

# DEMOCRACIA Y DERECHO PENAL EN MÉXICO: UNA NOTA<sup>1</sup>

Miguel CARBONELL<sup>2</sup>

[...] la prisión fabrica delincuentes, pero los delincuentes a fin de cuentas son útiles en el dominio económico y en el dominio político. Los delincuentes sirven.

Foucault, Michel, *Microfísica del poder*.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho penal y marginalidad social*. III. *La criminalidad del poder y desde el poder: la corrupción*. IV. *La pobreza del derecho penal o el derecho penal contra la pobreza*. V. *Otro tema pendiente: cárceles y readaptación social*. VI. *De vuelta al principio: por un derecho penal democrático*.

## I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo se dirige a poner de manifiesto algunos aspectos de las relaciones entre el derecho penal y la democracia en México. El objetivo no es tanto demostrar que un Estado democrático demanda y necesita un

1 Estas líneas han sido redactadas como un homenaje modesto al maestro Sergio García Ramírez. Poco es lo que puede decirse que no sea ya conocido por todos sobre la personalidad y el papel que García Ramírez ha tenido en el desarrollo del derecho penal en México. El maestro ha estado en casi todos los frentes de batalla del derecho penal mexicano. Tanto desde la cátedra como desde la dirección de varios reclusorios, desde el cubículo de investigador, desde las oficinas de las Procuradurías, del Distrito Federal primero y General de la República después, García Ramírez ha sabido inundar todas sus actividades con su espíritu humanista, imbuido de una fe enorme en las calidades y posibilidades del ser humano, sobre todo en las del ser humano que delinque. No resulta fácil entender como en un panorama tan desolador como lo es el del derecho penal mexicano de finales de siglo puede de pronto surgir una personalidad como la de García Ramírez. Decir que es un ejemplo para todos nosotros es decir muy poco. Estamos ante uno de los más grandes penalistas mexicanos de todos los tiempos y ante uno de los mejores de toda nuestra América Latina. Ojalá sus enseñanzas sean pronto recogidas por todos aquellos que tienen como tarea fundamental hacer del derecho penal un instrumento de promoción y defensa de la dignidad del hombre.

2 Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

derecho penal igualmente democrático (lo cual es rigurosamente cierto), como el de subrayar el hecho contrario de que un mal derecho penal puede arruinar cualquier democracia. O dicho en otras palabras, se trata de apuntar algunas cuestiones sobre la función del derecho penal en un contexto político democrático, pero también en un contexto social —como el latinoamericano— sumamente fragmentado y en el que coexisten grandes acumulaciones de capital al lado de enormes bolsas de pobreza. Junto a lo anterior, también se dirá alguna cosa sobre el problema de la corrupción, fenómeno por cierto omnipresente en el panorama penal mexicano (aunque no sólo en él). Para finalizar se intentará esbozar una breve reflexión para un eventual replanteamiento del papel del derecho penal en una democracia.

En México, se corre el riesgo de perpetuar, a través del uso del sistema penal, una realidad sociopolítica que no puede tener cabida en un Estado democrático. Me refiero a la reproducción de la lógica autoritaria, alejada de la mirada pública, y que se encuentra al servicio del mantenimiento y consolidación de posiciones de poder real dentro de la sociedad mexicana, lógica que durante tantos años se ha mantenido intacta en el país y que apenas empieza a ser modificada.<sup>3</sup>

El uso patrimonialista del procedimiento penal (desde la averiguación previa hasta el juicio de amparo) y del sistema penitenciario por parte de quienes se supone que tendrían que defender el interés general es una lacra del pasado que se compagina mal con el advenimiento de la proclamada democracia mexicana.<sup>4</sup>

Paolo Flores D'Arcais señala que

en contraste con cualquier época precedente, la época moderna (o mejor aún: contemporánea) puede ser interpretada —ante todo y comúnmente— como época del desfase; de la diferencia entre lo que se anuncia y lo que se realiza,

3 En la literatura jurídica se ha hecho poco caso de las condiciones del sistema político nacional para entender y explicar el funcionamiento del orden jurídico nacional; dentro de la vastísima literatura producida por la ciencia política mexicana, pueden citarse, a modo de ejemplo solamente, Merino Huerta, Mauricio, *La democracia pendiente. Ensayos sobre la deuda política de México*, México, 1993, y Meyer, Lorenzo, *Liberalismo autoritario. Las contradicciones del sistema político mexicano*, México, 1995. Una crítica a la visión restringida de la doctrina jurídica mexicana —en concreto, la del derecho constitucional— puede consultarse en Cossío, José R., y Raigosa, Luis, “Régimen político e interpretación constitucional en México”, *Isonomía*, México, núm. 5, octubre de 1996.

4 La efervescencia y el júbilo provocados por el descubrimiento democrático hecho por un sector de la opinión pública después de las elecciones del 6 de julio de 1997, por fortuna, ha quedado sólo en eso: en un jolgorio que no ha evitado que, a los pocos días, sigamos viendo una realidad nacional que no es, ni mucho menos, un ideal de democracia.

entre los valores que se bordan en las constituciones y los estandartes, y aquellos que se imponen fuera del escenario, en la periferia de lo cotidiano, desmintiendo a los primeros.<sup>5</sup>

Si lo anterior es cierto, y la realidad parece confirmar que efectivamente lo es, quizá sea en el ámbito del derecho penal donde más notablemente se produzca el desfase mencionado por Paolo Flores: uno a uno, el derecho penal de la realidad (no el que nos enseñan en las facultades de derecho ni el que se describe, con cierta hipocresía, en la mayor parte de libros de la materia) se ha encargado de desmentir todos y cada uno de los valores que supuestamente protege. Desde la dignidad de la persona hasta la libertad sexual, desde el derecho de propiedad hasta el de la integridad corporal, todos y cada uno de estos bienes son afectados, vulnerados o destruidos en el ejercicio cotidiano del *ius puniendi* del Estado mexicano.

Si Lorenzo Meyer ha podido decir, con razón, que la cultura cívica de los mexicanos es más una cultura de súbditos que de ciudadanos,<sup>6</sup> parece razonable sostener que dicha cultura nunca podrá constituir un elemento de emancipación si no se cambian para mejorar —desde luego— las estructuras a través de las cuales el Estado ejerce la represión. Se trata de modificar desde los estamentos policiales y militares hasta la función y el papel de los jueces penales, pasando, obviamente, por ese gran tema que ninguna administración pública nacional parece atreverse a enfrentar en serio: el de los reclusorios y cárceles mexicanas.

El fondo de toda la cuestión no es otro más que el recordar algo que, por ser tan obvio, a veces se olvida: que el Estado y su derecho (incluyendo por supuesto y de forma destacada el derecho penal) encuentran su sentido y su razón de ser cuando sirven al interés de los individuos que les dan vida; es decir, hay que volver a recobrar la vieja idea de que el ser humano debe ser considerado, nada más pero también nada menos, como un fin en sí mismo, nunca como un medio para atender y proteger intereses que lo rebasan y que en poco le interesan. Y en esto el derecho penal, en tanto ordenamiento punitivo y manifestación última del poder coactivo del Estado, tiene un papel fundamental. Se trata de recordar una hipótesis, por desgracia hoy *contrafáctica*, que niega las palabras de Michel Foucault que encabezan este trabajo: que los presos no sirvan más

5 Flores D'Arcais, Paolo, "El desencantamiento traicionado", en Flores D'Arcais, Paolo, *et al.*, *Modernidad y política. Izquierda, individuo y democracia*, Caracas, Venezuela, 1995, p. 13.

6 Meyer, Lorenzo, "Las presidencias fuertes. El caso de la mexicana", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 13, septiembre-diciembre de 1992, p. 61.

que a su propia inserción; que el sistema penal no sea utilizado para extender, sin más, el dominio político y el dominio económico existentes.

## II. DERECHO PENAL Y MARGINALIDAD SOCIAL

La democracia es un sistema complejo que requiere de un mínimo de precondiciones para que pueda darse. Del mismo modo que puede decirse que sin elecciones no hay democracia, es igualmente válido sostener que, sin apego a ciertas “reglas del juego”, tampoco la hay.<sup>7</sup>

Hoy la democracia —y cualquier ejercicio de poder público que en su nombre se realice— se legitima en tanto mantenga dos condiciones esenciales: respeto a los derechos fundamentales (incluyendo por supuesto, pero no sólo, todos aquellos que tienen que ver con la elección de los titulares de los poderes públicos que pueden ser elegidos por voto popular) y apego al principio de legalidad. Es decir, la democracia y el desarrollo de la política democrática solamente tienen cabida dentro de un sistema normativo que garantice por igual el gobierno de la mayoría y el respeto a las minorías. En esto, el constitucionalismo juega un papel esencial.<sup>8</sup>

La frontera de lo que es decidible dentro de una democracia que asegura el gobierno de la mayoría no puede quedar, justamente, a lo que decida esa misma mayoría; por eso, las más modernas Constituciones —que se encuentran por encima de las mayorías coyunturales que ocupan temporalmente el Poder Legislativo ordinario y de sus respectivos productos normativos—<sup>9</sup> dedican buena parte de sus textos a recoger derechos que se establecen, sobre todo, frente a la mayoría; es decir, se trata de cuestiones que no caen en el ámbito de acción del legislador ordinario.<sup>10</sup>

Dicho lo anterior, cabe apuntar el hecho de que la crisis económica de las últimas décadas ha producido un aumento en el porcentaje de per-

7 En este sentido, por ejemplo, Cotarelo, Ramón, *En torno a la teoría de la democracia*, Madrid, 1990.

8 De hecho, Giovanni Sartori sostiene que, en el ámbito constitucional, lo que preocupa son las minorías, no las mayorías. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia I. El debate contemporáneo*, Madrid, 1987, p. 170.

9 Sobre esto, entre otros, Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1986.

10 Luigi Ferrajoli sostiene que “la idea de que la democracia consiste únicamente en el consenso de la mayoría [...]. Conlleva, más allá de la reducción del pluralismo, también la legitimación de la ilegalidad y del abuso”. Ferrajoli, Luigi, “El Estado constitucional de derecho hoy”, en Ibáñez, Andrés Perfecto (ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996, p. 28.

sonas que se encuentran en situaciones de marginalidad social. Si antes tenían esa categoría solamente estratos sociales muy identificados, hoy la marginación alcanza a grandes espectros de la población en América Latina. Los procesos de creciente marginalización hacen mucho más difícil la actuación práctica de los derechos fundamentales, y cambian el papel del Estado, que cobra cada vez más funciones de carácter represivo-punitivas. José Eduardo Faria describe la situación con las siguientes palabras:

[...] con la globalización, los “excluidos” del sistema económico pierden progresivamente las condiciones materiales para ejercer sus derechos fundamentales, pero no por eso están dispensados de las obligaciones y deberes establecidos por la legislación. Con sus prescripciones normativas, el Estado los integra en el sistema jurídico básicamente en sus vertientes marginales —esto es, como deudores, invasores, reos, transgresores de toda clase, condenados, etc.—. Ante la ampliación de la desigualdad, las bolsas de miseria, la criminalidad y la propensión a la desobediencia colectiva, caben así al Estado [...] funciones eminentemente punitivo-represivas. Para eso, viene cambiando el concepto de intervención mínima y última del derecho penal, volviéndose cada vez más simbolista, promocional, intervencionista y preventivo, mediante la difusión del miedo entre su clientela [los excluidos] y el énfasis en una pretendida garantía de seguridad y tranquilidad social.<sup>11</sup>

La lógica del juego mayoría-minorías se rompe si esas minorías son excluidas *de facto* de las posibilidades de participación en el circuito público de deliberación y decisión. El “principio de la mayoría” no debe convertirse en un mera reproducción aritmética que sea resultado de la emisión del sufragio, sino un *vínculo democrático sustancial* que permita la eventual alternancia de los grupos gobernantes.<sup>12</sup>

11 Faria, José Eduardo, “La globalización y el futuro de la justicia”, trad. de Carlos López Keller, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 29, julio de 1997, p. 92; en la misma revista puede consultarse Gallego García, Gloria M., “El tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia”, pp. 94 y ss., donde se sostienen argumentos parecidos a los que expone Faria.

12 Como dice Carl Schmitt, “el método de formación de la voluntad por la simple verificación de la mayoría tiene sentido y es admisible cuando puede presuponerse la homogeneidad sustancial de todo el pueblo. En este caso, la votación adversa a la minoría no significa una derrota para ésta, sino que el escrutinio permite simplemente poner al descubierto una concordancia y una armonía anteriores y que existían de forma latente [...]. Si se suprime el presupuesto de la homogeneidad nacional indivisible, entonces el funcionalismo sin objeto ni contenido, resultante de la verificación puramente aritmética de la mayoría, excluirá toda neutralidad y toda objetividad; será tan sólo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría vencida en el escrutinio y, por tanto, subyugada. Entonces se acaba la identidad democrática entre gobernantes y go-

En este contexto de marginalización y conraíntegración, al derecho penal le cabe una función más digna que la mera represión de los excluidos. Le cabe la tarea, justamente, de la defensa de los vínculos sociales, de los valores sustantivos de la comunidad y de la readaptación y reinserción social de los que han roto esos vínculos y atacado esos valores.

En México, en un contexto social parecido al que acaba de describirse,<sup>13</sup> no existe una interpretación y una aplicación del derecho igual para todos los habitantes, sino que se dan aplicaciones particularizadas que van en relación directa con el poder que tengan los que intervienen en los juicios (o en los procedimientos meramente administrativos), ya sea por sí mismos o por su relación con personas influyentes.<sup>14</sup>

Quizá valga la pena recordar, para cerrar este apartado, las palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni, quien al referirse a los grandes problemas del derecho penal de finales de siglo apunta lo siguiente:

El derecho penal dejará de vender ilusiones, de convertirse en el sencillo expediente de los organismos políticos para que éstos aumenten su clientela demagógicamente creando la apariencia de soluciones, cuando sólo crean papeles que tienen el doble efecto de ocultar los problemas y despreocuparse por la búsqueda de soluciones reales, haciendo recaer el poder que a partir de ellos aumenta su arbitrariedad sobre los más desprotegidos y carentes del planeta: en nuestro caso, los más pobres de las sociedades pobres. Los penalistas

bernados, entre los que mandan y los que obedecen; la mayoría manda y la minoría tiene que obedecer. Incluso dejará de existir la aditividad aritmética, porque razonablemente sólo puede sumarse lo homogéneo". Schmitt, Carl, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, pp. 42-43. Ernesto Garzón Valdés recuerda que no solamente México, sino muchos otros países de América Latina "presentan graves asincronías en su progreso social, con una muy acusada diferencia cultural, racial y económica entre sus habitantes". Garzón Valdés, Ernesto, "Las funciones del derecho en América Latina", en Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, 1991, p. 204.

<sup>13</sup> Tenemos en el país condiciones de pobreza no solamente muy extendidas, sino *crecientes*. La pobreza ha aumentado desde 1990. Si en ese año había un 19.9% de la población dentro de la pobreza moderada y un 11.3% en la pobreza extrema, para 1995 los porcentajes eran de un 22.3% y un 11.8% respectivamente, de acuerdo a las cifras del Informe de 1997 del Banco Interamericano de Desarrollo. El 56% no satisface sus necesidades básicas mínimas de alimentación y esa cifra sube hasta el 75% en el caso de los indígenas. Siete millones de niños padecen algún grado de desnutrición. Todas estas cifras pueden consultarse en la revista *Sociedad y municipio mexicano*, núm. 7, noviembre de 1997, pp. 17 y ss.

<sup>14</sup> "La aplicación particularista de la ley adquiere graves consecuencias ante las profundas desigualdades sociales y la heterogeneidad social que existen en México". Gordon, Sara. "Equidad y justicia social", *Revista Mexicana de Sociología*, México, núm. 2, abril-junio de 1995, p. 182, y Carbonell, Miguel. "Constitución y realidad política: notas sobre el caso de México", *Propuesta. Publicación semestral de la Fundación Rafael Preciado Hernández*, México, año 2, núm. 4, febrero de 1997, p. 149.

deben aprender a enseñar a las sociedades que ningún problema demasiado grave puede dejarse en sus manos.<sup>15</sup>

### III. LA CRIMINALIDAD DEL PODER Y DESDE EL PODER: LA CORRUPCIÓN

Un tema del que ya ningún estudio de derecho penal mexicano puede prescindir es el de la omnipresente corrupción. La corrupción no es, desde luego, una nota exclusiva del sistema penal; antes bien parece ser uno de los signos distintivos del régimen posrevolucionario mexicano.<sup>16</sup>

La corrupción ha producido la creación de un *infraestado* que actúa de forma paralela al desempeño de las estructuras estatales formales, y que se rige por sus propias reglas. Se trata, siguiendo a Ferrajoli cuando hace una descripción del Estado italiano actual, de un Estado clandestino, “dotado de sus propios códigos y tributos, organizado en centros de poder ocultos, destinado a la apropiación privada de la cosa pública y recorrido secretamente de recurrentes tentaciones subversivas”.<sup>17</sup>

La corrupción afecta profundamente a la democracia, porque supone su falseamiento más profundo. La vacía de contenido, porque hace inoperativos en la práctica todos los mecanismos de control diseñados para verificar la legalidad de los actos del poder público: resquebraja todas las reglas del juego democrático.<sup>18</sup>

La corrupción rompe con todos los presupuestos con los que se opera desde la ciencia jurídica. Empezando por uno de los principales: aquél que supone que las normas jurídicas se aplican en la realidad (o que se aplican de forma imparcial y de acuerdo con los valores que efectivamente buscan resguardar).

Otro presupuesto que se rompe con la corrupción es el de la igualdad. Si la Constitución prevé la igualdad de todos en el disfrute de los derechos fundamentales y ante la ley (artículos 1o. y 13, entre otros), la corrupción destruye ese presupuesto porque, ante un contexto corrupto, siempre obtiene mayores beneficios quien cuenta con más recursos para repartir: se

15 Zaffaroni, Raúl Eugenio, “Tendencias finiseculares del derecho penal”, en Soberanes, José Luis (comp.), *Tendencias actuales del derecho*, México, 1994, p. 172.

16 *Vid.*, por ejemplo, Morris, Stephen D., *Corrupción y política en el México contemporáneo*, México, 1992; así como el núm. 23, de octubre de 1996 de la revista *Bien común y gobierno*, monográfico sobre la corrupción.

17 Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10, p. 16.

18 En el mismo sentido, Nieto, Alejandro, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, 1997, pp. 263 y ss.

da un acceso privilegiado a todos los servicios públicos (incluyendo el de administración de justicia) por parte de aquellos que cuentan con los recursos suficientes para poder pagar por ellos.

Los efectos perversos del trato desigual propiciado por el mal uso de los poderes públicos se multiplica cuando la riqueza se encuentra tan mal repartida como en México, donde los excluidos del sistema no tienen, literalmente, ninguna posibilidad de triunfo si, una vez caídos en las redes del sistema penal, se enfrentan con intereses que los superan en cuanto a sus posibilidades económicas.

El estudio y combate de la corrupción se enfrenta con varios obstáculos considerables. En primer lugar, es difícil estudiar por qué sobre ella no hay estadísticas o información oficial corroborable. Se trata de actividades que, desarrolladas en la clandestinidad, normalmente sólo pueden ser conocidas de forma completa por quienes participan en ellas. Además, si respecto de otros países se ha podido decir que la elaboración teórica sobre el tema de la corrupción es claramente insuficiente,<sup>19</sup> en México —por las propias características del régimen y a veces por los intereses particulares de los propios teóricos— ni siquiera puede hablarse de insuficiencia; sería más correcto hablar prácticamente de inexistencia<sup>20</sup> (aunque con señaladas y meritorias excepciones).

Pero la corrupción no solamente se ha propiciado por un conjunto de actitudes e intereses en torno al uso del sistema penal, sino que también se ha fomentado desde las propias normas jurídicas y desde su interpretación judicial. Basta recordar el reconocimiento como prueba plena de la confesión que durante tantos años caracterizó el enjuiciamiento penal mexicano y sus nefastas consecuencias en forma de torturas y tratos denigrantes por parte de las policías judiciales.

Un sistema jurídico claro, que deje poco espacio a la ambigüedad o a interpretaciones que pueden dar lugar a manejos discrecionales por parte de los operadores jurídico-penales, es un marco que propicia mucho menos la corrupción. En este sentido, parece evidente que si una técnica legislativa correcta es un imperativo para cualquier forma de legislación, lo es más en el caso del derecho penal.

19 *Ibidem*, p. 14.

20 Me refiero, desde luego, a estudios serios de carácter jurídico-administrativo, no ha aquellos que se elaboran con carácter de denuncia desde el ámbito más bien periodístico.



Por otro lado, no es menos evidente que, como señala Brecht, “la moral comienza con el estómago lleno”,<sup>21</sup> de modo que una forma consecuente de abatir —que no eliminar— la corrupción es disponer de sueldos decorosos para los funcionarios penales y penitenciarios.<sup>22</sup>

Con todo, el combate a la corrupción pasa por una *remoralización* de los funcionarios públicos, y por el entendimiento de que *la política es también ejemplo* para la sociedad, de modo que, si se elimina la percepción social de que los políticos son corruptos, es probable que la propia sociedad empiece también a rechazar con mayor contundencia las prácticas corruptas.

Además de todo lo anterior, también es cierto que cabe reivindicar a la democracia como el gobierno de lo público *en público*; es decir, sin publicidad de los actos del poder público no hay democracia.<sup>23</sup> En el caso del derecho penal mexicano, el panorama parece ser más bien opaco, cuando no francamente oscuro. Hacer del derecho penal y de su práctica una labor transparente a la opinión pública puede ser también una forma de combate a la corrupción.

#### IV. LA POBREZA DEL DERECHO PENAL O EL DERECHO PENAL CONTRA LA POBREZA

Intentar una política criminal con la única arma de la represión es una cuestión que, si no fuera profundamente peligrosa, sería sencillamente inocente (por inútil).

Pedir que, en un contexto estatal en el que la violencia y la corrupción se han auspiciado por siglos desde el poder público, sea ese mismo poder público el que, desde la amenaza y la represión venga a querer cambiar un orden centenario de cosas es pedir demasiado.

Cuestión distinta es que, desde una óptica global de combate a la desigualdad y de búsqueda de la integración social, no del delincuente, sino simplemente del excluido —en cualquiera de sus formas y modalidades (desde minorías sexuales y étnicas hasta grupos políticos marginales)—

21 *Cit.* por Nieto, Alejandro, *op. cit.*, nota 18, p. 64.

22 Aunque también hay que decir que las nuevas formas de delictuosidad ponen en riesgo cualquier posibilidad de remuneración decorosa para los funcionarios públicos. Por ejemplo, en el caso del narcotráfico, es evidente que los sobornos de los narcotraficantes siempre podrán superar con creces los sueldos públicos, por altos que estos sean.

23 En este sentido, Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, 1994.

se cree una política criminal congruente, en primer lugar, con los derechos fundamentales. Y para ello no es necesario ir muy lejos; si la propia Constitución confecciona el marco del *ius puniendi* del Estado, es ella misma la que también proporciona los elementos para una política de la igualdad y la integración. En efecto, los artículos 25 y 26 constitucionales disponen la obligación del Estado de fomentar el empleo y redistribuir la riqueza. De igual forma, el artículo 123 prevé la asignación de un salario mínimo que satisfaga las necesidades de una familia.

Claro que para llevar a la realidad lo dispuesto por los artículos 25, 26 y 123 (entre otros) harían falta por lo menos dos cosas: la primera es que en esa parte la Constitución fuera normativa, es decir, que si sus preceptos son violados existiera algún medio eficaz para llevar a cabo la reparación o la exigencia de responsabilidad correspondientes; en segundo lugar, haría falta que todos los operadores jurídicos se tomaran en serio la Constitución, sobre todo que los que ocupan el poder público se sintieran mucho más “comprometidos” con los mandatos constitucionales.<sup>24</sup>

En este aspecto, no toda la responsabilidad le cabe a los poderes públicos. Creo que es muy importante subrayar el papel de los medios de comunicación. Si pudiera parecer que el Estado mexicano ha iniciado un trayecto firme de transición democrática, es seguro que esa transición apenas se ha reflejado en los medios de comunicación.

Los medios magnifican el aspecto punitivo, represor, del Estado. En lugar de señalar abusos, se limitan a dar cuenta de los operativos policiales, dedicando buena parte de su tiempo a la reseña, si acaso, de algunos casos famosos, pero olvidando a esos miles de justiciables anónimos que habitan las salas de detención de las Procuradurías de Justicia o que se encuentran reclusos en las cárceles y reclusorios de la república.

Una sociedad civil vigilante, activa y comprometida con la defensa de los derechos fundamentales (que son derechos *de todos*, no hay que olvidarlo) es un componente esencial de una política criminal congruente con un sistema democrático. No hay política (o al menos, política democrática) sin participación, y la política criminal no es la excepción.

24 No hay que olvidar, sin embargo, que, tal como lo manifiesta Ferrajoli, “tomar en serio la Constitución, es hoy, siendo realistas, la única clase de batalla democrática [...] que puede llegar a ganarse”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10, p. 29.

## V. OTRO TEMA PENDIENTE: CÁRCELES Y READAPTACIÓN SOCIAL

De entre los muchos temas pendientes que tiene que resolver el derecho penal mexicano, uno de los más destacados quizá sea el de las cárceles y, junto con él, el de la readaptación social.<sup>25</sup> Se trata de un tema que no solamente afecta al derecho penal, sino que debería preocupar a todos los estudiosos de la ciencia jurídica nacional. La razón es bien sencilla: la frontera última de la coerción estatal (coerción que es una de las notas esenciales del sistema jurídico contemporáneo) no está cumpliendo con la función que se le asigna dentro del ordenamiento; es decir, las sanciones corporales no están sirviendo para eso que nos dice la Constitución que deben servir.<sup>26</sup> Y todo ello representa un reto mayúsculo no solamente para los penalistas, sino también para los filósofos del derecho y, en tanto la readaptación social es un mandamiento constitucional, para los constitucionalistas.

En este contexto, seguir explicando la lógica de un sistema jurídico sobre el funcionamiento hipotético de una sanción corporal que sirve —en teoría— para readaptar, puede ser cualquier cosa menos un análisis riguroso de lo que acontece en la realidad.<sup>27</sup>

Ahora bien, dejando de lado los pruritos académicos que acaban de mencionarse —los que parecen no quitar el sueño a los teóricos, si se piensa en el poco interés que han suscitado los espacios para la reclusión fuera del ámbito estrictamente penal y aún dentro de éste—, el tema de las cárceles tiene que ver con el propio modelo de sociedad que queremos para el futuro. En efecto, si queremos una sociedad incluyente, integradora, comprometida con ciertos valores, no podemos dejar de poner atención en las instituciones que deben encargarse de “readaptar” a aquellos que transgreden la normatividad social.

25 Sobre la readaptación social puede consultarse, de lo último que se ha escrito sobre el tema, Peláez Ferrusca, Mercedes, “Algunas reflexiones sobre la readaptación social”, *Criminalia*, México, núm. 2 de 1997 con abundantes referencias bibliográficas adicionales.

26 El artículo 18 constitucional señala con claridad el fin de la pena privativa de libertad: la readaptación social sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Sobre ese artículo, es clásico el trabajo de García Ramírez, Sergio, *El artículo 18 constitucional*, México, 1976.

27 Y no hay que olvidar que, al no contar con un discurso racional que lo legitime, el poder del Estado para mantener el ejercicio del *ius puniendi* se va diluyendo; como escribe Zaffaroni, “el poder requiere siempre cierto discurso que lo legitime, y a medida que éste pierde nivel de pensamiento, es sustituido por otros de menor nivel, lo que precipita al Estado cada vez más en la irracionalidad hasta debilitarlo totalmente”. Zaffaroni, Raúl Eugenio, *op. cit.*, nota 15, p. 169.

Sin embargo, lo cierto es que las cárceles preocupan poco a la sociedad, pero preocupan aún menos en el ámbito del poder público. La razón es bien sencilla: las cárceles no dan votos; invertir en una cárcel, disponer condiciones higiénicas y asistenciales óptimas, capacitar y remunerar adecuadamente al personal penitenciario, etcétera no interesa a los políticos porque no les da lucimiento ante la opinión pública. Es raro, por no decir casi inédito, que en el programa de campaña de algún partido político se toque el tema de las cárceles (más raro aún, dicho sea de paso, es que se toque el tema de los espacios alternativos de reclusión como los centros psiquiátricos o las correccionales de menores).

## VI. DE VUELTA AL PRINCIPIO: POR UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

Lo que brevemente se ha apuntado en los apartados anteriores no permite adoptar una actitud optimista respecto de la situación que guarda el derecho penal en México; sin embargo, creo que empezar a plantear los problemas en su justa dimensión puede ser una buena forma de comenzar también a encontrar soluciones para esos problemas. Ante una realidad “genocida”,<sup>28</sup> los planteamientos teóricos deben ser algo más que meras reseñas disimuladamente críticas de las incesantes reformas legislativas. Quizá sea tiempo de emprender una revisión global del sentido y la función del derecho penal en el modelo de sociedad que México quiere de frente al siglo XXI. Dicha revisión, si en verdad quiere ser global, tiene que superar el encuadramiento restringido de las *normas* penales para buscar soluciones a través de medios que van más allá de la mera normatividad.

Me parece que ningún derecho penal puede ser viable sin vincularse de forma sustancial (no meramente formal) con los derechos fundamentales y con los valores que estos derechos protegen. Hacerlo de otra forma, dejaría al derecho penal desarmado en su carga axiológica. Para decirlo con las palabras de Peter Haberle,

No se debe considerar al Derecho Penal sólo como un “arma” a disposición de la comunidad. Se debería, más bien, intentar establecer una relación íntima, sustancial y fecunda entre aquél y los titulares de los derechos fundamentales llamados en causa [...]. La condena en el proceso penal es algo más que el simple “cumplimiento de una condición” al cual el Estado ha vinculado el ejer-

28 El término es de Zaffaroni. *Idem*.

cicio del propio poder [...]. El Derecho penal está dado, a menudo, para hacer operativos los valores que son objeto, a su vez, de los derechos fundamentales [...]. Si se le pregunta sobre el sentido y el fin de las leyes penales admisibles constitucionalmente —y para definir los límites admisibles para los derechos fundamentales se debe razonar de ese modo— se puede demostrar sin duda que el fin que se propone realizar el Derecho penal no solamente no es contrario a los derechos fundamentales, sino que opera en favor de estos, y por eso también en favor del individuo mismo.<sup>29</sup>

Ahora bien, en el ámbito de la mera legalidad, como ya se mencionaba párrafos atrás, se debe ser muy cuidadoso con la técnica legislativa empleada en el diseño de las instituciones penales. La meta debe ser buscar una legislación compacta, bien articulada, pulcra en sus expresiones lingüísticas que mantenga en un solo cuerpo legal toda (o una inmensa mayoría) la materia penal mexicana.

Finalmente, para regresar al ámbito de la teoría, creo que una actitud más crítica de la doctrina iuspenalista mexicana hacia los actos de represión que se ejercen desde el poder puede en mucho ayudar a construir un derecho penal funcional para una democracia:

A denunciar las múltiples falacias e injusticias que se ocultan bajo los procesos de criminalización, persecución penal y castigo deben orientarse los esfuerzos de los estudiosos comprometidos con la libertad y la democracia a fin de implantar una política criminal alternativa o, mejor, una política alternativa al sistema penal.<sup>30</sup>

29 Haberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997, pp. 79-80.

30 Gallego García, Gloria M., *op. cit.*, nota 11, p. 103.