

EGUZKILORE

Número 29.
San Sebastián
2015
275-287

DERECHOS HUMANOS Y JUICIOS ORALES. YUXTAPOSICIÓN DEL PROCESO PENAL Y UNA SOCIEDAD PERVERSA

Salvador MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ

*Doctor en Derecho por la Universidad de Xalapa,
Veracruz (México)*

Resumen: Ante un problema pragmático –transformar el proceso penal moderno en proceso restaurativo–, el presente artículo aborda un problema cognitivo, ¿Cómo formar conciencia entre los habitantes de México de que los juicios orales necesitan avanzar en el sentido de los Derechos Humanos? Dicha aporía se origina con la *Reforma a la Constitución Política de México, en materia de Justicia Penal, Seguridad Pública y Delincuencia Organizada*, promulgada el 18 de junio de 2008, la cual junta el proceso penal moderno y una sociedad perversa.

Laburpena: Arazo pragmatiko baten aurrean –prozesu penal modernoa prozesu berrezartzailer bihurtzea–, egileak honako arazo kognitibo honi heltzen dio: nola sortu kontzientzia Mexikoko biztanleen artean ahozko epaiketak giza eskubideen alorrean aurrera jotzeko beharraz? Aporia horrek *Justizia Penalaren, Segurtasun Publikoaren eta Delinkuentzia Antolatuaeren arloan egindako Mexikoko Konstituzio Politikoaren Erreforma* du jatorria, zeina 2008ko ekainaren 28an promulgatu zuten, eta prozesu penal modernoa eta gizarte makur bat elkartzen ditu.

Résumé: Devant un problème pragmatique –transformation du procès pénal moderne en procès restauratif–, l'article traite d'un problème cognitif: comment développer la conscience entre la population du Mexique en ce qui concerne la nécessité d'avancer en matière des droits de l'homme au sein des audiences? Cette aporie trouve son origine dans la *Réforme de la Constitution Politique du Mexique, en matière de Justice Pénale, Sécurité Publique et Délinquance Organisée*, promulguée le 18 juin 2008, laquelle met en rapport le procès pénal moderne avec une société perverse.

Summary: Faced with a pragmatic problem –transforming the modern criminal justice process into a restorative process–, the present article deals with a cognitive problem: how can we raise awareness among Mexico's inhabitants about the need for oral trials to develop towards Human Rights? Such an aporia originates from the *Reform of the Political Constitution of Mexico, in terms of Criminal Justice, Public Security and Organized Crime*, enacted on June 18, 2008, which puts together the modern criminal justice process and a perverse society.

Palabras clave: Juicios orales, Derechos Humanos, Justicia victimal.

Hitz gakoak: Ahozko epaiketak, giza eskubideak, justizia biktimala.

Mots clés: Audience, Droits de l'homme, Justice victimale.

Keywords: Oral trials, Human Rights, Victimal justice.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente artículo es sondear la posibilidad de que, en México, el proceso penal moderno se transforme en un proceso de justicia restaurativa a partir del trabajo pedagógico de infundir con ahínco en el ánimo de todos y cada uno de los habitantes de nuestro país, y particularmente en el de los mexicanos, una idea, un concepto, de los Derechos Humanos.

La cuestión es ¿Cómo formar conciencia entre los habitantes de México de que los juicios orales necesitan avanzar en el sentido de los Derechos Humanos? El problema es transformar el proceso penal en proceso de justicia restaurativa. La ventaja de la idea principal: evitar que los habitantes de México se instalen en la complacencia. La línea de arranque es un juicio previo: en el año 2000, Antonio Beristain Ipiña S.J. hace una profecía, el proceso penal acusatorio se transformará en proceso restaurativo¹.

En el proceso de investigación preliminar se consideró que el camino para estudiar el problema estaba trazado por tres metas que hoy constituyen los objetivos específicos del presente comunicado y ellos son los siguientes:

- A. Explicar que el despertar de la conciencia de los Derechos Humanos acaece en México, según una tesis de Mauricio Beuchot, O. P.
- B. Señalar la evolución de la Dogmática Penal hacia la Victimología, según una profecía de Antonio Beristain Ipiña, S.J.
- C. Construir una hipótesis de trabajo en torno al modo de formar conciencia entre los habitantes de México, y especialmente entre los mexicanos, sobre la necesidad de que los juicios orales avancen en el sentido de los Derechos Humanos.

La primera tesis permite entrever la filosofía al amparo de la cual se construyó este escrito. La segunda pretende ser una teoría científica (victimológica), pero por las características de la persona expositora adquiere tintes proféticos. Nuestra hipótesis de trabajo es simple, tiene la peculiaridad de ser pre-filosófica y pre-científica, precisamente por su carácter de hipó-tesis.

El artículo se compone con las ideas primigenias de un proyecto de investigación en el área de la política penal, bajo la inspiración del Nobel mexicano de Literatura Octavio Paz, las siguientes son sus palabras:

No tenemos desde hace 50 años ninguna gran filosofía política universal. En el siglo XXI se necesitará de la imaginación política. La imaginación de Aristóteles, de Tomás de Aquino, de Maquiavelo, de Hobbes, de Marx tendrá que recrearse en nuevos modelos políticos. Hay tres elementos de la tradición política moderna que deben reintegrarse en una futura filosofía política: la tradición liberal, que nace de la Enciclopedia; la tradición democrática, de convivencia política, entre una mayoría y diversas minorías, donde hay respeto a los derechos humanos, y la tercera, la herencia socialista, cuyas raíces están en la aspiración ética hacia la igualdad y la justicia. Todas ellas deben ser recreadas, reinterpretadas, repensadas, recogidas por una nueva filosofía política. Es esto o la barbarie: destrucción del medio ambiente o el suicidio nuclear”².

1. BERISTAIN, Antonio. *Protagonismo de las víctimas de hoy y Mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España 2004, p. 82.

2. ARRIOLA, J. F. *La filosofía política en el pensamiento de Octavio Paz*, UNAM, México 1995, p. 128.

El antecedente principal de la hipótesis construida se encuentra en la tesis presentada por el autor de estas líneas para obtener el grado de la Maestría en Ciencias Penales³. En el examen de grado correspondiente, uno de los integrantes del tribunal académico afirmó que el trabajo de tesis era bifronte: la primera cara expresaba un saber sobre fray Bartolomé de Las Casas y el segundo explicaba la reacción social contra la criminalidad en el pueblo azteca. La atención del examen se centró en el segundo aspecto. Hoy, muchos años después, se intenta pesar el pro y el contra del rostro primero de aquella indagación.

EL DESPERTAR DE LA CONCIENCIA

No se trata de exaltar el nacionalismo mexicano que rindió frutos jugosos en el área de las Bellas Artes durante la primera mitad del siglo XX, lo que se pretende es prestarle atención a la actual crisis de la globalización para darle relevancia a la historia de México: la conciencia de los Derechos Humanos despierta en México en el siglo XVI y con fray Bartolomé de Las Casas.

Octavio Paz hizo algunas aseveraciones referidas a los escritores en el campo de la literatura y, por sugestivas, aquellas afirmaciones se pueden extender a los escritores en el área del Derecho. Las siguientes son las palabras del Nobel mexicano de Literatura:

En América la excentricidad hispánica se reproduce y se multiplica, sobre todo en países con antiguas y brillantes civilizaciones como México y Perú. Los españoles encontraron en México no sólo una geografía sino una historia. Esa historia está viva todavía: no es un pasado sino un presente. El México precolombino, con sus templos y sus dioses, es un montón de ruinas pero el espíritu que animó ese mundo no ha muerto. Nos habla en el lenguaje cifrado de los mitos, las leyendas, las formas de convivencia, las artes populares, las costumbres. Ser escritor mexicano significa oír lo que nos dice ese presente –esa presencia–. Oírla, hablar con ella, descifrarla: decirla Tal vez después de esta breve digresión sea posible entrever la extraña relación que, al mismo tiempo, nos une y separa de la tradición europea⁴.

Antonio Beristain Ipiña asentiría de buen grado sobre la necesidad hodierna de transitar de una audiovisión estática a una audiovisión dinámica de las cosas, pero él hubiese deseado que la indagación se detuviera en el siglo XVIII. Así se lo hizo saber en alguna ocasión al autor de este artículo.

Sin desoír a Beristain se prestó atención a los sucesos del siglo XVIII, pero también se siguieron las pistas presentadas por el dominico mexicano Mauricio Beauchot y se efectuó la búsqueda hasta el siglo XVI⁵. Tal vez a los europeos les baste con remontarse en la historia hasta el siglo XVIII para interpretar la realidad e interpretarse

3. MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador. *La reacción social contra la criminalidad en el pueblo Azteca, según la Apologética Historia Sumaria de fray Bartolomé de Las Casas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México 1981, 174 páginas.

4. PAZ, Octavio. *Pasado y presente en claro. 20 años del premio nobel*. Editorial del Fondo de Cultura Económica, UNAM, México 2010, pp. 14-15.

5. BEUCHOT, Mauricio. *Derechos Humanos. Iuspositivismo y Iusnaturalismo*. UNAM, México 1995, 182 páginas.

a sí mismos, pero para los mexicanos eso no nos es suficiente, pues la conquista y los siglos de colonialismo son hitos trascendentales en el entendimiento de acciones dignas de memoria.

Según Beuchot, muchos autores aconsejan no equiparar la idea de derechos humanos con la de derechos naturales en pensadores anteriores a la Revolución Francesa y la ilustración. Ello significaría anacronismo, ya que se supone que los derechos humanos son producto del iusnaturalismo racionalista e ilustrado del siglo XVIII, de manera que aludir a los derechos humanos en otros tiempos sería hablar de una cosa muy distinta. Él no piensa igual y, al respecto, sustenta dos tesis⁶:

1. Esos que ahora llamamos ‘derechos humanos’ son los que eran llamados “derechos naturales” en la tradición escolástica del siglo XVI, principalmente en la escuela tomista de Salamanca.
2. Fue Bartolomé de las Casas el que más claramente vio esos derechos humanos, por su captación de los indios y de los negros como pertenecientes a la raza humana y por lo mismo como teniendo derechos que surgían del solo hecho de ser miembros de la especie.

Reconoce este investigador que esas proposiciones pertenecen a Blandine Barret-Kriegel, quien asegura que “Los derechos humanos no se inician en el iusnaturalismo ilustrado de la Revolución Francesa, sino en el iusnaturalismo escolástico de la Escuela de Salamanca, de modo especial en Bartolomé de Las Casas”⁷. Pero, su argumento se reduce a señalar que el individualismo ilustrado no es suficiente para dar universalidad a los derechos humanos. En cambio, Las Casas se muestra como alguien que pide los derechos humanos para los indios (no europeos).

Ante esto, el filósofo mexicano trae a colación las objeciones de Michel Villey: “Los derechos humanos son derechos subjetivos. No pudieron originarse en el tomismo porque Santo Tomás tenía una noción del derecho como algo objetivo, en tanto que la noción de derecho subjetivo o individual nace con Ockham;...”⁸. Villey se perca-ta, dice Beuchot, de que en la Escuela de Salamanca se admitió la noción de derechos subjetivos, y lo ve como una especie de traición a Santo Tomás.

Siempre según Mauricio Beuchot, Barret-Kriegel se alegra de que los salmantinos hayan modificado así la noción tomista de derecho y de ley natural, Porque ve en ello el surgimiento de la noción de derechos humanos. Pero le falta dar más pistas para explicar ese hecho. Según el mexicano, tales pistas son las siguientes: (1) Se pasa de una noción de derecho objetivo a una de derecho subjetivo; (2) Se atiende a la dignidad del hombre; (3) Se defienden los derechos humanos para todos; (4) Principalmente para los más desvalidos, como eran en ese caso los indios.

De cara a esas pistas, Beuchot formula su pregunta de investigación ¿Cómo explicar esa noción de derecho subjetivo y además ese resaltar la dignidad humana y a la vez ese universalismo? Piensa que la respuesta de Barret-Kriegel es insuficiente, pues

6. *Ibidem*, p. 91.

7. *Ibidem*, p. 92.

8. *Idem*.

ella insiste en la reflexión bíblica, sobre todo a través de la sangre judía de muchos de aquellos salmantinos, entre los cuales se ha colocado al propio Las Casas.

Eso puede ser cierto, pero las hipótesis de Mauricio Beuchot son las siguientes⁹:

1. El subjetivismo del derecho viene del nominalismo ockhamista. Si el subjetivismo del derecho viene de esa corriente de pensamiento, éste se encontró filtrado de alguna manera en Salamanca, ya que Vittoria tuvo como maestro en París al gran nominalista John Mair o Joannes Maior, y el propio Domingo de Soto fue nominalista parisino antes de ingresar a la orden de los predicadores.
2. El relieve dado a la dignidad humana venía del humanismo renacentista, el cual también estuvo presente en Salamanca. Directamente a través del propio Vittoria, que fue amigo de Erasmo.
3. El universalismo proviene de esa concepción tomista de la naturaleza humana que dependía de su postura ontológica frente al problema de los universales, con lo cual se catalizaba la influencia nominalista que tendía a diluirla en el nominalismo.

Podemos ver que en Las Casas se origina la noción –no el término– de derechos humanos, por su oposición al representante del humanismo y la modernidad en la corte española: Juan Ginés de Sepúlveda.

Las Casas es el crítico de la modernidad, desde las bases teológicas y escolásticas que se conjuntaban a su humanismo renacentista. Argumenta contra Sepúlveda que los indios tenían su propia civilización, su propia cultura, su propia realización de la *humanitas*, esto es, reconoce el humanismo indígena, en contra del connotado humanista europeo.

LA PROFECÍA

En aquel reporte de investigación de la Maestría en Ciencias Penales, a que arriba se hizo referencia, lo primero que se pretendió presentar fue la praxis de fray Bartolomé de Las Casas. Dos ideas dominaron esa parte del estudio: (1) la noción de praxis, la cual se comprendió como la unidad de acción y reflexión; y, (2) la convicción de que una praxis radical serviría para resolver los problemas de nuestra época.

En relación con aquella primera idea se escribió lo siguiente:

La confesión de los criminólogos con aspiraciones radicales de que ni siquiera ellos tienen un praxis transformadora ante la realidad delictiva afirma más la convicción de que, en la línea de la existencia humana, cada vez que se denuncia un hecho colectivo de barbarie, no basta por cierto reflexionar, lograr mayor clarividencia y hablar, se hace necesario actuar. Pero tampoco basta la acción irreflexiva para construir algo nuevo y mejor, para esto se requiere que la acción vaya iluminada siempre por la luz de la palabra verdadera. Tal síntesis de acción y reflexión es, precisamente, lo que le da significación a la praxis¹⁰.

9. *Ibidem*, p. 93.

10. MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, S. *La reacción social... Ob. Cit.* p. 10.

Respecto a la segunda idea se dijo:

La praxis debe ser constante, pero hay momentos en la historia en que su presencia se exige con dramática urgencia. Nuestra época está marcada con ese signo y la hora de la Conquista de América llevó el mismo sello. La diferencia estriba en que hoy todavía resulta muy difícil pronunciar el nombre de alguien que haya asumido semejante radicalización. En cambio, respecto a la Conquista, el nombre de Bartolomé de Las Casas admite sin dificultad alguna el calificativo de radical¹¹.

Aún se suscriben estas dos ideas. Sin embargo, es necesario reconocer que se profundizó en ellas al paso de los años. Por lo tanto, en este artículo se puntualizan algunas cosas que ya se dijeron en aquel entonces, especialmente: “La exigencia presente de inventar una solución original como la única alternativa para conocer, transformar y superar el predominio del crimen en la realidad latinoamericana que nos ha llevado a reflexionar sobre la praxis de quien fuera Obispo de Chiapas en el siglo XVI ya que su actualidad es un hecho patente.”¹².

Una vez concluido aquel trabajo de investigación se suscitó una cuestión de enfoque que ahora recupera su importancia. En la Introducción de aquel reporte se afirmó que se había abandonado la perspectiva estrictamente jurídica, pero una vez concluido el mismo, se advirtió que nunca se abandonó ese enfoque. Debiendo aclarar en el acto que lo que sí se había abandonado, y se sostuvo que para siempre, era el Derecho penal tradicional que sólo servía para mantener el desorden establecido.

Se habló de haber abordado el estudio de un Derecho penal nuevo que debía contribuir al progreso del hombre y de la sociedad ya que así lo exigían sus propias líneas de fuerza. Derecho nuevo que exige una intensa relación con la Criminología. La herencia de la *Criminología crítica* de Elena Larrauri ayudó a comprender que bajo el nombre de “Criminología” se cubrieron el conjunto de conocimientos de las ciencias sociales y que de esos estudios son herederos –afirma Larrauri– la Criminología feminista y la Victimología¹³. Quien esto escribe tuvo la fortuna de conocer a uno de los pioneros de la Victimología: Antonio Beristain Ipiña S.J. Beristain observó en las víctimas a todos aquellos que sufren por cualquier causa¹⁴.

Fray Bartolomé de Las Casas miró en las víctimas a los vencidos por la conquista y la encomienda española del siglo XVI (y, en cierto modo, también a los conquistadores y encomenderos, pues también quería salvar sus personas del fuego del infierno).

De cara a la conquista y la encomienda, Las Casas opone –como el único modo de atraer hacia su religión (hacia su grupo cultural) a un grupo cultural distinto– el modo pacífico establecido en el Evangelio de Jesucristo. Y, con esto se complementa las tesis de Mauricio Beauchot, pues se considera que, si la noción de los Derechos Humanos nació con fray Bartolomé de Las Casas, no fue solamente por su oposición

11. *Idem*.

12. *Ibidem*, pp. 11-12.

13. LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI editores, México 2006.

14. BERISTAIN, A. *Protagonismo de las víctimas... Ob. Cit.* pp. 34 y 35.

a Juan Ginés de Sepúlveda, sino por su acción pacificadora que es la acción significativa del fraile dominico que puede leerse como un texto.

El principio paradigmático del estudio es el de la no-violencia, expresado magistralmente en una frase célebre de Mahatma Gandhi (1869-1948): *La violencia jamás resuelve los conflictos, ni siquiera disminuye sus consecuencias dramáticas.*

La Doctrina de la no-violencia en una sociedad pluralista distingue tres posibilidades de acción¹⁵:

Una posibilidad es la de aquellos que den señales radicales de sus convicciones y se nieguen a tomar parte en la violencia allí donde ésta se manifiesta. Naturalmente esto significa renunciar a determinadas funciones, renunciar a actividades, a profesiones específicas (un ejemplo de esta renuncia social parcial, a finales del siglo XX, fue la negativa a prestar el servicio militar por motivos de conciencia).

Una segunda posibilidad de responder al menos de forma aproximativa a la exigencia de renunciar a la violencia en el mundo es la de intentar constantemente insuflar el espíritu de la no violencia en las estructuras, instituciones y decisiones de la sociedad para conseguir un decrecimiento de esa violencia en el mundo.

Finalmente, hay que tener en cuenta una tercera posibilidad respecto de la exigencia de la no violencia. Al menos en principio, debe existir la posibilidad del ciudadano, por responsabilidad frente a la sociedad, abogue por la implantación del Derecho en esa sociedad con los medios coactivos de que dispone el Estado de Derecho.

La presentación separada de cada una de estas tres posibilidades responde a una construcción de tipo idealista. En la vida concreta, las tres aparecen mezcladas. Es posible que el ciudadano concreto se niegue de plano a la violencia en un sector determinado, que en otra parcela sólo pueda aspirar al decrecimiento de la violencia y que simultáneamente, en un tercer sector, utilice la violencia sancionadora del Estado de Derecho, con la intención de cerrar el paso a otras formas de violencia. Pero, si por un instante se abandona la generalización, se deja de pensar en los ciudadanos y se atiende solamente a los abogados, la ética jurídica les impone solamente la tercera posibilidad de acción. Un jurista que utilice alguna de las dos primeras posibilidades dejaría *ipso facto* de actuar como jurista para actuar simplemente como ciudadano.

La teoría del Derecho penal aclara que es necesaria la racionalidad de tales medios coactivos y que se pueden reducir a dos grupos: (1) cuando la acción del Estado persigue la reparación del daño causado (sanción civil y muy recientemente la medida restaurativa en materia penal); y, (2) cuando la acción del Estado busca interrumpir alguna conducta que amenaza un bien jurídico (sanción administrativa). Lo novedoso es la toma de conciencia de que en ninguno de los dos grupos citados cabe la pena, pues ésta es un medio coactivo sin sentido. Las penas están perdidas, afirman los estudios del derecho penal¹⁶.

15. Cf. LOHFINK, Gerard. *El sermón de la montaña ¿para quién?*, Editorial Herder, Barcelona 1989, pp. 68-69.

16. ZAFFARONI, E. R., A. ALAGIA, A. SLOKAR. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina 2005.

La discusión actual sobre la violencia y la no violencia se resiente de que casi siempre se tiene conciencia sólo de las tres posibilidades mencionadas y la discusión se centra exclusivamente en ellas. De hecho, aunque la realización de esas tres posibilidades sea inmejorable, recta y necesaria, nos encontramos todavía muy lejos del *Único modo de atraer a los pueblos a la verdadera religión* establecido por fray Bartolomé de Las Casas. Aunque Las Casas lo refiera exclusivamente a su religión, el modo pacífico es no el diálogo (o no solamente el diálogo), como piensan algunos, sino el proceso de justicia restaurativa.

Antonio Beristain Ipiña S.J., en los dos libros aquí referidos, observa las cosas como un hombre que vivió en el centro de su actualidad. Él sabía lo que pasaba, mejor aún, él sabía que todo pasaba (*Panta rei = todo fluye*). Beristain fue un centinela bien enraizado en la historia de su pueblo y solidario en las experiencias realizadas por el pueblo español y, particularmente, por el País Vasco. Por esto, en su libro *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)* se sujeta a los hechos y su obra lleva la impronta de una investigación científica, victimológica¹⁷.

Que Beristain sienta, piense y escriba en un plano fenomenológico hace que, por una parte, sea fiel a los lineamientos de su orden religiosa, y, por otra, que sus palabras deban interpretarse como una predicción científica:

Aparentemente comentaré esto: la evolución que mejora la Dogmática penal; pero, realmente no pretendo *mejorar* la Dogmática penal, pretendo *transformarla* (en clave metarracional). Espero lograr algo *distinto* que la Dogmática penal. Procuró que entre todos, legisladores, juristas, sociólogos, filósofos, Universidad, teólogos de religión exotérica (no esotérica)... pensemos, sintamos y creemos una Dogmática *nueva*, centrada en las víctimas, macrovíctimas, protagonistas axiológicas. Una Dogmática *victimal* que dista de la actual como el oriente dista del occidente¹⁸.

Las palabras clave del párrafo transcrito son pensar, sentir, crear. De cara a la realidad, en el caso (frente a las víctimas de una política *criminal*), sentir es lo primero, ya que el sentir nos ubica en el tiempo presente. Lo segundo es pensar porque hace posible ver con anticipación las cosas (pre-ver), proyectarlas; y, si se quiere profundizar en el asunto, pre-decir las, pues también está buscando el sentido, la dirección de la transformación penal. Si solamente se consigue la conformidad, entonces se avanza, pero en *sentido contrario*.

Beristain en su último libro, publicado después de su muerte, *La dignidad de la macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (in tenebris lux)*, habla no en virtud de su propia autoridad, sino en nombre de las víctimas en nombre de todos aquellos que sufren por cualquier causa pero no se trata de un acelerado que se exprese por adelantado cuanto de alguien que habla delante de una comunidad, que en el caso se trata de la comunidad del País Vasco y no actúa llevado por su propia iniciativa, sino como respuesta a las víctimas del terrorismo de ETA:

17. BERISTAIN, A. *Protagonismo... Ob. Cit.*

18. BERISTAIN, Antonio. *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (In tenebris lux)*, Editorial Dykinson, Madrid 2010, p. 139.

Antonio Beristain explica que:

Este axioma tradicional *in dubio pro reo* figura entre las grandes conquistas pretéritas de los juristas en general y de los penalistas en particular: Propugna una cosmovisión de calidad humana superior a la de culturas anteriores. De él ha brotado y derivado, por ejemplo, el axioma de la opción preferencial en favor de los débiles, que tanto proclaman los autores de la Carta de la Tierra, reconocidos juristas y teólogos de la liberación.

Después de tantos siglos de vigencia (como todo evoluciona, todo fluye, en formulación de Heráclito), este principio *progresiva*, de manera que se presente algo nuevo... “el despliegue de lo otro”. Este futuro “lo otro” es, según los victimólogos, el axioma *in dubio pro víctima* (ante la duda, a favor de la víctima). Lo pide, con serios argumentos, la moderna Victimología¹⁹.

En efecto, Antonio Beristain pensó y habló del porvenir. Supo ver más allá del horizonte estrecho del territorio del País Vasco y de la época que le tocó vivir (por ejemplo, en alguna entrevista confiesa su amistad con México y Argentina). Él, puede decirse, fue un profeta de un *mundo-otro*. Pero, a pesar de vivir en un presente sombrío, agradecido con todo lo pasado, jamás renunció a anunciar un futuro mejor.

Más aún, el jesuita español no habla de las cosas futuras como algo que vaya a suceder necesariamente, no predice el futuro, lo observa como algo por hacer, por crear: una tarea que es de factura humana.

Antonio Beristain no aclara en su escrito qué entiende por «Dogmática penal», pero el contexto permite inferir que utiliza la expresión como sinónimo de saber jurídico. La única dificultad es que en esta ocasión le otorga un significado amplísimo que abarca al saber sobre Derecho procesal penal. Conviene la precisión, pero por el momento esa amplitud carece de importancia, pues la reforma penal mexicana indebidamente suele observarse como una reforma meramente procesal, lo cual es inexacto según se mostró en otro lugar²⁰.

HIPÓTESIS

La contemplación que Francesco Carnelutti hizo de *Las Miserias del Proceso Penal* le permitió la narración de algo sumamente malo, pues dicho proceso es un medio para causar daño intencionalmente²¹. Esto es, el proceso penal de por sí es perverso²². Pero, cuando el adjetivo se aplica a una sociedad completa, entonces el calificativo “perverso” tiene un sentido fuerte y diferente, ya que alude a una sociedad que corrompe las costumbres o el orden y estado habitual de las cosas.

19. *Ibidem*, p. 141.

20. MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador. “El abogado de los presos y la reforma penal 2007-2008 en México”, En Casarín León, M. F. y M. Luna leal, *Themis. Nueva generación* (Vol. 2 Temas de Derecho Penal y Civil, pp. 155-174), Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México 2010.

21. CARNELUTTI, F. *Las miserias del proceso penal*, Academia Boliviana de Ciencias Penales, Bolivia 2007.

22. CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*, Editorial del Fondo de Cultura Económica, México 1988.

Al contemplar *Las Miserias del Proceso Penal*, Carnelutti se planteó un problema cognitivo y, a partir de su representación, él describe un proceso penal miserable. Pero, dada la cercanía entre conocimiento y acción, en el trasfondo de su contemplación es posible percibir un problema pragmático, es decir, la deficiencia de una situación real por relación con una situación posible y con un cierto nivel de subsistencia. De cara a las miserias del proceso penal, una posibilidad de acción es la conformación o ajuste a esa situación real. Pero, existe otra posibilidad, la transformación de esa situación real con la finalidad de que se aproxime a otra situación posible.

En México, el haber puesto el proceso penal moderno junto a una sociedad perversa ocasionó que todo el impulso esté encaminado al ajuste o conformidad con la situación real, algo así como un *Ensayo sobre la ceguera*, que diría José Saramago²³. Es sencillamente impresionante el esfuerzo que en este país se hace porque todos se adapten al proceso penal acusatorio, en donde prevalece el principio *in dubio pro reo* (en caso de duda, todo a favor del reo), y en donde, a futuro, la única situación posible es el *proceso debido*²⁴.

A los estudiosos mexicanos, la exposición de Beristain les hará rememorar la Ley de los tres estados de Augusto Compte. Sin embargo, este autor no tendrá la osadía de rebatir a Antonio Beristain Ipiña S.J. No se sabría cómo hacerlo ni se podría, pues su posición académica es muy elevada, pero se intentará seguir su ejemplo. Sentir, pensar y crear es el único modo de interpretar las acciones significativas de estos tiempos en México y también dentro el proceso penal.

No se pierda de vista el acontecimiento observado: el estado actual de la incorporación de los juicios orales al sistema jurídico mexicano es el de una yuxtaposición del proceso penal moderno y una sociedad perversa. En una segunda aproximación, la observación es amplia y profunda: coexisten en esta sociedad perversa dos tipos de procesos penales, uno primitivo y otro moderno. Pero, se presiente el *despliegue de lo otro*, aquel que cumple la profecía de Antonio Beristain Ipiña, S.J.: el proceso restaurativo, *sin duda*, con el protagonismo de las víctimas y sus derechos fundamentales.

En México, la perspectiva audiovisual del autor de este artículo muestra una coexistencia (tal vez se deba decir “competencia”, recordando las categorías marxistas) de tres procesos jurídicos: (1) el proceso penal primitivo (más bien ejecución de sanciones penales sin proceso); (2) el proceso penal moderno, con sus características de acusatoriedad y oralidad; y, (3) el incipiente proceso restaurativo (no penal).

Si se le observa a la luz de las categorías del jesuita, jurista, victimólogo y teólogo español el sentimiento que lleva en sí la reforma penal mexicana es pesadumbre. Esto es, se siente molestia, desazón, padecimiento físico o moral al contemplar en la constitución mexicana reformada los principios de “La dogmática penal de ayer”.

No produce ningún consuelo leer en el texto de Beristain que: “El axioma *in dubio pro reo* significó un avance importante en la historia de la Dogmática penal y ciencias afines, pues cercenó la violencia, la agresividad, la venganza... del Derecho

23. SARAMAGO, J. *Ensayo sobre la ceguera*, Editorial Alfaguara, México 2001.

24. CARBONELL, Miguel y E. OCHOA REZA. *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Editorial Porrúa, UNAM, Renace, México 2008.

penal primitivo. Abrió la puerta a la aportación 'humanista' de la ley del talión:..."²⁵. No produce ningún alivio porque si se atiende a los datos con que operan las ciencias sociales, entonces todo parece indicar que en México no se ha logrado siquiera superar (vencer) la fase del Derecho penal primitivo.

No obstante, si se piensa sobre lo sentido, o mejor aún, sobre el sentido de las cosas, la adversidad sospechada es un reto. No se puede convertir este mundo en el muro de las lamentaciones. El desafío se origina en el guante lanzado por Antonio Beristain, quien habla en nombre de las víctimas cuya dignidad transforma la justicia y la convivencia.

En nuestro país es necesario terminar con dos racionalizaciones que surgen a partir de la reforma penal 2007-2008: (a) La primera se refiere a la idea de que en la ley mexicana se ha construido un sistema de justicia penal con orientación democrática, que concilia derechos y garantías de los ciudadanos con protección de la sociedad. Aunque con cierta desfachatez se acepte que la práctica ande por otros caminos; y (b) La segunda consiste en afirmar que la reforma constitucional al sistema de justicia penal (2007-2008) incorpora dos sistemas: uno de carácter supuestamente ordinario, con amplios derechos y garantías; y otro de naturaleza supuestamente excepcional, con derechos y garantías recortados, aplicable a la delincuencia organizada.

En la ley y en la práctica es necesario deconstruir el único sistema penal que ha existido en México, el cual está centrado en el delincuente (ni siquiera en la persona acusada de delito) y que carece de novedad alguna, pues se trata de una reproducción de la consigna "primero fusilo, luego 'viriguo'." , la que puede rastrearse desde el siglo XVIII y con el Tribunal de la Acordada en México. Todo lo que ocurre es que aún compiten el Derecho penal primitivo y el Derecho penal tradicional con su impronta vindicativa (hacer el mal por el mal causado).

Por todo lo expuesto, es posible establecer o descubrir dos hitos históricos del Derecho penal mexicano, tomando como referencia inicial la independencia de México: 1) El periodo de una evolución legislativa; y, 2) La fase de un precario desarrollo de la explicación dogmática y de la interpretación jurídica.

1. Se acepta la idea de una evolución legislativa penal, pero no la de una evolución mecánica que transita por la periodización tradicional de la historia de este país: México prehispánico, México Colonial, México Independiente y México postrevolucionario. En esta evolución se forja el objeto de estudio del Derecho penal. Dicha evolución se aprecia bien en la obra colectiva *Cinco ordenamientos penales del siglo XIX* (Barrón Cruz, 2010).
2. Durante el siglo XX continúa el desenvolvimiento legislativo, pero aparecen también las explicaciones dogmáticas y las obras de interpretación jurídica. Todo bajo la férrea impronta del derecho penal tradicional al que se aludió más arriba.

Comenta Beristain, en pocas palabras, que:

25. BERISTAIN, A. *La dignidad de las macrovíctimas...*, Ob. Cit. 140.

“... la Dogmática penal hodierna pretende, desde diversos puntos de vista, superar la Dogmática penal, el Derecho penal y la Criminología tradicionales, para colocar, preferencialmente, en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora y dignificadora de las víctimas (sin merma –al contrario, con aumento– de las garantías del delincuente; éste puede ejercer sus derechos en el nuevo sistema procesal de mediación-conciliación); no al delito, ni al interés jurídico protegido por el poder..., ni al delincuente, ni al castigo expiación”²⁶.

Beristain propone en lugar del *in dubio pro reo* el *in dubio pro víctima*. Sin embargo, al Derecho penal mexicano le ocurre lo que al gatito que al contemplarse en el espejo se mira como un león. La imaginación suele hacer jugarretas: se podría llegar a considerar al Derecho y su poder como un héroe de fantasía (algo así como el papel que tiene en la imaginación de los niños supermán o el hombre araña) al leer que quienes ejercen el poder de castigar realizan matanzas y genocidios cuando se pierde la contención del poder jurídico.

Quizás se recuerda alguno de los efectos que producía aquel retruécano expuesto por Edgar Bodenheimer en su *Teoría del derecho*: «Del derecho de la fuerza a la fuerza del Derecho» (1974). A lo cual Zaffaroni respondería: “Pero el poder jurídico de contención y reducción no tiene fuerza suficiente para suprimir al poder punitivo. Se halla en la misma situación de la Cruz Roja Internacional respecto de la guerra. Por ende, debe dejar pasar cierta cantidad de poder punitivo, operando como un filtro o sistema de filtros. La programación de ese sistema de filtración es, justamente, la función más importante del derecho o doctrina penal.”²⁷.

CONCLUSIÓN

Puesto que los juristas necesitan abogar por la instauración del Derecho en la sociedad mexicana y para ello solamente disponen de medios coactivos no penales, su acción pacificadora debe estar encaminada en dos sentidos:

1. contener el poder de castigar en la media de lo posible y emplear para ello el discurso de la teoría del delito: lo menos irracional es dejar pasar la pena únicamente respecto de hechos en los cuales se haya comprobado la presencia de una conducta típicamente delictiva, contraria a Derecho y culpable.
2. Encauzar los esfuerzos para transformar el proceso penal en un proceso de justicia restaurativa que es el sentido que marca el respeto irrestricto a los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIOLA, J. F. *La filosofía política en el pensamiento de Octavio Paz*, UNAM, México 1995.
- BERISTAIN, Antonio. *La dignidad de las macrovíctimas transforma la justicia y la convivencia (In tenebris lux)*, Editorial Dykinson, Madrid 2010.

26. BERISTAIN, Antonio: *La dignidad de las macrovíctimas*, Ob. Cit. Págs. 143-144.

27. ZAFFARONI, E. R. *Esquema de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina 2005, p. 32.

- . *Protagonismo de las víctimas de hoy y Mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España 2004.
- BEUCHOT, Mauricio. *Derechos Humanos. Iuspositivismo y Iusnaturalismo*. UNAM, México 1995, 182 páginas.
- CARBONELL, Miguel y E. OCHOA REZA. *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, Editorial Porrúa, UNAM, Renace, México 2008.
- CARNELUTTI, F. *Las miserias del proceso penal*, Academia Boliviana de Ciencias Penales, Bolivia 2007.
- CASARÍN LEÓN, M. F. y M. LUNA LEAL, *Themis. Nueva generación* (Vol. 2 Temas de Derecho Penal y Civil, pp. 155-174), Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México 2010.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*, Editorial del Fondo de Cultura Económica, México 1988.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI editores, México 2006.
- LOHFINK, Gerard. *El sermón de la montaña ¿para quién?*, Editorial Herder, Barcelona 1989.
- MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador. *La reacción social contra la criminalidad en el pueblo Azteca, según la Apologética Historia Sumaria de fray Bartolomé de Las Casas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa, Veracruz, México 1981, 174 paginas.
- PAZ, Octavio. *Pasado y presente en claro. 20 años del premio nobel*. Editorial del Fondo de Cultura Económica, UNAM, México 2010.
- SARAMAGO, J. *Ensayo sobre la ceguera*, Editorial Alfaguara, México 2001.
- ZAFFARONI, E. R., A. ALAGIA, A. SLOKAR. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina 2005.
- ZAFFARONI, E. R. *Esquema de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, Argentina 2005.

