

Los derechos fundamentales vinculados con la cuestión criminal a la luz de los presupuestos derivados del nuevo constitucionalismo latinoamericano

*Leandro Eduardo Astrain Bañuelos**

Sumario: **I.** El punto de partida **II.** Constitución y cambio jurídico **III.** Dos alternativas **IV.** La situación del sur **V.** La apuesta del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL) **VI.** Fuentes

Resumen: La configuración del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico interno han propiciado un nuevo entendimiento entre las normas relacionadas con el reconocimiento de Derechos fundamentales de fuente convencional con la Constitución. El sistema penal se encuentra en una disyuntiva pues por un lado se ha fortalecido el programa penal constitucional y convencional, lo que limita el poder punitivo, y por otro lado, se busca la eficiencia en la persecución punitiva a través de las restricciones en el ejercicio de Derechos Humanos de naturaleza penal. Por ello, resulta indispensable replantearse este proceso a la luz de las reflexiones que sobre el tema ha puesto en el debate el profesor Raúl Zaffaroni, a la luz de los presupuestos del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Abstract: The configuration of the International Law of Human Rights and its impact on the internal legal order have fostered a new understanding between the norms related to the recognition of fundamental Rights from a conventional source with the Constitution. The penal system is in a dilemma because on the one hand the constitutional and conventional penal program has been strengthened, which limits punitive power, and on the other hand, efficiency is sought in punitive prosecution through restrictions on the exercise of Human Rights, of a criminal nature. For this reason, it is essential to reconsider this process in light of the reflections that Professor Raúl Zaffaroni has put into the debate on the subject, in light of the assumptions of the new Latin American constitutionalism.

Palabras clave: Derecho internacional de los Derechos Humanos, sistema penal, Derechos fundamentales de naturaleza penal, Estado Constitucional, Nuevo constitucionalismo latinoamericano.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato

Key words: International human rights law, penal system, fundamental criminal rights, Constitutional State, new latin american constitutionalism

I. EL PUNTO DE PARTIDA

En lo que sigue me propongo realizar un análisis de carácter conceptual acerca de los presupuestos, modelos y condiciones de eficacia de los derechos fundamentales relacionados con la cuestión penal, tanto en la faceta sustantiva vinculada con los límites materiales del derecho del Estado a castigar, como desde la faceta procesal a través de la cual se cristalizan las exigencias del debido proceso propias de un Estado constitucional de derecho. Así una vez que han quedado clarificada esta premisa esencial, se hará una referencia acerca de los modelos de legitimación metodológica de los derechos fundamentales y los problemas prácticos a los que ellos conducen, especialmente en lo que hace a sus costes democráticos y a los problemas de legitimación a que conducen los mecanismos de adjudicación constitucional en manos de los jueces supremos, lo cual, en suma, eleva el riesgo de violaciones a los imperativos de certeza y predictibilidad de las decisiones que se encuentran en la base del ideal propio del *Rule of Law*, con lo cual —paradójicamente— se frustrarían los propios objetivos que pretende alcanzar —y que en última instancia— justifican a los modelos de constitucionalismo fuerte.

Empero, ante el escenario antes descrito, en esta contribución pretendo también describir una alternativa para comprender los alcances del constitucionalismo que tendencialmente posee la virtualidad de atenuar estos costes. Para ello se exploran las posibilidades de diseño institucional supuestas por el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL), como una manera de facilitar la colaboración entre los poderes y la participación democrática del “pueblo” en la toma de decisiones que conciernen a todos, sin que ello suponga una reducción de las garantías que distinguen al derecho penal liberal. Así las cosas, para arribar a estos resultados se tomará en cuenta como elemento destacado, a la aportación teórica y jurisdiccional que Raúl Zaffaroni ha realizado como parte de su labor científica y debido a su desempeño profesional en distintas instancias judiciales.

II. CONSTITUCIÓN Y CAMBIO JURÍDICO

En la actualidad, los sistemas jurídicos en general atraviesan por un proceso de transformación marcado por un nuevo entendimiento de la normativa fundamental y por la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Después de varias décadas en donde la comprensión de la Ley Fundamental estuvo marcada por una representación teórica diseñada para mantenimiento de ciertas condiciones de dominación impuestas por un régimen corporativista, ahora el sis-

Los derechos fundamentales vinculados con la cuestión criminal a la luz...

tema jurídico se halla inmerso en un cambio de paradigma. Ciertamente, aunque la transformación a la que se hace referencia supone por sí misma un periodo de transición finito, lo cierto es que el periodo transcurrido desde la aparición de los primeros signos del cambio hasta la actualidad es ya considerable sin que hasta la fecha se haya consolidado una teoría constitucional robusta y definida, a partir de la cual se estructuren las claves para ese nuevo entendimiento constitucional.

Desde diversos frentes se habla del cambio constitucional, como una idea para justificar nuevos mecanismos del control del poder, provenientes de diversas coordenadas teóricas. Y si bien al principio, la fuerza de tales conceptos permitió romper la uniformidad de la doctrina que entendía a las instituciones jurídicas en una clave nacionalista; no es menos verdadero que la invocación cada vez más frecuente a la constitucionalización del derecho, en contextos totalmente diversos y desvinculados, ha comenzado a tornar la expresión en una cuestión baladí.

Aunado a lo anterior, las graves atrocidades que se vivieron durante la Segunda Guerra Mundial y durante gran parte del siglo XX en estados totalitarios instalados en diversas partes del mundo, llevaron a la comunidad internacional a conformar una nueva rama del Derecho, de carácter supranacional, complementaria y subsidiaria del orden jurídico interno, el cual había resultado insuficiente para proteger al ser humano frente a la actuación de gobiernos tiránicos. En este nuevo orden jurídico se situó el respeto a la Dignidad Humana como el principio fundamental a partir del cual se debía desarrollar todo el orden jurídico nacional.¹ Su naturaleza es diferente a la del *Derecho Internacional Público*, cuya principal fuente son los tratados internacionales en los que se reconocen recíprocos derechos y obligaciones para las altas partes contratantes.

En cambio, en la nueva rama identificada como el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, su principal fuente, los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, solo imponen obligaciones para los Estados suscribientes pues los derechos solo se reconocen para los gobernados sometidos al imperio de aquellos. Se conformó así un *corpus iuris* de Derechos Humanos y se establecieron sistemas -universal y regionales- para garantizar la efectividad de este nuevo orden jurídico.

Si en esta parte se me permite circunscribir el análisis únicamente al caso de México, estaremos en capacidad de apreciar de mejor manera lo que ahora se explica. En efecto, las principales causas del cambio jurídico en nuestro país son esencialmente dos. Primero, se habrá de mencionar el cambio de paradigma en materia de control constitucional, auspiciado por la resolución del expediente *Varios 912/2010*, donde la Suprema Corte determinó que todas las autoridades jurisdiccionales participaban, de acuerdo con sus propias competencias, en la defensa de la constitución; y, al mismo tiempo, que las autoridades administrativas también resultaban vinculadas

¹ Véase GARCÍA Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta. **"La reforma constitucional sobre Derechos Humanos 2009-2011. Actualizado al 2015"**, 4ª. Ed. México, Porrúa, UNAM, 2015. PP. 71-78.

al respeto y protección de los derechos fundamentales, por lo que cualquier acto de la autoridad que tuviera la capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de relevancia para los particulares, debería ser analizado a la luz de los derechos fundamentales implicados en el supuesto concreto.

El otro factor que incidió en el cambio se refiere a la centralidad que el discurso de los derechos adquirió sobre todo a partir de la reforma a diversos artículos de la Constitución federal realizados en 2011. Por medio de esta modificación, se alteraron diversos numerales del texto supremo; sin embargo, la clave de bóveda de ese nuevo entendimiento constitucional, esta demarcado por los términos del artículo 1º de la Carta Magna. En ese numeral se determina que el elenco de los derechos reconocidos a las personas resulta fortalecido a causa de que el bloque de constitucionalidad se integra no solo por los derechos propiamente constitucionales, sino también por los provenientes de los convenios y tratados internacionales suscritos por nuestro país. Al margen de lo anterior, todas las autoridades que integran al Estado Mexicano tienen el deber de interpretar las disposiciones de fuente constitucional o internacional en materia de derechos humanos de forma que se proporcione siempre a las personas la protección más amplia.

Por tanto, si las cosas son de este modo, resulta que las actuaciones de la autoridad a través de las cuales se puede afectar la esfera jurídica de los gobernados, no solo para imponer cargas y obligaciones, sino también para reconocerles prerrogativas y ventajas jurídicas, habrá de atender no solo a los parámetros propiamente constitucionales, sino también a las directivas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, con lo cual el bloque de constitucionalidad resulta fortalecido. Es así como el principio de supremacía constitucional evoluciona, para ya no ser entendido en los términos tradicionales del artículo 133 constitucional, sino que ahora resulta indispensable entenderlo a partir de la redacción de los tres primeros párrafos del referido artículo 1º constitucional.

Así, es importante mencionar que la referida reforma de 2011 elevó a rango constitucional los Derechos Humanos de fuente convencional, no así las demás normas convencionales derivadas de los tratados internacionales materia del Derecho Internacional Público, las cuales deben ser ubicadas por debajo de las normas constitucionales (entre las que se encuentran los referidos derechos humanos contenidos en tratados internacionales), y por ende, deben ser compatibles con esas normas de derechos humanos, con independencia de su fuente.

Y es que en la actualidad también se ha venido conformando un Derecho internacional penal de combate a determinados sectores de la criminalidad y que se caracteriza por la restricción de los Derechos humanos de los pertenecientes a dichos sectores (son tratados internacionales que regulan la cooperación internacional en materia penal y que pretenden que determinados comportamientos delictivos no queden impunes). La antinomia entre esas normas convencionales o entre éstas y normas constitucionales debe resolverse en términos del segundo párrafo del artículo 1º:

Los derechos fundamentales vinculados con la cuestión criminal a la luz...

interpretación conforme a la constitución y a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y el principio pro-persona.

Es por ello por lo que no compartimos la decisión de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación que consideró, en la resolución de la contradicción de tesis 293/11, que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”, haciendo una interpretación gramatical a la última parte del párrafo primero del artículo 1º de nuestra Carta Magna, pero descontextualizándolo del resto de disposiciones derivadas de la propia reforma de 2011.²

Asimismo, el tercer párrafo del artículo 1º constitucional determina que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Consecuentemente, si se ha determinado, más allá de toda duda, que el municipio es uno de esos órdenes de gobierno, entonces respecto de este nivel de autoridad también se predicen las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.

Desde luego, las actividades de garantía pueden satisfacerse de dos maneras distintas. En una forma primaria, la propia existencia de un acto de producción normativa por medio del cual se establece una disposición de derecho fundamental es ya una manera de garantizar un derecho, ya que a través de esta manifestación se generan expectativas de no lesión o de prestación para los gobernados respecto del bien asegurado por el derecho. Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que la acción de poder público lesione el derecho por desconocimiento de la garantía primaria; en ese caso, deberá preverse la existencia de un mecanismo de reaseguro —garantía secundaria— a través de la cual se pueda asegurar coactivamente la exigencia jurídica de la garantía primaria.

Vista desde esta perspectiva, la primera faceta del cambio constitucional se reduce al establecimiento de un sistema de estricta legalidad, que no puede ser calificado sino como positivo y deseable. Sin embargo, reducir este proceso a un mero aspecto de análisis normativo, totalmente desvinculado de cualquier otra consideración fáctica, entraña el riesgo de proporcionar una imagen poco fiel del momento por el que atraviesa en sistema constitucional mexicano.

En efecto, al mismo tiempo que se habla de un proceso de constitucionalización que abarca todos los sectores del ordenamiento, el sistema penal se ve saturado por nuevas demandas originadas en problemas sociales no resueltos del todo. Para

² Al respecto, véase COSSÍO, José Ramón *et. al.* “La construcción de las restricciones constitucionales ante los Derechos Humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011”, México, Porrúa, 2015.

demostrar este punto, basta con revisar los titulares de cualquier periódico del día. Sin siquiera imaginar cuándo el lector haga este ejercicio, casi con total certeza se puede predecir el resultado: ataques armados en prácticamente todos los estados de la República dejan cada jornada decenas de muertos; el secuestro, la extorsión y los delitos contra las mujeres continúan ocupando grandes porcentajes de los ilícitos penales cometidos en las calles de casi todos los pueblos y ciudades; los actos de corrupción a pequeña y gran escala mantienen la carta de naturalidad en la vida cotidiana; en suma, piénsese en un contexto social donde el Estado de Derecho resulta contestado y desafiado desde arriba y desde abajo.

Naturalmente el recurso del Estado para responder a semejante reto pasa por los mismos lugares comunes. Así, somos testigos de la criminalización de conductas que no deberían responderse desde la reacción punitiva del derecho penal. Pero no solo se crean nuevos tipos, sino que también se aumentan las penas a los ya existentes, hasta llegar a supuestos tan increíbles como espeluznantes. En el ámbito adjetivo, se adelgaza el sistema de garantías procesales, se duplican los términos, se solapan las violaciones a los derechos fundamentales de los detenidos y procesados; y cuando a pesar de jugar con ventaja, el Estado no logra una sentencia condenatoria ante la sociedad, se fustiga al poder judicial por no hacer eco de la condena pública irrefutable dictada sin consideración de ningún otro elemento.³ El curso de los acontecimientos sociales impacta en forma directa al devenir del derecho. Si el sistema no da los resultados esperados, antes de explicar este hecho en función de la falta de aplicación de los presupuestos exigidos en las normas, se atribuye la carencia a fallas conceptuales en el diseño. Entonces lo alcanzado debe desmontarse para comenzar de nuevo, en espera de mejores frutos pocas veces obtenidos.

Pero entonces ¿dónde queda el discurso de la constitucionalización del derecho frente al entendimiento real que los órganos primarios del sistema, especialmente aquellos que tienen una sustentación electoral directa hacen de él? Aquí ocurre una curiosa paradoja. Mientras que el discurso transformador se mantiene teóricamente, en la realidad la garantía de los derechos es percibida, en múltiples ocasiones como un obstáculo para la acción de la autoridad. Lo más grave es que no me refiero a juicios provenientes de una opinión pública cada vez más amorfa, desinformada y poco consistente, sino al parecer de los propios operadores del sistema jurídico, que paradójicamente reciben de él su propia legitimación. De modo que son los propios órganos de la constitución quienes actúan contra ella.

Como afirma Sergio García Ramírez, “en el mundo entero avanzan hoy ciertas tendencias regresivas. Suelen invocar las exigencias de la seguridad. Establecen una suerte de dilema, falso dilema, entre derechos humanos y seguridad, Estado de de-

³ Sobre esta política criminal contemporánea véase ASTRAIN Bañuelos, Leandro Eduardo. “**El Derecho Penal del Enemigo en un Estado Constitucional: especial referencia en México**”, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Los derechos fundamentales vinculados con la cuestión criminal a la luz...

recho social y estado de control y policía".⁴ Esto puede apreciarse claramente en la exposición de motivos de la Ley Federal contra la delincuencia organizada, en la que expresamente se señaló que las exigencias de eficiencia y destierro de la tortura y otros vicios eran contradictorias:

México vive momentos delicados en los que sus sistemas de procuración y administración de justicia enfrentan demandas y presiones que pueden llegar a ser contradictorias. Por una parte, se exige de las instituciones que aumenten rápidamente su eficacia en la lucha contra la delincuencia, especialmente la organizada, pero por la otra, siguen presentes con vitalidad las demandas de desterrar del sistema la tortura y otros vicios, y de controlar la arbitrariedad policiaca.

Y entonces, cabe plantear una nueva interrogante: frente a la realidad descrita ¿cuál es la función de la teoría penal y qué ha de esperarse de ella? O, dicho de otra manera, ¿para qué sirve a los juristas invocar el proceso de constitucionalización un contexto donde el Estado de Derecho es objeto de un grave cuestionamiento cotidiano y donde subsisten grandes espacios de poder no disciplinados constitucionalmente? Considérense ambas preguntas como independientes, pero mutuamente imbricadas. De este modo, la respuesta a la primera pasará por el análisis y determinación de las operaciones que los juristas deben realizar sobre su propio objeto de estudio para convertir al derecho en un verdadero instrumento de cambio social. La contestación a la segunda implicará —por el contrario— la averiguación de cómo deben ser entendidas y aplicadas, en este caso, las instituciones constitucionales que regulan el sistema penal, a fin de que la brecha entre la constitución ideal —representada por el discurso de la rigidez y la garantía de los derechos— se acerque cada vez más a la realidad y la discipline de manera inexcusable.

III. DOS ALTERNATIVAS

Desde luego, para dar contestación a este par de interrogantes pueden seguirse dos estrategias metodológicas. La primera consiste en avocarse a un análisis de cada una de las figuras que integran el llamado derecho penal constitucional y convencional, y cuál ha sido el entendimiento que se ha realizado de cada una de ellas por parte de los operadores jurídicos del sistema. Esta actividad ya ha sido realizada antes con notorios resultados si lo que se busca es un mero análisis de corte conceptual, pero que en la práctica mantiene intactas las costumbres del poder.⁵

⁴ GARCÍA Ramírez, Sergio. **"Universidad Nacional, Facultad de Derecho y disciplinas penales. A manera de epílogo"**. En: MANCERA Espinosa, Miguel Ángel (coord.). *Derecho penal, especialidad y orgullo universitario. A cien años de la fundación de la Universidad Nacional Autónoma de México*. México; Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, UNAM, 2010. P. 445.

⁵ Al respecto, véase GÓMEZ Pavajeau, Carlos Arturo. **"Fundamentos liberales y sociales del Derecho penal"**. 2da. Ed. Colombia, Porrua, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

En esa virtud, en esta contribución se seguirá un camino diferente: en lo que resta me centraré en el examen de la realidad penal desde el escenario de nuestros pueblos americanos. Y lo haré de la mano de los planteamientos del profesor Raúl Zaffaroni.

IV. LA SITUACIÓN DEL SUR

En su reciente libro *Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo*, Zaffaroni⁶ emprende una crítica de nuestras propias instituciones penales que no puede dejarnos indiferentes. Para el autor argentino, la situación de nuestros pueblos arranca desde la propia llegada de los españoles, nada menos porque al momento del arribo de Colón al nuevo mundo había cerca de un millón de indios, y a la vuelta de apenas treinta años apenas quedaban mil. No resulta por ello exagerado suponer que el número de muertes durante el periodo colonial sea aproximadamente de unos cincuenta a sesenta millones de personas. Según la estadística del autor, esto fue palmariamente visible en el caso de México, donde en apenas unos años la población se redujo en aproximadamente diecinueve millones.

Desde entonces arranca la historia de la dominación y la colonización: el lenguaje, las costumbres, la forma de ser propia de nuestros pueblos fue amoldada a la imagen de una sociedad disciplinante bajo la forma del patriarcado. Ese patriarcado implicó —para Zaffaroni— un presupuesto del colonialismo originario, una especie de racismo a través del cual se implementó una empresa genocida colonial. La sociedad se convirtió en un campo de trabajo forzado donde los distintos eran tratados como inferiores, tan es así que proyectos ciertamente proteccionistas como los emprendidos sin éxito por Bartolomé de las Casas, se vieron empañados por ideas genocidas como aquellas que proponían acabar con los indígenas, curiosamente impulsada por uno de los adalides del constitucionalismo: nada menos que Thomas Jefferson. Junto al genocidio de los pueblos originarios coexistió el saqueo de la riqueza de las minas en el continente, explotadas por mano de obra de esclavos que eran sometidos a la menor provocación. Así, la violencia genocida, el trabajo forzado y la negación de la propia identidad nativa fueron las condicionantes del momento colonialista que marca el devenir de nuestros pueblos durante los últimos cinco siglos.

Para nuestro autor, ese colonialismo se corresponde con el periodo de la revolución mercantil. En todo caso, para esa nueva burguesía, los habitantes de nuestros pueblos, ahora reducidos a esclavos, no “contaban y los indios, condenados a la extinción, menos aún”. La independencia latinoamericana consistió en el desprendimiento de un imperio decadente, que en todo caso dejó intacta la jerarquización racista ya bien acendrada en el imaginario de la sociedad emergente. Es entonces

⁶ Este apartado se reconstruye según la referencia de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo”**. Buenos Aires, Taurus, 2022.

Los derechos fundamentales vinculados con la cuestión criminal a la luz...

cuando se puede hablar de un periodo neocolonial que conservó alguno de los rasgos característicos del primer momento. También aquí subsiste el patriarcado, el racismo y buena parte de las prácticas esclavistas previas. Ya por otros medios, durante este periodo, las potencias europeas pudieron hacerse con el dominio de más de tres cuartas partes del orbe y, para saciar sus intereses, fueron artífices de los peores latrocinios. Desde el genocidio por hambre en la India hasta la explotación desmesurada de los recursos naturales en América, tal como da cuenta la esclavización de las tribus amazónicas del Perú, situación retratada en una de las más celebradas novelas de Mario Vargas Llosa.

Esta historia podrá parecer lejana y superada. Sin embargo, no es así. El diagnóstico de Zaffaroni no deja lugar a dudas: “ateniéndonos únicamente a las actuales violaciones de los derechos humanos, lo indiscutible es que el sur sigue colonizado”. “Con el mundo bipolar”, que surgió después de la Segunda Guerra Mundial, “se cerró la etapa de los nacional-colonialismos de viejo estilo. De ellos solo quedan retazos, pero los datos a incorporar a la cultura criminal continúan en una nueva etapa, con sus propias violaciones de derechos humanos. En rigor, cambiaron los métodos, pero no los objetivos”. El sur sufre un tardo-colonialismo o una etapa superior del colonialismo revestido de formas jurídicas y discursos que invocan valores nobles como la democracia, la libertad de expresión y el resto de los propios derechos humanos. No obstante, tras ese velo asistimos a la consolidación de un totalitarismo financiero que empodera a una plutocracia mundial a través de la cual se anula la capacidad crítica de las propias mayorías victimizadas. El papel del mercado ha reducido la influencia de la política y ha impuesto sus propias reglas incluso sobre las del derecho. La violencia genocida persiste ahora por goteo, en cuanto que ahora no se mata, sino que simplemente se deja morir a todos aquellos que no se avienen con las reglas impuestas desde los sitios de interés de una macro-criminalidad financiera organizada a través de la cual el uno por cierto de la población mundial puede imponer sus condiciones sobre el otro noventa y nueve por ciento de los habitantes del globo.

Para el profesor argentino, esta nueva criminalidad organizada se vale de su influencia en los medios de comunicación masiva y en su capacidad de infiltrar la corrupción en las esferas gubernamentales para lograr que los estados adquieran endeudamientos internacionales, cometan fraudes o permitan la salida de grandes capitales a paraísos financieros. Esta maniobra está acompañada por un debilitamiento institucional del poder judicial a través del cual se favorece la impunidad sobre dichos actos de corrupción. Hay, en suma, un movimiento orquestado para lograr que cualquier movimiento desde el Sur a través del cual se pretenda denunciar a este estado de cosas aberrante, sea criminalizado y sojuzgado bajo un aparato de poder que sirve a los intereses económicos de las potencias. Para lograr ese objetivo, se suele propalar el discurso según el cual es preciso dejar que el mercado se gobierne a sí mismo, y donde solo se puede ser auténticamente libre si no existen interferencias a la agencia particular. La situación es clara, pese al discurso emancipador, en nuestras naciones las violaciones a los derechos humanos siguen, pero también debe

continuar la resistencia cultural. El capitalismo, liberado de toda brida democrática y centrado solo en el fin de la ganancia, va hacia su propio suicidio. Por lo tanto, el objetivo del derecho debe ser el fortalecimiento de las instituciones jurídicas de garantía de los derechos desde la propia realidad de los pueblos americanos.

V. LA APUESTA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO (NCL)

Ante este escenario, queda claro que la tarea de la ciencia penal de nuestro tiempo consiste en diseñar los instrumentos de garantía de los derechos humanos, no sólo de manera teórica, sino sobre todo a partir de un claro entendimiento de su verdadera eficacia práctica. Este cambio permea no solo en el entendimiento constitucional, sino que avanza hacia un nuevo enclave sobre la actividad propia de la dogmática penal. Ahora más que nunca, es preciso que el sistema penal avance en el establecimiento de un sistema de estricta legalidad, donde la violencia institucionalizada en el aparato coercitivo estatal sea la menor posible, y donde el Estado se legitime solo a partir del respeto indeclinable de los derechos fundamentales, que han dejado de ser simples pautas sujetas a la apreciación del legislador, para tornarse en verdaderos imperativos obligatorios que condicionan la validez de las normas subconstitucionales y de todos los actos de autoridad.⁷

No puede ser de otra manera desde el momento en que los derechos fundamentales gozan de una doble cualidad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, ya que comparten una función subjetiva y una objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de los componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo.⁸

Esta dualidad de los derechos fundamentales exige la conformación de esquemas argumentales más estrictos para superar el análisis de constitucionalidad de las medidas legislativas que afecten los derechos fundamentales, especialmente en el

⁷ LANDA Arroyo, César. **"Derechos fundamentales y justicia constitucional"**. México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.

⁸ Al respecto se puede consultar la tesis de jurisprudencia 1a./J. 43/2016 (10a.), visible en la foja 333, del libro 34, tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, correspondiente a septiembre de 2016.

Los derechos fundamentales vinculados con la cuestión criminal a la luz...

ámbito del derecho penal. En este sector, no es posible dejar de observar que el artículo 22 ha llevado expresamente al texto constitucional la exigencia de que las penas sean proporcionadas al bien jurídico afectado, de manera que ahora el legislador no lo puede todo, porque aún su obra está sujeta a un escrutinio superior e inexorable que se impone desde la sede constitucional. Esta no es una premisa menor, pues tal mandato constitucional se traduce en una directriz político criminal que limita el actuar no solo del legislador, sino también del juzgador, quien deberá imponer la pena sólo cuando constante en el caso concreto, la lesión, o al menos, la puesta en peligro de un bien jurídico de especial importancia al resultar indispensable para garantizar la vida en sociedad. Con ello, toda criminalización que no se encuentre sustentada en la afectación a un bien jurídico y toda pena impuesta desproporcionada a dicha afectación carecerán de validez y legitimación.

Así, más allá de su declaración expresa en la sede jurisdiccional, la dignidad humana es claramente el fin último de la tutela jurídica. Ello implica que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás. En realidad, es claro que del derecho a ser reconocido y a vivir con dignidad, resulta ser el presupuesto esencial del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad. Y aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncien expresamente, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad.⁹

A partir de estas consideraciones parece claro que los derechos humanos no existen por el solo hecho de que estén reconocidos en las constituciones y los tratados internacionales. La existencia de los derechos deriva de la propia dignidad de la persona. Para decirlo con las palabras de Immanuel Kant: “el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en eso consiste precisamente su dignidad”¹⁰. De este modo, los derechos fundamentales, no son expectativas que estén expuestas a la negociación o la voluntad contingente de las mayorías, ni cuya vigencia quede clausurada por pactos entre particulares, y ni siquiera en circunstancias donde el consenso parece legitimar dichas acciones. La vigencia de los derechos fundamentales implica el respeto irrestricto a la dignidad de la persona, porque incluso, como lo refiere Ernesto Garzón Valdés, quien “actúa indignamente rasga su etiqueta, pero lo cierto es que hasta el más criminal de los seres humanos la sigue conservan-

⁹ Cfr. La tesis P. LXV/2009, visible en la página 8 del tomo XXX del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a diciembre de 2009.

¹⁰ KANT, Immanuel. “**La metafísica de las costumbres**”. Trad. de Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, 2002. P. 355.

do. Puede ser que la etiqueta esté completamente manchada y rasgada, pero sigue mantenido su condición humana. Ello fija un límite al tratamiento de que puede ser objeto por parte de sus congéneres. Quien trata indignamente a quien se comporta indignamente, lesiona su propia dignidad.”¹¹ De esta forma, la defensa de la dignidad humana es el primer imperativo de los derechos fundamentales que son la divisa de la ley del más débil en defecto de la ley del más fuerte que operaría en su ausencia.

Y este es justo al punto al que quería llegar con la argumentación que he venido desarrollando hasta ahora, pues resulta claro que el principio de dignidad humana se convierte en un verdadero recurso para ampliar la eficacia protectora de los derechos fundamentales, no solo a los que han sido expresamente reconocidos en el bloque de constitucionalidad,¹² sino también para aquellos que aun sin poder adscribirse directamente a una disposición constitucional específica, sí resultan ser una emanación de la dignidad humana. Sobre la base de la dignidad, se asientan las reivindicaciones históricas del pueblo americano.

Desde luego, esta tarea pasa por un nuevo entendimiento del constitucionalismo y sus instituciones, precisamente emparentado con lo que se ha dado en llamar el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCL). Seguiré aquí el criterio de Roxana Guerrero Sotelo¹³ para quien el NCL no responde al modelo clásico de constitucionalismo democrático en clave europea, sino que implica la aceptación de un ámbito constitucional compuesto por una serie de derechos históricos contextualizados, que en la mayoría de los casos responde a una realidad comunitaria subnacional y popular.

Si bien el NCL tiene semejanzas con algunos antecedentes del constitucionalismo clásico, el ánimo que alienta al NCL no responde en primera instancia al proyecto capitalista neoliberal ni al modelo globalizador, sino que la identidad del NCL enfrenta estos proyectos mediante la consagración de principios que encarnan las condiciones existenciales fundamentales de sus comunidades, ya sea a través del reconocimiento de los derechos o de la estructuración del poder, las cuotas de representación de la minorías étnicas o la autogestión rural y urbana, no tienen su sentido original en el ámbito internacional de los derechos humanos ni en la realidad socioeconómica de los Estados Europeos.

Este movimiento aboga, desde luego, por la “instauración de un orden político-jurídico cuya máxima es la supremacía de la ley fundamental, por tanto, límite y

¹¹ GARZÓN Valdés, Ernesto. “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”. En Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005. México, Fontamara, 2015. P. 43.

¹² En relación con el concepto y funciones del bloque de constitucionalidad ASTUDILLO, César. “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México”. México, Tirant lo Blanch-UNAM, 2014. PP. 23 y ss.

¹³ GUERRERO Sotelo, Roxana. “¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano? Tendencias constituyentes y parlamentarias”. En iputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV-X-2017/CRV-X-29-17.pdf, consultado 01 de diciembre de 2022.

Los derechos fundamentales vinculados con la cuestión criminal a la luz...

control de poder que legitima el actuar de la autoridad mediante la instauración de derechos de los gobernados". Sin embargo, "la nota característica que identifica la identidad y originalidad del NCL es la concepción misma del poder, en efecto, la legitimidad y legalidad del mismo poder y del derecho se desarrollan a partir de una resemantización de la soberanía en clave popular; a saber, un poder supremo reconocido directamente en todo momento a favor del pueblo y no de sus representaciones políticas o mediaciones económicas tradicionales."¹⁴ En suma, como explica Guerrero Sotelo, este NCL se identifica por:¹⁵

- La recuperación histórica del pasado ancestral de las naciones y los pueblos, resemantizando los hábitos y las costumbre a partir de las necesidades sociales contemporáneas;
- La incorporación de principios que refieren una ética de la liberación o emancipación (conciencia de la dependencia) fundada en lo Otro (obreros, campesinos, pobres, etc.);
- Reconocimiento de un Estado la pluriétnico e intercultural que se refleja en su diseño institucional y en el ejercicio de las funciones de gobierno;
- La alternancia de un gobierno centralizado con formas de autogestión individual y colectivas, lo que implica el reconocimiento de la propiedad privada y comunitaria, y de sus respectivas formas de producción;
- Resemantización de la democracia a través de nuevos mecanismos inclusivos de participación ciudadana;
- Resignificación de la soberanía en clave popular (constitucionalismo popular y no populismo) proyectada hacia una estructura de poder fuerte que garantice la justiciabilidad de los derechos, así como la participación continuada de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas fundamentales;
- Resemantización del poder legislativo, ligado a los conceptos de ciudadanía y soberanía popular, adquiere nuevas tendencias constituyentes y legislativas; y
- El proceso productivo, la comercialización y la economía son dotadas de sentido a partir del oprimido buscando la realización de una función social, para lo cual la rectoría del Estado respecto de los bienes debe ser fuerte.

Me parece, en suma, que esta es la clase de temas de los que en el futuro cercano deberíamos ocuparnos, tal como lo ha realizado con total atingencia y oportunidad el profesor Zaffaroni.

¹⁴ *Ibid.* P. 11-12.

¹⁵ Retomo las características siguientes del trabajo ya citado de Roxana Guerrero Sotelo, **op. cit.**, nota 13. PP. 13-14.

VI. FUENTES

- ASTRAIN Bañuelos, Leandro Eduardo. **“El Derecho Penal del Enemigo en un Estado Constitucional: especial referencia en México”**, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- ASTUDILLO, César. **“El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México”**. México, Tirant lo Blanch-UNAM, 2014.
- COSSÍO, José Ramón *et. al.* **“La construcción de las restricciones constitucionales ante los Derechos Humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011”**, México, Porrúa, 2015.
- GARCÍA Ramírez, Sergio. **“Universidad Nacional, Facultad de Derecho y disciplinas penales. A manera de epílogo”**. En: MANCERA Espinosa, Miguel Ángel (coord.). Derecho penal, especialidad y orgullo universitario. A cien años de la fundación de la Universidad Nacional Autónoma de México. México; Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, UNAM, 2010.
- GARCÍA Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta. **“La reforma constitucional sobre Derechos Humanos 2009-2011. Actualizado al 2015”**, 4ª. Ed. México, Porrúa, UNAM, 2015.
- GARZÓN Valdés, Ernesto. **“¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”**. En Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005. México, Fontamara, 2015.
- GÓMEZ Pavajeau, Carlos Arturo. **“Fundamentos liberales y sociales del Derecho penal”**. 2da. Ed. Colombia, Porrúa, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.
- GUERRERO Sotelo, Roxana. **“¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano? Tendencias constituyentes y parlamentarias”**. En iputados.gob.mx/sedia/sia/re-dipal/CRV-X-2017/CRV-X-29-17.pdf, consultado 01 de diciembre de 2022.
- KANT, Immanuel. **“La metafísica de las costumbres”**. Trad. de Adela Cortina y Jesús Conill, Madrid, Tecnos, 2002.
- LANDA Arroyo, César. **“Derechos fundamentales y justicia constitucional”**. México, Porrúa- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“Colonialismo y derechos humanos. Apuntes para una historia criminal del mundo”**. Buenos Aires, Taurus, 2022.