

# Democracia y derecho penal en México

Miguel CARBONELL

"...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".

Michel Foucault, *Microfísica del poder*.

## 1. INTRODUCCION

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 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 fenómeno de la corrupción, tan persistente en el panorama penal mexicano, y sobre el estado que guardan las cárceles mexicanas.

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 por tantos años se ha mantenido intacta en el país y que apenas empieza a ser modificada<sup>1</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 compadece mal con el advenimiento de la proclamada democracia mexicana.

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, entre los valores que se bordan

en las constituciones y los estandarte, y aquellos que se imponen fuera del escenario, en la periferia de lo cotidiano, desmintiendo a los primeros"<sup>2</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 o uno, el derecho penal de la realidad (no el que nos enseñan en las facultades de derecho ni el que se describe, no sin cierta hipocresía, en la mayor parte de los 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>3</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 las cárceles mexicanas.

El fondo de toda la cuestión no es otro más que el de 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 razón de ser cuando sirven al interés de los ciudadanos, es decir, se debe recobrar la vieja idea de que el ser humano tiene que 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 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 que a su propia reinserción; que el sistema penal no sea utilizado para ex-

<sup>1</sup> 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; dentro de la vastísima literatura producida por la ciencia política mexicana se pueden citar, 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 verse en Cossío, José R. y Raigosa, Luis, "Régimen político e interpretación constitucional en México", *Isonomía*, número 5, México, octubre de 1996.

<sup>2</sup> "El desencantamiento traicionado" en Paolo Flores *et al.*, *Modernidad y política. Izquierda, individuo y democracia*, Caracas, Venezuela, 1995, pág. 13.

<sup>3</sup> "Las presidencias fuertes. El caso de la mexicana", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 13, Madrid, 1992, pág. 61.

tender, sin más, el dominio político y el dominio económico existentes.

## 2. DERECHO PENAL Y MARGINALIDAD SOCIAL

La democracia es un sistema complejo que requiere de un mínimo de precondiciones para que pueda darse; del mismo que se puede decir que sin elecciones no hay democracia, es igualmente válido sostener que sin apego a ciertas "reglas del juego" tampoco la hay<sup>4</sup>.

Hoy la democracia —y cualquier ejercicio de poder público que en su nombre se realice— se legitima en tanto mantenga dos condiciones esenciales: respecto a los derechos fundamentales (incluyendo por supuesto, pero no sólo, todos aquellos que tienen que ver con la elección de los titulares temporales 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 de la minorías. En esto el constitucionalismo juega un papel esencial<sup>5</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>6</sup> —dedican buena parte de sus textos a recoger derechos que se establecen, sobre todo, frente a la mayoría, es decir, son cuestiones que no caen en el ámbito de acción del legislador ordinario<sup>7</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 personas que se encuentran en situaciones de marginalidad social; si antes tenían esa categoría solamente estratos sociales muy identificados, hoy la marginalización 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 en los siguientes términos:

<sup>4</sup> En este sentido, por ejemplo, Cotarelo, Ramón, *En torno a la teoría de la democracia*, Madrid, 1990.

<sup>5</sup> De hecho, Giovanni Sartori sostiene que, en el ámbito constitucional, lo que preocupa son las minorías, no las mayorías, *Teoría de la democracia*, tomo I, Madrid, 1987, pág. 170.

<sup>6</sup> Aragón, Manuel, "Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, número 50, Madrid, 1986.

<sup>7</sup> 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 el abuso", "El Estado constitucional de derecho hoy" en Andrés Ibañez, P. (editor), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, 1996, pág. 28.

...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>8</sup>

Desde un punto de vista democrático importa subrayar que la lógica del juego mayorías-minorías se rompe si esas minorías son excluidas de facto de las posibilidades reales de participación en el circuito público de deliberación y decisión. El "principio de la mayoría" no debe convertirse en una mera reproducción aritmética que sea resultado de la emisión —desinformada, coaccionada o inducida, muchas veces— del sufragio, sino un vínculo democrático sustancial que permita la eventual alternancia de los grupos gobernantes.

En este contexto de marginalización y conlaintegración, 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 se acaba de describir<sup>9</sup>, no existe una interpretación y una aplicación del derecho igual para todos los habitantes<sup>10</sup>, 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>8</sup> "La globalización y el futuro de la justicia", *Jueces para la democracia*, número 27, Madrid, julio de 1997, pág. 92; en el mismo número puede verse el trabajo "El tratamiento jurídico-penal del menor en Colombia" de Gloria M. Gallego García (págs. 94 y ss.), donde se sostienen argumentos parecidos a los que expone Faria.

<sup>9</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 22,3 y 11,8 respectivamente, de acuerdo a las cifras del Informe de 1997 del Banco Interamericano de Desarrollo. El 56% de la población no satisface sus necesidades mínimas de alimentación y esa cifra sube hasta el 75% en el caso de los indígenas. Siete millones de niños padecen desnutrición en grado variable.

<sup>10</sup> En general en América Latina, "Las violaciones de que es objeto el principio de igualdad ante la ley se demuestra examinando la condición socioeconómica de la población penitenciaria ('resultado' final de la intervención penal), así como de las personas contra quienes se decreta la prisión preventiva o a quienes se deniega la fianza excarcelatoria", Rico, José M<sup>a</sup>, *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, México, 1997, 47. En el mismo sentido, Gerardo Landrove apunta que "Aunque aparezca solemnemente proclamado en los Textos Constitucionales de aquella área geográfica, el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley en contadas ocasiones representa algo más que una fórmula retórica"; mas adelante el mismo autor señala que "La teórica igualdad ante la ley se convierte, en la práctica, en el mantenimiento de reservas o *ghettos* que tienen mucho de campos de exterminio", "Latinoamérica y los crímenes de los poderosos", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1992, págs. 476 y 479.

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 deben aprender a enseñar a las sociedades que ningún problema demasiado grave puede dejarse en sus manos.

### 3. 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>12</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 describe el 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>13</sup>.

La corrupción afecta significativamente 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: en pocas palabras, resquebraja todas las reglas del juego democrático<sup>14</sup>.

La corrupción rompe con todos los presupuestos con los que se opera desde la ciencia jurídica. Empezando por uno de los principales: aquel 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 viene abajo 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 1 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 produce 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 multiplican 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 dentro de las redes del engranaje 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 de estudiar porque sobre ella no hay estadísticas o información oficial corroborable. Se trata de actividades que, desarrolladas en la clandestinidad, normalmente solo son conocidas por quienes intervienen directamente 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>15</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 de inexistencia, si bien 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 rendida ante la policía judicial y sin asistencia de abogados 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.

Por otro lado, no es menos evidente que, como señala Brecht, "la moral comienza con el estómago lleno"<sup>16</sup>, de modo que una forma consecuente de abatir —que no eliminar— la corrupción es disponer sueldos decorosos para los funcionarios penales y penitenciarios.

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 corrupción de los altos cargos y la correspondiente percepción pública que ello provoca, es probable que la propia sociedad empiece también a rechazar con mayor contundencia las prácticas corruptas.

Además de lo anterior, también es cierto que cabe reivindicar a la democracia como el gobierno de lo público en público, o dicho en otras palabras, sin publicidad de los actos del poder público no hay

<sup>11</sup> "Tendencia finiseculares del derecho penal" en *Tendencias actuales del derecho*, México, 1994, pág. 172.

<sup>12</sup> Morris, Stephen D., *Corrupción y política en el México contemporáneo*, México, 1992.

<sup>13</sup> "El Estado constitucional...", cit., pág. 16.

<sup>14</sup> En el mismo sentido, Nieto, Alejandro, *Corrupción en el España democrática*, Barcelona, 1997, págs. 263 y ss.

<sup>15</sup> Nieto, op. cit., pág. 14.

<sup>16</sup> Citado por Nieto, op. cit., pág. 64.

democracia<sup>17</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.

#### 4. 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 social 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)— 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 para todos los trabajadores 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 su reparación o la exigencia de responsabilidad correspondiente; en segundo lugar, haría falta que todos los operadores jurídicos se tomaran en serio la Constitución, sobre todo que los que detentan el poder público se sintieran mucho más "comprometidos" con los mandatos constitucionales<sup>18</sup>.

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

Los medios magnifican el aspecto punitivo, repre-

sor 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. Los medios son los más eficaces propagadores de las campañas de "ley y orden" que tan negativos resultados han ofrecido en varios países de la región<sup>19</sup>.

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.

#### 5. OTRO TEMA PENDIENTE: CARCELES Y READAPTACION 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>20</sup>. Se trata de un tema que no solamente interesa al derecho penal, sino que debería preocupar a todos los que se dedican a la ciencia jurídica en México. La razón es simple: la frontera última de la coerción estatal (coerción que es una de las notas esenciales de todo 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 (art. 18). Y eso representa un reto mayúsculo no solamente para los penalistas, sino también para los filósofos del derecho y, en tanto la readaptación social es un mandato constitucional, para los constitucionalistas.

Por lo anterior, seguir explicando la lógica de un sistema jurídico sobre la base del funcionamiento hipotético de una sanción que sirve —en teoría— para readaptar, puede ser cualquier cosa menos un análisis riguroso de lo que acontece en la realidad.

Desde luego que, dejando aparte intereses y disputas académicas, el tema de las cárceles tiene que ver con el propio modelo de sociedad que queremos para el futuro. Si queremos un 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.

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, de nuevo, es bien sencilla: las cárceles no dan votos; invertir en una cárcel, disponer condiciones higiénicas y asistenciales óptimas, capacitar y remunerar

<sup>17</sup> Bobbio, Norberto, *El futuro de democracia*, México, 1994.

<sup>18</sup> No hay que olvidar que, como apunta muy bien, Ferrajoli, "tomar en serio la Constitución, es hoy, siendo realistas, la única batalla democrática... que puede llegar a ganarse", "El Estado constitucional...", cit., pág. 29.

<sup>19</sup> Zaffaroni, Eugenio R., *En busca de las penas perdidas*, 2a. edic., Bogotá, 1993.

<sup>20</sup> Paláez Ferrusca, Mercedes, "Algunas reflexiones sobre la readaptación social", *Criminalia*, México, número 2 de 1997

adecuadamente al personal penitenciario, etc., 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 otros centros de reclusión como los psiquiátricos o las correccionales de menores).

## 6. DE VUELTA AL PRINCIPIO: POR UN DERECHO PENAL DEMOCRATICO

Lo que brevemente se ha apuntado en los apartados anteriores no permite mantener 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>21</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 necesario para el modelo de sociedad que México quiere construir de cara 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 desarraigado 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 aquel 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 ejercicio 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>22</sup>.

Ahora bien, en el ámbito de la mera legalidad, como ya se ha dicho, se debe buscar una legislación compacta, bien articulada, pulcra en sus expresiones lingüísticas y que mantenga en un solo cuerpo legal toda (o una inmensa mayoría) la materia penal mexicana.

Finalmente, para volver 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>23</sup>.

<sup>21</sup> El término es de Zaffaroni, *En busca...*, cit.

<sup>22</sup> *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, 1997, págs. 79-80.

<sup>23</sup> Gallego García, *op. cit.*, pág. 103.