirido. La historia nacional, no ha logrado la instauración de un Estado de derecho, y menos de un Estado racional donde los individuos sean reconocidos y valorados como entes autónomos, tanto en su persona como en su libertad. Las relaciones violentas entre dominadores y dominados en México, se inclinan hacia

⁴⁰ GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia *et al.*, *Control Social en México, D.F. Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*, ENEP-Acatlán, 1988, pp. 72-77.

un Estado de derecho autocrático, donde lo esencial no es la permanencia ni la seguridad del derecho, ni de la ley, sino la voluntad de decisión del poderoso.⁴¹

El Estado de derecho sería aquel, que no obstante estar fundamentado en normas jurídicas, éstas obedecen en su creación y en su jerarquía a los principios generales de derecho de: legalidad, generalidad, técnica y sistemáticas jurídicas, para que las normas promulgadas y hechas en el marco del derecho positivo tengan carácter general, de tal manera que sean aplicables para todas las personas y no existan excepciones; pero además, que sean taxativas, claras, precisas y cerradas, que guarden una jerarquía y estén debidamente ordenadas en cuerpos jurídicos integrales, para evitar el reenvío a otras leyes y la generalidad conceptual, que son patrimonio de las legislaciones hechas para legitimar a las tiranías.⁴²

Resumiendo, en México existe una cultura jurídica homogénea, en proceso constante, con avance lento, controlada e ideologizada, sin embargo, en un afán justificador, se podría hablar de un avance paulatino hacia un estado transitorio con cierta tendencia gradual legalista, como herencia de los movimientos históricos, derivado de la génesis autoritaria del Estado mexicano, a una inclinación hacia el garantismo, lo que se revela con los acontecimientos, que aunque aislados, se han manifestado últimamente en el ámbito judicial, lo mismo que en el académico, mismo que se abre a los análisis y

planteamientos de problemas actuales con perspectivas distintas, acontecidas en otros contextos y con temas diversos de investigación, cuyo contenido y visión diferentes, son desarrollados de forma general en otras partes del mundo, como es el caso de la zona europea, la cual surge como reflejo de las necesidades y exigencias del mundo globalizado.

Existen muchos factores que intervienen para determinar el grado de garantismo o autoritarismo en un sistema penal, aquí solamente se trataron algunas de esas variables, pues este análisis es insuficiente por no contar con todos los elementos que conforman el ámbito pedagógico, judicial y penal. La intención de esta breve reflexión no es calificar ni concluir determinante las tendencias en la impartición de justicia del sistema penal mexicano, pues no se abarcaron todos los elementos necesarios para hacerlo, lo único que se pretende es abrir líneas de investigación que permitan temas nuevos como parámetros para el auxilio en la creación de una justicia alternativa, más sana y acorde con modelos penales difundidos e implementados en otros lugares, donde se lucha por hacer efectivas las disposiciones constitucionales, tales como el respeto de los derechos y garantías fundamentales del individuo en el plano fáctico.

Es muy difícil adentrarse en el mundo de la justicia penal, tomando en cuenta que el ámbito de los operadores penales es totalmente hermético y, el castigo, las formas y procedimientos relativos al mismo, aseguran su propia dinámica, misma que es dictada por las necesidades del sistema que se autoconstruye, para responder a las circunstancias particulares de su específico contexto, pero siempre, oculta a la mirada de los demás.

⁴¹ GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, *ibidem*, p. 78.

⁴² GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, *idem*, pp. 70-71.

Bibliografía

- BERGALLI, Roberto, “Movimientos sociales, pluralismo jurídico y alternativas al sistema de justicia criminal”, en Augusto Sánchez Sandoval y Venus Armenta Fraga (coords.), *Política criminal y sociología jurídica*, 1a. ed., México, ENEP Acatlán, 1998.
- CASTRO V. Juventino, *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1994.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Vives Antón, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, A. Ruíz Miguel, J. C. Bayón Mohino, Juan Terradillas Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto A. Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia *et al.*, *Control Social en México, D.F. Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos*. ENEP-Acatlán, 1988.
- HERNÁNDEZ, Tosca, *El derecho en la dinámica orden-obediencia de los sistemas de significación social*, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, s/f.
- PEÑA FREIRE, A. Manuel, *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Madrid, Trotta, 1997.
- SERRANO, José Luis, *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999.
- SUAY, Celia, “Teoría del delito y de la pena y derechos fundamentales”, discurso del Master Internacional Derecho Penal, Constitución y Derechos en la UAM, México, 1999.