

DERECHO PENAL

HAAG, Ernest van der, "The Ultimate Punishment: A Defense", *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, vol. 99, mayo de 1986, pp. 1662-1670.

El autor del artículo que ahora se reseña está a favor de la pena capital y rebate los argumentos que se han expresado a favor de su abolición. Su principal argumento consiste en que el violador de la ley decidió arriesgarse a ser castigado, al cometer su delito, por lo que la aplicación de la pena es justa retribución a su actuar.

La pena de muerte es el máximo castigo, y la única pena corporal que todavía se aplica. Es irrevocable y se utiliza únicamente tratándose de personas adultas. De los 20,000 homicidios que se cometen anualmente en los Estados Unidos, menos de 300 homicidas son sentenciados a muerte. La gran mayoría mueren en la prisión, de viejos. No es por el número de ejecuciones por lo que se discute esta pena, sino por sus implicaciones morales. Su aplicación es únicamente para los sujetos que hayan sido declarados culpables de un delito grave. Y dentro de este grupo se habla de una injusta aplicación de dicha pena, cuando se ve influida por cuestiones raciales o económicas y no por la gravedad del hecho cometido. La sanción se aplica a personas culpables, sin importar que pertenezcan a una minoría. A lo único que debe atenderse es si el sujeto merece esa sanción.

Desde un punto de vista moral la igualdad de las personas ante la ley es menos importante que la justicia. Esta es independiente de las desigualdades distributivas. El ideal de la justicia requiere que el trato sea igualitario, que los culpables sean castigados, sin importar que algunos logren evadir el castigo. El permitirlo no es una situación justa, pero no por ello se convierte en injusto el castigo para quienes no lo evadieron.

Las cifras oficiales recientes podrían considerarse reveladoras de que efectivamente existe algo de discriminación racial en cuanto a las sentencias de pena máxima. Sin embargo, se explica fácilmente que aparezcan más sujetos negros sentenciados que sujetos blancos, porque el índice de homicidios entre sujetos de raza negra es mayor que entre los blancos. La sanción se aplica por el delito cometido, no por la raza del victimario o de la víctima.

El autor del artículo, ante las fuertes críticas expresadas por distintos sectores de la colectividad, expone sus puntos de vista sobre la mis-

ma. No deja de reconocer que la justicia, como actividad humana que es, está sujeta a errores, y tratándose de esta pena el error es irreparable. Sin embargo, no es argumento decisivo para suprimirla del catálogo de penas. En cuanto a su función disuasiva, no hay estadísticas concluyentes que demuestren que cumple con su función mejor que las otras penas, y aunque éste fuera el caso, tampoco es un argumento suficiente para suprimirla. A un delito grave como el homicidio debe corresponder una pena más grave que la cadena perpetua. Considera que tener como amenaza penal la prisión es atemorizante para cierto tipo de delincuentes, para otros no es suficiente con ella. Advierte que es más importante proteger las vidas de las posibles víctimas que las de los asesinos, y es justamente esa la función del derecho penal: proteger preferentemente la vida e integridad de las posibles víctimas de un atentado, frente a la vida de los agresores.

La severidad de la sanción no es factor decisivo para que dejen de cometerse ciertos delitos, pero su existencia y su aplicación en los casos de que tenemos conocimiento, sí ayuda a mantener la idea disuasiva en la colectividad.

Otro argumento que se ha manejado es el económico, tal vez el menos válido de todos, ya que lo importante es la impartición de la justicia, sin importar el precio. En cuanto al aspecto del sufrimiento, se ha expresado que el condenado a esta pena sufre aún más que su víctima. El castigo no trata de igualar o compensar el dolor sufrido por la víctima, intenta defender a la ley y el orden destruido por el delito. La imposición de la sanción funciona para hacer de la amenaza algo vigente, y como retribución por el crimen cometido. Por inapropiada o desagradable que nos parezca, la imposición de una pena a una persona encontrada culpable no puede ser injusta. Con su conducta el sujeto voluntariamente asumió la posibilidad de recibir una sanción; así, la pena de muerte no puede ser injusta para un sujeto que cometió un delito grave. Concluye su artículo expresando que si calificamos de excesiva la pena de muerte, significa que no encontramos delito alguno que la justifique, y esta idea no puede refutarse ni corroborarse, es cuestión de apreciación personal.

Dolores E. FERNÁNDEZ MUÑOZ

REYES TAYABAS, Jorge, "Aplicación de la ley penal a partir de los 16 años", *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. V, núm. 2, 1987, pp. 166-175.

Aunque el autor se afana en utilizar un espacio importante de su artículo para señalar las bases que constituirán la premisa del mismo, en el planteamiento de tema tan fundamental y de actualidad como lo es la imputabilidad de los menores de edad, lo cierto es que con los elementos utilizados vuelve endeble e insostenibles sus puntos de vista.

Así, empieza relatando la exhortación del procurador general de justicia del Distrito Federal en el sentido de revisar la legislación con respecto a los jóvenes que infringen disposiciones de la ley penal; hecho lo cual, el autor afirma que es necesaria dicha revisión "porque se aprecia que ese sector juvenil ha incrementado actividad, de manera que se eleven los números de los registros estadísticos, y además acusa una más elevada gravedad en la naturaleza de los hechos infractorios en que se incurre".

Para analizar y determinar la veracidad de estas afirmaciones, el autor debió señalar en todo caso el universo de jóvenes infractores observado, las conductas realizadas por ellos, el periodo comprendido y, desde luego, los criterios comparativos que lo autorizaran a sostener la existencia de tal incremento de actividad de esos jóvenes infractores; sin perder de vista los términos reales y los relativos de ese posible incremento.

Esta precisión era tanto más necesaria, cuanto que en seguida el autor dice que dicha actividad "acusa una más elevada gravedad en la naturaleza de los hechos infractorios en que se incurre"; pero aquí tampoco señala esos "hechos infractorios" y mucho menos la clasificación de edades de quienes los realizaron, y tampoco se manifiesta la época del año, ni cuáles fueron las zonas criminógenas del Distrito Federal en que tuvieron lugar esos hechos.

Ante la falta de todos esos elementos de juicio, difícilmente puede hablarse de "incremento" y de "gravedad" en las conductas de los jóvenes infractores, por más que sea válido que el Distrito Federal es la ciudad más poblada, en que evidentemente ocurren múltiples hechos delictivos cotidianamente.

No es dable ni correcto jurídicamente pretender justificar la imputabilidad penal a partir de los 16 años de edad, en razonamientos y hechos imprecisos como los que maneja el autor; y mucho menos en que la mayoría de los Estados ya han reformado su legislación penal

en ese sentido; porque con independencia de este hecho que por sí solo no es significativo, el autor no detalla desde cuándo están vigentes esas reformas, ni señala la situación existente antes y después de ellas, con referencia a la tendencia delictiva de los jóvenes; ni cuáles son esos Estados, lo cual son datos ineludibles a considerar por las distintas conformaciones biopsicosociales de la persona, su carácter, su temperamento y la influencia del medio.

A continuación, el autor alude al trabajo del doctor Raúl Varela expuesto en la Reunión Nacional sobre Prevención del Delito, celebrada en Querétaro en 1986, cuya síntesis es que no deben reprimirse las conductas infractoras de los menores de edad, sino desarrollar medios para corregir las circunstancias generadoras de aquéllas.

Refiere el autor que en 1986, según datos proporcionados por el procurador general de justicia del Distrito Federal, se consignaron 3 667 casos al Tribunal para Menores, que existían más de 5 000 pandillas juveniles; que éstas tienen mayor capacidad de movilización por las innovaciones tecnológicas en los medios de transporte; que reciben la influencia del cine, televisión, revistas y libros que acelera el desarrollo de sus facultades de discernimiento.

Aunque el autor reconoce que son muy complejas las causas de las conductas ilícitas de los jóvenes menores de edad, sostiene que si las medidas preventivas, las de orientación y readaptación no bastan, "las sanciones quizás tengan que ser más enérgicas, encargadas ya a autoridades jurisdiccionales, a jueces", si bien acota él mismo que "en esto cabrán diferencias de procedimiento y de punibilidad".

A pesar de lo categórico de esta aseveración del autor, por la delicada materia que trata, merece, cuando menos, una reflexión. Evidentemente que la labor de prevención incumbe, primariamente a la familia. Si ésta falta o no cumple, entran en acción las instituciones oficiales y los patronatos correspondientes.

Que estas personas fallen en su labor de formar a los menores, no debe ser sólo un hecho histórico y frío; es menester revisar las causas de esas fallas, sobre todo cuando es la vida y el futuro de los menores lo que está de por medio. ¿Tienen recursos humanos, capaces y suficientes?, ¿cuentan con recursos técnicos y materiales de apoyo eficaces, en buen estado y suficientes?, ¿problemas de capacidad de atención?

Sin responder estas preguntas es mucho más inexplicable que el autor hable de someter a esos menores al criterio del órgano jurisdiccional, por más que el propio autor haga un valioso esfuerzo, encomiable en sí mismo, para establecer y proponer reglas de excepción al juzgar

la conducta de esos menores infractores; esto es, el autor habla de imputabilidad condicionada y establece el mecanismo y bases de su aplicación, destacando por un lado la propuesta de un catálogo de conductas cuya realización (según el autor) revela que el sujeto tiene una preparación intelectual y un desarrollo volitivo que autorizan considerarlo responsable penalmente, y por otro, la reiterancia en la comisión de conductas graves o no graves, la cual se controlará (dice el autor) con "registros idóneos".

En cuanto al procedimiento, el autor señala que esos menores estarían reclusos en lugares diferentes que los mayores de edad; que el juez tendría facultad para fijar la pena según la edad del menor, reduciéndola "quizás hasta de dos tercios", lo que permitiría al menor "mayor oportunidad para la libertad provisional bajo caución y para los beneficios de sustitución de pena de prisión y de multa, así como de suspensión condicional de la condena y para la prescripción de la acción persecutoria".

Aunque la propuesta del autor revela cierta dosis de contenido humanístico, y él mismo se apresura, al concluir su artículo, a decir que lo que propone "no significa que se desestimen las acciones preventivas, pues éstas son indispensables", lo cierto es que ya desde 1960 la ONU ha venido recomendando que la reinserción social de los menores infractores descansa en la educación, entendida ésta no sólo como captación de simples conocimientos, sino como formación del carácter del individuo. También ha propuesto la ONU que no se castigue a los menores por faltas mínimas que, en todo caso, quebrantan el orden público y, con mayor énfasis, la tendencia en cuanto a la pena corporal es que la imposición de ésta sea la excepción.

Por ello, el análisis de la imputabilidad de los menores infractores debe hacerse con mayor serenidad e imparcialidad, buscando su reinserción social; y no propiciando su contaminación que también es dable que ocurra aun en centros dedicados a dichos menores.

Federico QUINTANA ACEVES

SCREVENS, Raymond, "Principes constitutionnels et principes généraux applicables en droit pénal belge", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, París, nueva serie, núm. 1, enero-marzo de 1987, pp. 36-43.

La ilustre revista ha resuelto celebrar el cincuentenario de su aparición con una serie de estudios relativos al derecho penal de la Comunidad Europea y, entre ellos, con doce exposiciones a cargo de especialistas de cada país integrante de dicha Comunidad en torno del respectivo derecho nacional y los principios constitucionales y generales aplicables en derecho penal. Nos ha parecido útil dar una cuenta más informativa que crítica sobre esos informes, dispares en cuanto a concepción, enfoque y grado de profundidad, por el interés que ella puede revestir para el constante proceso de remeditación a que está sometida nuestra legislación penal y por el grado en que algunos contenidos aquí reseñados pueden servir al progreso de la reforma penal mexicana.

El primer trabajo, de acentuado sentido descriptivo, es el del jurista belga Screvens, que parte de un concepto amplio de derecho penal, comprensivo también de las reglas de su aplicación.

El autor inicia su informe con los principios constitucionales contenidos en la carta fundamental de 1831.

El primero de esos principios es, por cierto, el de *nullum crimen nulla sine lege* expresado en el segundo inciso del artículo 7o. ("nadie puede ser perseguido sino en los casos previstos por la ley") y en el artículo 9o. ("no puede establecerse o aplicarse pena alguna sino en virtud de la ley").

El segundo es el de que el *Poder Judicial*, ejercido por las cortes y los tribunales, es uno de los poderes del Estado, a igual título que el Legislativo y el Ejecutivo.

Como consecuencia del anterior, el tercer principio consagra la independencia de los jueces, al disponer el artículo 100 constitucional que los jueces son nombrados de por vida, que ninguno de ellos puede ser privado de su cargo o suspendido de él sino en virtud de un juicio y que el desplazamiento de un juez no puede tener lugar sino por un nuevo nombramiento y con su conformidad.

El nombramiento de los jueces es efectuado por el rey en un sistema de cooptación relativa, es decir, en general a propuesta de las Cortes de Apelaciones y de la de Casación, en su caso. Lamenta Screvens que se haya otorgado esta garantía de independencia proveniente del ante-

dicho sistema de nombramiento a los tribunales del trabajo y a los de comercio, instituidos y modificados, respectivamente, hace poco.

El cuarto principio (Constitución, artículo 96) es el de la publicidad de las audiencias judiciales, a menos que ella aparezca como peligrosa para el orden o las buenas costumbres. En materia de delitos políticos y de imprenta, sólo por acuerdo unánime del tribunal puede sesionarse a puertas cerradas. Son limitadas las excepciones a esta regla.

Quinto principio es el de que el fallo debe ser pronunciado también públicamente.

Dicho fallo, conforme lo proclama el sexto principio debe ser motivado, indicando los elementos de hecho y de derecho que han determinado la convicción del juez.

Constituye un séptimo principio el de que no pueden establecerse tribunales extraordinarios o especiales.

Último principio constitucional es el de que existe el jurado para todas las materias criminales y para los delitos políticos y de prensa. Es ésta, dice Screvens, una expresión de desconfianza en los jueces profesionales, que al menos por lo tocante a los delitos políticos y de prensa suelen sentirse inclinados a compartir la posición del gobierno. El jurado se compone de doce miembros y decide sólo sobre la culpabilidad. Sesiona presidido por un magistrado de la corte de apelaciones, a quien asisten dos jueces del tribunal de primera instancia. Afirmada la culpabilidad, el jurado establece la pena conjuntamente con los tres letrados.

En Bélgica no existe tribunal constitucional.

Tras los expuestos principios constitucionales cumple aludir a principios generales de derecho que resultan de una serie de disposiciones de la legislación penal.

Uno de ellos es la presunción de inocencia, pues corresponde a la parte que persigue la responsabilidad, sobre todo al Ministerio Público, probar todos los elementos de la infracción. Ello no obsta al papel activo que incumbe al juez en la búsqueda de elementos de convicción, en el examen de los testigos, en la designación de peritos, etcétera. Incluso si el inculcado invoca una causa de justificación, la prueba de la inexactitud de ésta compete al Ministerio Público, a la parte que sostiene la acción o a la parte civil, si la causa justificante invocada aparece digna de crédito.

Están asegurados, enseguida, los derechos de la defensa: asistencia de abogados, intérprete gratuito si el inculcado no comprende o no

habla la lengua, conocimiento del expediente una vez terminada la instrucción judicial, duración razonable del juicio.

Por último, el juez que no ofrece garantías de imparcialidad puede ser recusado en diferentes etapas del proceso.

En cuanto a los principios que como tales figuran en el Código Penal y en el de Instrucción Criminal, menciona Screvens en primer lugar la división tripartita de las infracciones penales. En Bélgica la *cour d'assises* es legalmente competente para juzgar los crímenes (punibles con reclusión de 5 a 10 años hasta la pena de muerte), el tribunal correccional para juzgar los delitos (punibles de 8 días a 5 años de prisión y multa) y el tribunal de policía para juzgar las contravenciones (punibles de 1 a 7 días de prisión y de 1 a 25 francos de multa). Las jurisdicciones militares (consejos de guerra, corte militar) juzgan las infracciones cometidas por militares.

Es verdad que un procedimiento especial puede alterar los límites antes señalados, evitando la pesantez del procedimiento *d'assises* para muchos crímenes y el oprobio de la comparecencia al tribunal correccional para los delitos menos graves.

En segundo lugar, cabe consignar que en la legislación se dispone que la policía está encargada de investigar las infracciones e identificar a sus autores.

Técnicamente más interesante es señalar que el Ministerio Público existe ante todas las jurisdicciones penales, como órgano de impulsión para perseguir o para no hacerlo, según su criterio. El Código de Instrucción Criminal sólo prevé someter a instrucción un asunto que el Ministerio Público desee perseguir. En la práctica, es elevado el porcentaje de asuntos que sólo es objeto de una simple información del Ministerio Público. Éste, sin embargo, debe requerir la intervención de un juez de instrucción cuando debe prestarse atención a derechos esenciales del individuo: detención preventiva, visita domiciliaria, etcétera.

En la jurisdicción de juzgamiento cabe destacar especialmente que todo inculcado tiene derecho a juicio contradictorio y que, en consecuencia, hay reglas para notificarle la prosecución y un procedimiento especial para juzgarlo en ausencia. La jurisdicción de doble grado es la regla.

La acción civil resultante de una infracción puede proseguirse simultáneamente y ante los mismos jueces que la acción pública.

A las penas, única sanción conocida por el viejo Código de 1867, se agregó en 1930, con modificaciones en 1964, el internamiento de du-

ración indeterminada para los enfermos mentales. Hoy se prevé también poner a disposición del gobierno a los reincidentes y delincuentes habituales.

Es el juez a quien cabe elegir libremente la duración de la pena de prisión y el monto de la multa dentro de los límites legales. Hay, por supuesto, normas sobre concurso, reincidencia, tentativa y participación.

Aún se imponen en Bélgica penas privativas de libertad de corta duración. En ciertos casos administrativamente determinados, no se las ejecuta. En otros casos, cada vez menos numerosos, se las ejecuta en forma de arrestos de fin de semana o de semidetención. No hay sanciones sustitutivas.

Como conclusión, Screvens recuerda que un anteproyecto belga de código penal favorece la supresión de las penas cortas de prisión y su reemplazo por multas. Sin embargo, cree menos en la reforma penal que en una mayor eficacia de los medios de lucha contra la delincuencia.

Alvaro BUNSTER

DERECHO PROCESAL

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional", *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial 1986-1987*, México, Porrúa, 1987, pp. 345-390.

El objeto del artículo del doctor Fix-Zamudio, que aquí se comenta, como él mismo lo advierte en la parte introductoria del mismo estudio, es el de

poner de manifiesto que las reformas constitucionales propuestas en la iniciativa presidencial de 6 de abril de 1987, no constituyen una innovación intempestiva que modifica sustancialmente la evolución de la Suprema Corte de Justicia como máximo organismo judicial de nuestro país, sino que deben considerarse como culminación de un desarrollo... que ha conducido a la propia Suprema Corte de Justicia al rescate paulatino de su verdadera función de máximo intérprete de nuestra Constitución Federal.