



00781

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO**

**EL PARADIGMA MODERNO DEL ESTADO
DE DERECHO EN EL SISTEMA PENAL**

29433

TESIS DE POSGRADO

Para obtener el Grado de:

DOCTOR EN DERECHO

presenta:

MTRO. LEOBARDO MIGUEL MARTÍNEZ SORIA

Asesor de Tesis:

DR. CARLOS DAZA GÓMEZ

México, D.F.

2001.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Un profundo agradecimiento a la Universidad Nacional Autónoma de México por brindarme la oportunidad de continuar perteneciendo a su orgullosa comunidad.

Mi reconocimiento y agradecimiento al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y al Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, donde he podido desarrollarme profesionalmente y se me ha apoyado para continuar con mis estudios.

Mi agradecimiento al catedrático, al brillante jurista y a mi amigo Dr. Carlos Daza Gómez por su asesoría, todos sus consejos y su apoyo.

Gracias, también a mis hijos Aldo, Amy y Jesse, a Marissa y a mi familia por su paciencia y comprensión.

INDICE

INTRODUCCION .

Capítulo I

PANORAMICA GENERAL DEL DERECHO PENAL

1.1	Situación actual	1
1.2	Marco conceptual	5
1.2.1	Concepto de Derecho Penal	6
1.2.2	La Política Criminal	10
1.2.3	Sistema Penal	13
1.2.4	Desarrollo y definición de "paradigma"	15
1.2.4.1	La influencia del término paradigma en el área del saber jurídico y penal	19
1.3	Aspectos generales del desarrollo del penalismo	21
1.3.1	Escuelas penales	25
1.3.2	Naturaleza ideológica de las escuelas penales	28
1.4	Los modelos básicos del Derecho Penal (teoría de las penas)	32
1.5	El sendero de la criminología (de lo tradicional a lo crítico)	42
1.5.1	La postura crítica	44
1.5.2	Las propuestas actuales	46
1.6	Tendencia contemporánea del penalismo	47

Capítulo II

EL ESTADO DE DERECHO

2.1	Concepto e importancia del Estado	50
2.2	Estado y Derecho	56
2.3	Sobre el concepto del Estado de Derecho	60
2.4	Del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático	67
2.5	Principios del Estado de Derecho	75
	2.5.1 Elementos del Estado de Derecho	77
	1 El principio de legalidad	78
	2 La división de poderes	82
	3 La legitimidad de su origen	85
2.6	El Estado de Derecho en la materia punitiva	88
2.7	Principios extrasistémicos (político—criminales) limitadores del ius puniendi	97
2.8	La situación actual de la justificación de las penas y su función en un Estado Social y Democrático de Derecho	107

EL PARADIGMA MODERNO DEL
ESTADO DE DERECHO EN EL SISTEMA PENAL

Capítulo III

ASPECTOS GENERALES DE LA ESTRUCTURA
Y OPERACIÓN DEL SISTEMA PENAL

3.1	Planeación y operatividad	114
3.2	El discurso jurídico en la materia penal	116
3.3	Los ejecutores del sistema penal	122
	A.- Criminalizadores primarios	123
	B.- Criminalizadores secundarios	125
3.4	La Ley como base y orientación del sistema penal	125
	3.4.1 Creación de las normas penales	131
	3.4.2 La Ley en los modelos sociológicos	141
	3.4.3 Los creadores de la Ley	143
3.5	Inicio fáctico de la maquinaria punitiva	145
	5.1 El sector policial	146
	3.5.2 La formalización de la criminalización de ipso	151
	3.5.3 La fase judicial	154
	3.5.4 La agencia ejecutora	162
	3.5.4.1 Evolución de la prisión	166
3.6	La ideología y el discurso como parte del derecho penal y del Estado	172

EL PARADIGMA MODERNO DEL
ESTADO DE DERECHO EN EL SISTEMA PENAL

Capítulo IV

EL SISTEMA PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

4.1	El sistema penal y su relación con el modelo estatal	180
4.2	Características del sistema penal en un Estado de Derecho	187
4.3	Principios intrasistémicos del sistema penal del Estado de Derecho	189
4.4	Principios operativos del sistema penal	197
4.5	La programación legal del modelo del Estado Mexicano	201
	4.5.1 El sistema penal mexicano a la luz de la Legislación Constitucional	207
	4.5.2 Reflexiones sobre el funcionamiento del sistema penal mexicano	214
	Conclusiones	224
	Bibliografía	228

INTRODUCCION

Ante la crudeza con que se nos presenta la realidad, resulta ineludible realizarnos cuestionamientos sobre las verdades que se nos han presentado como indiscutibles y que han determinado nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos. Un sinnúmero de “verdades” se han ido derrumbando a lo largo de la historia y al mismo tiempo se han ido construyendo nuevas ideologías e innovadoras concepciones del mundo. La tierra no es plana, el sol no gira a su alrededor, el átomo no es indivisible; éstos, entre otros conceptos paradigmáticos han ido transformando al hombre y su entorno.

Para los estudiosos del derecho penal no puede pasar desapercibido que la dogmática y el discurso penal tradicional se están transformando. Podría decirse que la dogmática penal ha sufrido una especie de crisis existencial. Se ha puesto atención en el funcionamiento de los aparatos que ejecutan el derecho punitivo y se han cuestionado las discrepancias entre lo que se dice y lo

que se hace, es decir, se ha cuestionado la diferencia entre el discurso penal y el funcionamiento del sistema que lo aplica.

Los estudiosos del “nuevo penalismo” en el que se incluyen las nuevas corrientes críticas del derecho penal han señalado en reiteradas ocasiones que el discurso jurídico penal en el que se sustenta el sistema penal es falso y que ello se pone en evidencia cuando se realiza un enfrentamiento de éste con la realidad, en la que el discurso se desmorona sin remedio ante la impotencia de los juristas quienes, desde la trinchera tradicional del derecho, han desgastado y agotado los argumentos en que han fundamentado la utilización de penas y la operación del sistema punitivo.

Nuestro propósito en este trabajo es el de analizar el sendero teórico que ha recorrido el penalismo, haciendo un repaso de sus posturas más relevantes; presentando un panorama general del discurso penal tradicional y del desarrollo de posturas críticas del mismo. Asimismo nos interesa ubicar al sistema punitivo como parte del sistema penal de control social en general y atender la forma en que opera.

El tópico central de este trabajo se refiere al fenómeno jurídico político que se conoce como Estado de Derecho, centrandó nuestra preocupación en el hecho de que en la materia punitiva generalmente se admite tácita y expresamente que el Estado de Derecho se realiza “mágicamente” con la estricta aplicación de la Ley, lo cual sin duda es un requisito indispensable pero no suficiente, en razón de que las leyes bien pueden establecer circunstancias y condiciones jurídicas que vulneran la libertad y la dignidad de las personas, asimismo pueden brindar márgenes de actuación punitiva irracionales, lo que en la época moderna nunca sería considerado propio de un Estado de Derecho.

En razón de lo anterior se propone derrumbar la concepción simplista del Estado de Derecho (por lo menos en lo que se refiere a la materia punitiva), para que se precisen los principios y se establezcan las bases de un moderno paradigma, correspondiente a una sociedad democrática, precisando los aspectos dogmático y político criminales que le son propios.

EL PARADIGMA MODERNO DEL
ESTADO DE DERECHO EN EL SISTEMA PENAL

Por ello, se considera que la idea central de este trabajo resulta de actualidad y es una propuesta trascendente para la concepción y operación del sistema de justicia penal, sobre todo porque en la actualidad la dogmática y la política de la materia penal se han asociado y en base a esa unión se busquen los principios que nutren al moderno Estado de Derecho.

CAPITULO I

PANORÁMICA GENERAL DEL DERECHO PENAL

1.1. SITUACION ACTUAL

Al inicio del presente trabajo nos encontramos en medio de una verdadera revolución social en todos los órdenes en que se puede concebir. La crisis económica y la política, la revolución tecnológica, la revolución ideológica, los procesos de globalización que están invadiendo innumerables aspectos sociales, la desbordante criminalidad, el evidente cambio de valores, los cambios de los modelos sociales, etc. Aparentemente en este fin del siglo, con el arribo del año 2000 y del siglo XXI se creó una especie de psicosis que no sólo ha sacudido el mundo de la cibernética, muchos de los planteamientos que han servido de base para la construcción del mundo que conocemos hoy en día se ponen en tela de juicio.

Percibimos que una característica esencial de esta época lo es el cuestionamiento de las respuestas que han servido de sustento para la inquietud humana en la explicación del mundo en que se vive, esa parece ser la necesidad

del hombre que se ha ido formando crítico, que en el inicio del milenio no se desea conformar con las respuestas tradicionales, no por un mero gusto, sino por enfrentarse a una realidad en la cual muchas de las bases del conocimiento heredado no resultan suficientemente satisfactorias, no han faltado incluso ejemplos de quienes habiendo seguido y predicado la palabra de un dios durante toda su vida y por generaciones, ante la crudeza de la realidad y la desesperanza del cambio anhelado se han cuestionado sobre la existencia de ese dios, y en todo caso, aún creyendo en su existencia, ante la indiferencia de éste, se han revelado en su contra.

En situación alarmante se debe encontrar la conciencia humana que enfrentada a sus fundamentos espirituales y culturales cosechados a lo largo de la historia se convive con miseria, violencia, dolor, inseguridad, miedo, mentira, perversión e irracionalidad, siendo que lo peor de todo, es que ese estado de angustia que sufre el hombre moderno (por lo menos en nuestra sociedad y los países que se encuentran en igual o peor situación que la nuestra) lo genera el propio hombre contemporáneo, el hermano, el vecino, el servidor público, el magnate y el desposeído, el joven y el viejo: El criminal hoy día no tiene un prototipo específico.

El tema del Derecho Penal no podría mantenerse alejado de ese fenómeno humano y social. Los fenómenos apuntados no son ajenos a la realidad penal, por el contrario, le involucran necesaria e irremisiblemente. Los cuestionamientos a las respuestas tradicionales sobre los fundamentos y límites punitivos son el punto de partida de toda obra sobre el *ius puniendi*, las críticas intrasistemáticas que el propio saber penal se ha planteado en el seno de la pugna de sus posturas teóricas, han servido de base para el desarrollo de áreas del saber interesadas en el fenómeno criminal que no son propiamente jurídicas, la sociología criminal y la criminología han seguido un sendero crítico de la realidad penal que ha tenido como mejor exponente la llamada criminología crítica o radical. La crítica ha llegado a los extremos de la consideración de la desaparición del derecho penal como mejor solución de los problemas que este atiende y que genera, los abolicionistas y en términos generales los críticos del derecho penal, ya sean sociólogos, criminólogos o estudiosos del derecho han sembrado en la mente del jurista serias dudas sobre la congruencia externa y la coherencia interna de la dogmática penal.

Las inquietudes actuales de los penalistas se advierten claramente en los trabajos de juristas como Santiago Mir Puig¹ y Enrique Gimbernat² en los que se cuestiona incluso el futuro de la dogmática penal, estableciendo la prioridad de la vinculación político criminal a todo desarrollo dogmático, incluso se reconoce que es hoy día de mayor interés la cuestión político criminal, lo cual resulta explicable ante el desarrollo de las ideas del funcionalismo Alemán de Jakobs y Roxin.

Es en estas circunstancias que nos planteamos el problema de conocer la realidad punitiva y el discurso jurídico, pretendiendo precisar las características del Estado de Derecho y las argumentaciones respecto a que vivimos en un Estado de Derecho partiendo de la idea de que sus principios no se realizan cabalmente en la praxis e incluso algunas prácticas, lejos de darle correspondencia a los aspectos fácticos (realidad-discurso) los toman antagónicos. Deseamos aprovechar el momento actual del inicio de siglo, esta etapa de la historia que percibimos como una época de derrumbe de paradigmas,

¹ Cfr. Mir Puig Santiago. "El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho". Ariel Derecho. Barcelona, España. 1994. p. 11.

² Cfr. Gimbernat O.E. "Estudios de Derecho Penal". Edit. Tecnos. Madrid. 1990. p. 140.

para que por lo menos ayudemos a derribar un falso paradigma y podamos formar parte del siglo que comienza y de la construcción de un nuevo penalismo.

Por tales razones tampoco nosotros podemos eludir la influencia del momento actual y tendremos que atender la cuestión político criminal en la aplicación del derecho penal a través del llamado sistema penal que se erige como el filtro estatal donde se concretiza la realidad punitiva.

1. 2. MARCO CONCEPTUAL

En cada obra dedicada al Derecho Penal es pertinente establecer el contenido conceptual de cada uno de los términos utilizados y que sirven de sustento del desarrollo de las ideas y propuestas posteriores.

Como del propio título del presente trabajo se aprecia, se trata de un estudio sobre el Derecho Penal y la forma en que este se aplica. Lo anterior conlleva por principio de cuentas a establecer como marco conceptual básico un concepto que aceptemos del Derecho Penal, así mismo, de manera colateral a ese concepto nos vemos en la necesidad de definir el filtro burocrático estatal a través del cual se aplica esa disciplina jurídica y las características de esa

aplicación. En tal virtud habremos de establecer de manera preliminar cada uno de los términos conceptuales que se vinculan con nuestro objeto de estudio.

1.2.1 CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

En la enciclopedia jurídica nacional y extranjera hemos encontrado que cada una de las obras de la materia inician su desarrollo con la referencia propia o aceptada del concepto del Derecho Penal. Así en nuestro medio Eduardo López Betancourt define al Derecho Penal como “el conjunto sistemático de conocimientos obtenidos del ordenamiento positivo, referente al delito, al delincuente, a las penas y a las medidas de seguridad”; incluso el citado jurista nacional hace una exhaustiva recopilación de las definiciones de una serie de estudiosos desde Cuello Calón, Maurach, Mezger y Mir Puig.³

Por su parte Claus Roxin en su reconocida obra de Derecho Penal (parte general) emite su concepto en el sentido de que “el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de

³ López Betancourt, Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*. Edit. Porrúa. México. 1996. P.50.

una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”, así también refiere que el Derecho Penal en sentido formal es definido por sus sanciones, mientras que en sentido material se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho de la materia de la justicia penal, siendo un campo vecino de otras áreas del saber penal-criminológico como lo es el propio Derecho Penal, el Derecho Penitenciario y la Criminología.⁴

Así pues, por un lado hemos encontrado que de manera constante el concepto de Derecho Penal es reconocido como conjunto de normas jurídicas, de preceptos que establecen delitos y penas - y en su caso medidas de seguridad -, podríamos decir que de las definiciones comunes del Derecho Penal se infiere como que éste se considera generalmente como el instrumento legal normas jurídicas- a través de las cuales se disponen la forma de reacción - penas - medidas de seguridad- en contra de los delitos.

El brillante jurista Raúl Zaffaroni se refiere al Derecho Penal como un concepto bajo el cual se pueden entender dos entidades diferentes: a) El conjunto de leyes penales, dentro de las que quedarían incluidos tres niveles (el

⁴ Roxin Claus. Derecho Penal . parte general . tomo I. Edit. Civitas.Madrid. España. 1997. p.41.

material, el formal y el de ejecución penal); y B) El sistema de interpretación de esas leyes, lo que sería la ciencia jurídico penal propiamente dicha.⁵

Por nuestra parte agregaríamos como un tercer nivel de percepción del derecho penal, su consideración también como un instrumento de control social, que pretendiendo definirlo sería estimado como un instrumento político conformado por leyes nutridas del saber penal que se aplican a través de instancias oficiales para mantener un control social. Con la anterior consideración se abarcan los aspectos que Zaffaroni alude pero se comprende también la función político-social que desempeña y las instancias de gobierno que se encargan de echarlo a andar para la consecución de sus fines.

Esa tercera percepción del concepto de Derecho Penal no es producto de la inventiva personal, ya autores como Jescheck la han aludido al concebir al Derecho Penal como uno de los encargados de proteger la convivencia en la comunidad, estableciendo que la justicia penal es parte de un sistema general de

⁵ Cfr. Zaffaroni E. Raul "Manual de Derecho Penal". Cárdenas Editores. Buenos Aires Arg. 1988. pp. 42 y ss.

controles sociales que procuran la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal.⁶

En el medio nacional, López Betancourt señala que la autoridad estatal se sirve del acto punitivo que de él (el Estado) emana como un instrumento de poder y que la vía penal se convierte en un medio mucho más eficaz que otros para lograr una adecuada convivencia social. En esa opinión se revela la marcada naturaleza controladora del derecho penal, combinando los conceptos que involucran al poder y la sociedad a través del Derecho Penal.⁷

Al respecto, Bacigalupo ha señalado que el derecho penal es parte de los mecanismos que tienen la finalidad de obtener determinados comportamientos individuales y que en ese sentido el Derecho Penal es un instrumento de control social que opera con otros instrumentos de idéntica finalidad⁸. Lo relevante de la opinión de este autor estriba en destacar que esas medidas coactivas estatales, inciden directamente sobre cada uno de los individuos como componentes del grupo social, pero que de manera directa se hace sentir en la motivación de sus

⁶ Cfr. Jescheck. Hans, Heinrich. Tratado de Derecho Penal. -Parte General - Bosch editorial. Barcelona 1978. p.23

⁷ Cfr. López Betancourt. Ob cit.p. 61.

⁸ Cfr. Bacigalupo Enrique. Manual de Derecho Penal. Edit. Temis. Bogotá, Colombia. 1994. p.1

conductas individuales o en la reacción que sobre su persona se verifica al transgredir las normas establecidas y perturbar con ello la armonía social.

La mayor parte de los estudiosos de la materia penal han coincidido en aceptar que el Derecho Penal es un instrumento de control social, empero al mismo tiempo se reconoce de manera unánime que no es el único instrumento de esa naturaleza y función, que por sus especiales características es el más fácilmente identificable. Compartimos la observación de Muñoz Conde cuando refiere que también él ha concebido al derecho penal como un instrumento de control social, pero atinadamente apunta que éste no es todo el control social, que es sólo la superficie visible de un "iceberg" y que lo que no se ve es quizás lo que realmente importa.⁹

1.2.2 LA POLITICA CRIMINAL.

Con relación a esa área del saber penal, Zaffaroni aduce que si por política se entiende la ciencia o el arte del gobierno; por política criminal puede entenderse la política respecto del fenómeno criminal, lo que no sería más que un

⁹ Cfr. Muñoz Conde Francisco y García Arán M. Derecho Penal -parte general-Tirant lo Blanch Libros.1993. Valencia.España.p.26.

capítulo de la política general; vinculando al Derecho Penal con ésta, en el sentido de que el derecho penal sería un aspecto de su materialización o instrumentación legal, la concibe como la ciencia o el arte de seleccionar los bienes que deben tutelarse jurídico penalmente y las formas para la efectivización de esa tutela.¹⁰ A la política criminal Heinz Zipf la define como la actividad estatal encargada de la obtención y realización de los criterios directivos en el ámbito de la justicia penal¹¹. Aunque existen un sinnúmero de concepciones sobre esa área política, las definiciones anteriores nos permiten captar la naturaleza de dicha área política y desde luego la importancia que tiene para el conocimiento objetivo y no discursivo de la realidad punitiva, en su construcción y en su operación.

Aún y cuando al tratar el tema de esa área de la política se aduce el argumento de que la política criminal no hace uso exclusivamente del Derecho Penal y que su utilización se da procedimentalmente en la fase represiva del delito, esgrimiéndose incluso que dicha línea política se ocupa también de la fase preventiva del delito; tales razonamientos los acotamos como parte del marco

¹⁰ Cfr. Zaffaroni, E. R. Obra citada. p.87.

¹¹ Heinz Zipf. "Kriminalpolitik". edición española. EDERSA, 1979. p.4.

teórico en que se ha desenvuelto el tópico de la política criminal, y si bien se pudiera hablar de otros instrumentos que confluyen en un momento dado con la actividad represiva formalmente declarada; tales instrumentos ajenos al Derecho Penal, más bien corresponderían a aspectos de política en materia social, laboral, etc., parte de una política general de gobierno, que si bien inciden en la tarea preventiva del delito, constituye una línea colateral al manejo de la fuerza represiva estatal que si bien es de suma importancia no constituye el objeto central de nuestra atención en este momento.

En nuestro concepto, la política criminal es la forma de administrar la violencia institucionalizada. Obviamente esa actividad política tiene determinadas metas que alcanzar y sus fines deben representar cierta "utilidad" para la sociedad, para el Estado mismo; es decir, debemos comprender que la política criminal que se adopta tiene un contenido funcional en el Estado y aunque el Derecho Penal tenga contenidos y discursos diferentes y específicos, según el tipo de sociedad de que se trate, persiste un mismo sentido funcional en tales instituciones: "El control social" a través de la creación y aplicación de las normas penales.

1.2.3 SISTEMA PENAL.

Por lo que se refiere a ese concepto, en la comunidad jurídica no existe mucha discrepancia en su percepción, de hecho es generalizada la idea de que éste es un subsistema del gobierno y que se compone de la institución persecutora del delito y de los encargados de la administración de justicia. En nuestra opinión el sistema penal efectivamente es un subsistema de gobierno y se encarga de todo lo relacionado con la creación y aplicación de la ley penal. Ante tal concepción podemos desprender que el sistema penal se compone no solo de las instituciones antes aludidas, sino que también se integra de los creadores de la ley penal —los legisladores y los encargados de ejecutar las sanciones penales— particularmente de los encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad, ya que la prisión es la pena que por excelencia se impone y se reconoce como la más representativa de esta área del sistema de gobierno, así mismo se incluyen en ese sistema los agentes policíacos que forman parte fundamental de su funcionamiento. Más adelante hemos de atender más ampliamente lo relativo a la composición y operación de ese subsistema de gobierno, siendo que por el momento para su ubicación conceptual consideramos que basta lo antes apuntado.

Al sistema penal también se le reconoce como las instancias oficiales de control social, siendo que esa referencia la realiza el Criminólogo crítico italiano Alessandro Baratta y que vincula al Derecho Penal y al sistema a través del cual se aplica, con el control social, tal y como ya lo habíamos apuntado en torno al concepto del derecho penal.¹²

Ante la evidente y estrecha vinculación de los términos antes referidos y que pretendimos clarificar, no es difícil perderse en una confusión conceptual entre los significados de la política criminal, del sistema penal y del Derecho Penal. Por ello, desde una óptica simplista, pero útil para efectos prácticos, debemos tratar de clarificar la idea medular de los conceptos mencionados; así pues podemos referir que la política criminal es el área del poder orientada hacia la consecución de determinados fines mediante la reacción social punitiva; por otro lado, y el sistema penal es la instrumentación del aparato burocrático para el desarrollo de los fines programados en el área política correspondiente; y por su parte el Derecho Penal es el instrumento jurídico con que cuenta el Estado, para que en esa esfera política se cumplan con los fines específicos concebidos a través del órgano burocrático creado para tal efecto. Por otro lado, el Derecho

¹² Baratta, Alessandro. "Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal" Edit. Siglo XXI México. 1983. p.84.

Penal como el instrumento de violencia oficial debe estar orientado a las metas políticas y debe ser útil para cumplir sus finalidades, y esas son las premisas que le dan su contenido funcional y establecen sus directrices.

1.2.4 DESARROLLO Y DEFINICION DE PARADIGMA.

Como ya lo hemos referido, en este fin de milenio se presenta por coincidencia una crisis de modelos sociales y teóricos. Uno de los aspectos de la ciencia jurídica penal que hemos advertido como constante en los trabajos más recientes, lo es la ampliación del horizonte de proyección de esa disciplina, la apertura de esa disciplina a otras áreas del saber penal e incluso no penal. La política criminal, la sociología jurídica, la criminología crítica, son áreas del conocimiento que han invadido las consideraciones e inquietudes de los penalistas “puros” o tradicionales y que se reflejan en sus obras contemporáneas. En nuestro concepto quienes hoy día desdeñan las consideraciones de otras áreas del conocimiento vinculados a la dogmática penal están condenados a reducir sus visualizaciones teóricas como meros ejercicios mentales carentes de objetividad y en mucho convertirlas en disertaciones técnicas carentes de funcionalidad por su

alejamiento con la realidad, a la cual la acercarían los aportes de las otras disciplinas y que ello es precisamente una de las críticas más duras que se han vertido contra el Derecho Penal.

Ante tal apertura teórica la visualización del fenómeno criminal ha tenido que cambiar necesariamente. Por ende, también el lenguaje de la comunidad jurídica -particularmente la del área penal- ha tenido que receptor la utilización de términos que le son extraños a su esencia técnica y tradicional. Términos tales como criminalización, discurso formal, violencia institucional, interaccionismo y funcionalismo han sido incluidos en las obras de los penalistas contemporáneos y ello es producto del momento histórico que vive el penalismo.

Así, uno de los términos que se suele encontrar en las obras teóricas contemporáneas lo es el de *paradigma*. Desde la década de los sesentas el uso del término *paradigma* se ha ido extendiendo y consagrando en el lenguaje científico y en el epistemológico, así como también en el lenguaje cotidiano, siendo que en diversas áreas del saber se utiliza con frecuencia.

Se debe a Thomas S. Kuhn la utilización de ese término ya que lo manejó en su obra "La estructura de las revoluciones científicas"; en utilizando como concepto central de su obra el término de paradigma.¹³ Desde inicios de los sesenta el uso del término paradigma se ha ido extendiendo y aceptando no solo en el lenguaje científico, sino que también se ha escrito al respecto que su receptación se ha extendido hasta el lenguaje cotidiano.¹⁴ Al mismo tiempo que se ha ido extendiendo el término, su uso no ha dejado de ser objeto de reacciones de extrañeza y de rechazo, así como de algunas críticas. En el desarrollo del concepto se le ha definido como un modelo o patrón aceptado según el cual se realiza una actividad, por ende visto así el paradigma orienta la actividad de las comunidades científicas. Kuhn señaló que los paradigmas son: "realizaciones científicas universalmente reconocidas que durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas o soluciones a una comunidad científica".¹⁵

¹³ Kuhn, Thomas S. "La estructura de las revoluciones científicas". F.C.E. México. 1995. p. 31.

¹⁴ González Rivera, Guillermo. "En torno a la definición del paradigma" Cuadernos de posgrado. Universidad Nacional Autónoma de México. ENEP Acatlán. Publicación semestral serie A. No. 11 enero- junio. 1998. primera edición. P. 17 a 27.

¹⁵ Kuhn, Thomas. Ob. Cit. p 13.

Al tratar de explicar al paradigma Kuhn alude en su creación a los compromisos que explícita o implícitamente son adoptados por una comunidad científica. Alude dicho autor a diferentes tipos de compromisos, siendo éstos epistemológicos, éticos, ideológicos, ontológicos, metodológicos y técnicos; siendo que entre toda esa gama de compromisos del científico, se aceptan determinadas generalizaciones teóricas, que pueden ser enunciados, teorías, leyes que describen y explican un fenómeno. Ya más desarrollado el concepto de paradigma, a raíz de las críticas que se le han formulado, se ha reconocido que el término paradigma se ha utilizado en dos sentidos: como una constelación de creencias, valores o técnicas que comparten los miembros de una comunidad; o bien, como las formas de resolver problemas que utiliza una comunidad.

Es importante resaltar que los paradigmas que se han venido reconociendo más recientemente como generalizaciones simbólicas, Kuhn considera que en todo caso ese término debe ser sustituido por el de matriz disciplinaria que es receptada por los miembros de una comunidad que tienen una formación profesional-científica similar, siendo que algo que resulta trascendente de destacar es el hecho de que esas generalizaciones simbólicas son utilizadas habitualmente sin cuestionamientos y sin discusión por los miembros de la

comunidad en cuestión. Como ya lo hemos apuntado Kuhn en el desarrollo del concepto de paradigma ha tratado de implantar el cambio terminológico por el de matriz disciplinaria, pero la popularidad del término y su valor heurístico lo han hecho prevalecer, de tal suerte que al igual que otros autores del saber jurídico aceptamos el sentido bipolar del término y nos sirve de base teórico - metodológica para el desarrollo del presente trabajo por lo que más adelante estableceremos su vinculación temática.

1.2.4.1 LA INFLUENCIA DEL TERMINO PARADIGMA EN EL AREA DEL SABER JURIDICO Y PENAL.

Un ejemplo de la influencia de Kuhn y su estructura de las revoluciones científicas en el área jurídica la encontramos en la obra de Carlos Durand Alcántara denominada "Derechos indios en México ...derechos pendientes"¹⁶, en esa excelente obra sobre el indigenismo en México, se realiza un análisis del tema con pulcritud metodológica, siendo que el autor reconoce que nos encontramos ante una crisis de modelos sociales, misma perspectiva que nos mueve en el área de nuestro propio estudio, así mismo en esa obra se tratan las

¹⁶ Durand Alcántara, Carlos. "Derechos indios en México...derechos pendientes". Universidad de Chapingo. 1996.

cuestiones de la teoría general del derecho y se refiere que se debe precisar que el *paradigma* marxista delimita al derecho dentro de una óptica muy especial que podría llamarse homogenizadora o totalizadora, así también analiza la postura de Foucault introduciéndose en el análisis de esos paradigmas totalizadores, siendo común en el desarrollo de ese trabajo la utilización del término paradigma sobreentendiéndose el sentido del mismo en la forma en que ya lo hemos descrito líneas atrás.¹⁷

Por otra parte y ya dentro del área del saber penal el criminólogo italiano Alessandro Baratta ya ha introducido el término paradigma en su obra sobre la crítica del Derecho Penal al aludir por un lado al paradigma etimológico de la delincuencia que es manejado por la Criminología tradicional y como concepto innovador al nuevo paradigma criminológico que denominó “labelling approach” o enfoque de la reacción social.¹⁸

Con relación al mismo tema en un trabajo sobre las cárceles mexicanas se aborda la situación de la prisión, en el que se le concibe como en una profunda

¹⁷ *Ibidem*, p.33.

¹⁸ Baratta, Alessandro. *Ob cit.* p. 83.

crisis estructural, operativa y de legitimidad, denominando el capítulo como "Crisis de Paradigma Penitenciario".¹⁹

Nosotros creemos que dentro del saber punitivo no debemos encerrarnos en las perspectivas dogmáticas tradicionales y en la apertura moderna del Derecho Penal para concebir nuevas formas de expresión, de explicación y comprensión de los fenómenos relativos al delito y a sus formas de manifestarse y estudiarse, por lo que la utilización de ideas como la de paradigma debe ser aceptada, con las reservas epistemológicas del caso, pero con la mente abierta para su manejo.

1.3.-ASPECTOS GENERALES DEL DESARROLLO DEL PENALISMO.

A lo largo de la historia de la sociedad hemos advertido que en torno al derecho penal se han vertido una serie de versiones teóricas que predominantemente han presentado un contenido eminentemente jurídico y como aspecto colateral se han desarrollado justificaciones político criminales de cada una de las posturas.

¹⁹ Bringas, Alejandro y Roldán Quiñonez, Luis "Las cárceles Mexicanas". Ed. Grijalbo. 1998. p. 23

El derecho penal ha sido el núcleo a través del cual se han enarbolado en su apoyo conocimientos de disciplinas auxiliares (predominando la llamada criminología tradicional) y los enfrentamientos entre sus seguidores ha originado una serie de tendencias cuyas tentativas de aplicación en la realidad social han resultado altamente cuestionadas desde el interior de las materias jurídicas y criminológicas.

En virtud de la imposibilidad en que se han encontrado los dedicados a la materia para encontrar un discurso cuya confrontación con la realidad les resulte correspondiente, se ha podido detectar un desarrollo en el penalismo moderno, y si bien la ideología desarrollada en los últimos años ha sido igualmente criticada por sus tendencias políticas radicales, quizá su mayor mérito ha sido que ha puesto en evidencia la deficiencia del modelo tradicional de justicia penal y cierta complicidad entre su discurso y el poder, provocando la inquietud crítica del sistema de justicia, que se ha basado exclusivamente en las teorías jurídicas a las que se les exige una superación real, ya sea desde el interior de su propia área jurídica, o bien, partiendo en las posturas críticas, incluyendo las tendencias abolicionistas de las ideas clásicas sobre la justicia penal.

Resulta claro que para entender al sistema no basta con estudiar los cuerpos legislativos y las estructuras de sus normas, es menester estar al tanto de su desarrollo teórico, del pensamiento de dominación que ha dado origen a las teorías legitimantes de la reacción estatal por medio de penas jurídicamente impuestas.

Las teorías que legitiman al derecho penal y justificantes en particular de las penas han servido para establecer un discurso de limitación formal al empleo de las sanciones penales. Sin embargo, esa barrera de autolimitación ha sido un límite confuso e impreciso que se ha presentado a toda forma de manipulación ideológica y que ha sido enarbolada en función de las políticas de control social adoptadas en momentos históricos determinados.

Al mismo tiempo que el Estado se autolimita formalmente en su intervención penal, se confirma su derecho a castigar lo que estima antisocial desviado. En el discurso jurídico del "ius puniendi", el delito ha sido un ente que depende directamente de la conceptualización legal del mismo, y resulta relevante advertir que tradicionalmente en la mayor parte del mundo los juristas han concebido a la materia penal pura y desvinculada de los conflictos que involucran

al poder de dominación siendo que las ideas de la vinculación entre derecho y poder se han ido desarrollando con mayor seriedad en las últimas décadas.

Ante esa tradicional desvinculación del Derecho Penal con el poder de dominación y el control social, se ha advertido que el derecho penal se ha encontrado sumergido en un universo justificador de existencia y aplicación, de naturaleza eminentemente técnico jurídica, sin enfrentarlo con el contexto histórico, político social en que se produce y aplica, es decir se le ha manejado como una disciplina acrítica y ahistórica.

Para establecer el discurso justificante y autolimitativo del sistema penal, ha sido necesario enfrentar el problema de señalar los contenidos y finalidades de su aplicación, de tal suerte que debe adquirirse una ideología racionalizante de dicho sistema. En esencia, el "principio de legalidad" es el que se ha pronunciado en razón y función de los criterios utilitarios de la aplicación del sistema penal; y esa necesidad ha dado contenido y fines al Derecho Penal, apreciándose su desarrollo en los postulados de las principales escuelas penales que a continuación atenderemos.

1.3.1 ESCUELAS PENALES.

En otro sentido, en la evolución del penalismo se ha desarrollado un enfrentamiento teórico, entre lo que se ha denominado "escuelas clásicas y positivistas". Ha habido una separación en la ideología penal generándose un discurso eminentemente jurídico y otro con matices criminológicos.

Para Enrico Ferri, a quien se atribuye el cuño de "escuela clásica", ésta se encontraba fundada por Beccaria y Carrara era su máximo exponente.

Por otro lado, la corriente positivista fue fundamentada principalmente en autores como Lombroso y Garófalo; principales representantes de la criminología positivista, así como también por el propio Enrico Ferri.

Respecto de la denominada escuela clásica se ha opinado que jamás hubo una escuela "clásica" y que su denominación fue por mera comodidad de Ferri, quien clasificó como clásicos a todos los penalistas que no compartían sus puntos de vista.²⁰ A decir verdad es indiscutible que sí ha habido un enfrentamiento entre

²⁰ Zaffaroni E. Raúl. Ob.cit. pp. 164 y ss.

los positivistas y los que no comporten sus puntos de vista. Sean considerados clásicos o no.

En el desarrollo de estas escuelas la filosofía liberal clásica de los siglos XVIII y XIX, desarrollada en Europa particularmente por las obras de Feurbach, Beccaria y Bentham; con sus postulados sobre el contrato social, la división de poderes y el libre albedrío, son la fuente de la llamada "Escuela Clásica".

Para esta tendencia los hombres se consideran libres e iguales ante la ley y son responsables de sus conductas, y su acción imputable tiene como medida de reacción el daño causado, y su límite será la necesidad o utilidad de la pena para efectos de la prevención (general) del delito.

Posteriormente a fines del siglo XIX y a principios del siglo XX aparece la corriente positivista del pensamiento jurídico en la cual sus principios básicos son los de considerar al delincuente como un sujeto enfermo, y la existencia de un determinismo bio-psico-sociológico hacia el cual se enfocó la búsqueda de la etiología de la delincuencia, proponiendo un sistema más que represivo, educativo y curativo.

Los seguidores de la corriente positivista estiman indispensable descubrir la personalidad del delincuente, pretendiendo en función de ello, emitir un pronóstico de conducta, estableciendo un grado de peligrosidad y realizando un tratamiento reeducativo o resocializador que lo cure de su "enfermedad". Esta postura niega que el infractor tenga conciencia y que su conducta posea significación social o ideológica.

Para este sistema de ideas se requiere una infraestructura curativa y educativa, de tal suerte que la cárcel se torna una institución no sólo necesaria, sino también útil.

De naturaleza también positivista pero con circunstancias en el área psicológica, las teorías psicoanalíticas conciben la criminalidad desde la óptica de una etiología de carácter psicológico respecto del sujeto, proponiendo terapias combativas de esas causas criminógenas.

Para los psicólogos, el delito es un síntoma de los individuos y el desarrollo de esta teoría se dio a partir de las ideas de Freud.

La exposición más elaborada del positivismo se da con la llamada "nueva defensa social" y sus más destacados expositores son Marc Ancel y Filippo Gramattica.

En esta concepción positivista se admite el estado peligroso de los sujetos y se apela a la reacción contra el delito, en el sentido de que no debe ser una manera de retribución, sino que en función de la demanda de una resocialización y reeducación en defensa de la sociedad, diluyéndose la diferencia entre penas y medidas de seguridad, por lo que conforma un criterio unitario de la reacción social represiva .²¹

1.3.2 NATURALEZA IDEOLOGICA DE LAS ESCUELAS PENALES.

Con relación a esas dos importantes vertientes del penalismo, (la clásica y la positivista) ha sido planteada por Baratta una ideología explicativa de la misma. Tal planteamiento establece que tanto la escuela clásica como la positivista, pese a sus evidentes contradicciones, realizan un modelo de ciencia penal integrada, y aunque sus concepciones del hombre y de la sociedad son

²¹ Baratta, Alessandro. Ob cit. p. 21.

totalmente diferentes, ambas forman parte de lo que el autor denominó "Ideología de la Defensa Social".

Hemos de resaltar que la denominación que Baratta hace de la "defensa social", no alude a las ideas desarrolladas por Gramattica y Marc Ancel, antes atendidas, sino que se refiere a un sistema de justicia conformado por las escuelas penales enunciadas.

Para esa llamada "ideología de la defensa social" la consideración de un modelo penal integrado por los postulados de ambas corrientes es resultado de la apreciación de las directrices políticas apuntadas por ambas; es decir, de que tanto una como otra reflejan una postura ahistórica y acrítica.

La postura advertida en las escuelas penales señaladas resulta fácilmente observable, ya que en ambas concepciones se presenta la realidad como algo dado e incuestionable, y en esa realidad dada se encuentra la misma ley. Resulta un ente jurídico conceptual de la propia realidad, ajeno a toda crítica y valoración subjetiva.

En función de tales ideas se puede establecer que ambas escuelas penales reflejan una fidelidad social y un compromiso político, puesto que ambas son omisas en realizar un cuestionamiento de la ley; ya que mientras las clásicas enuncian dogmas y planteamiento de trasfondos filosóficos; los positivistas individualizan el problema de la criminalidad, interesándose en las causas de ésta y teniendo como objeto de estudio al sujeto enfermo; de tal suerte que ambas corrientes, con su propio estilo y fundamentos, justifican la función de la ley, el derecho y en general, justifican al sistema de justicia²².

El concepto de la "ideología de la defensa social" como ideología penal en general se ha esgrimido en el sentido de que las propuestas de las escuelas jurídico penales reflejan una falsa conciencia que legitima las instituciones sociales, atribuyéndoseles funciones utópicas, como la impartición de justicia, la restauración del orden jurídico, la resocialización, la terapéutica criminal, la prevención social, que son totalmente diferentes a las que ejercen, como pueden ser el control social, la reafirmación del poder y el mantenimiento de un estado de cosas.

²² Ibidem. p. 35.

Como una postura alternativa a las de las escuelas tradicionales del pensamiento jurídico penal, la ideología de la defensa social referida por Baratta, contraponen un punto de vista sociopolítico crítico, argumentando que el debate entre los fieles seguidores de las escuelas penales ha desviado la atención del verdadero contenido de la ideología penal y ha sido adecuado para sostener la ideología de todo un sistema social. *nota:

Los planteamientos de la ideología de la defensa social indican que los modelos de las escuelas penales conducen el destino de la justicia social por dos vertientes básicas, la clásica y la positivista, pero su única diferencia reside en la actitud metodológica respecto de la explicación de la criminalidad y la reacción estatal contra la misma, resultando ideologías cómplices del sistema de justicia hasta hoy conocido. Podríamos resumir la apreciación anterior en el sentido de que la forma y discurso del instrumento penal no afecta el contenido sustancial

*nota: *Ya habíamos referido en un trabajo anterior que la estimación de la complicidad de la ideología penal tradicional en el sistema de justicia nos hace recordar su similitud con la anécdota sobre los dos comerciantes sobre el mismo giro que tenían sus locales en la acera de una misma calle, los cuales desde que abrieron sus puertas fueron acérrimos enemigos y frecuentemente se enfrentaban en guerras de precios y verbales sin que el problema pasara a mayores; de tal suerte que en la larga vida de los comercios sus ventas fueron alternativas, pero seguras. Al morir uno de ellos, el otro cerró su negocio de manera inexplicable para el público y posteriormente se descubrió que ambos negocios eran comunicados por un pasadizo secreto y que los dueños habían sido hermanos. Tal hermandad y complicidad quizá sea la misma que Baratta trata de evidenciar respecto de las escuelas penales y es posible que la evidencia del fracaso del positivismo criminológico como el fundamento más socorrido, sea el factor que permitió tal descubrimiento.*

del mismo, ya que la capacidad criminalizante condicionada por el poder, es lo que tras bambalinas dirige la orquesta de la realidad penal.

1.4. LOS MODELOS BASICOS DEL DERECHO PENAL (TEORIA DE LAS PENAS).

En el desarrollo de los sistemas de justicia penal es fácil observar modelos característicos que se encuentran sustentados en las ideas de las principales escuelas penales. Los modelos de la justicia penal pueden ser detectados en atención a la función que se le ve asignada al instrumento punitivo institucionalizado y su estudio ha sido ya realizado con suficiencia dentro del marco jurídico de la esfera político criminal.

Dichos modelos de justicia penal han sido reducidos a tres modelos fundamentales: el Retributivo, el Preventivo General y el Preventivo Especial.

El primero de ellos, el Retributivo, que tiene su sustento en bases filosóficas tomadas de las ideas de Kant y Hegel, y en ellas la justa retribución del

mal ocasionado, en un sentido talionario, era el fin de la pena, y ésta se concebía como la reafirmación del derecho al ser la negación de la negación del derecho ²³.

En este modelo de justicia la pena es proyectada hacia el pasado, persiguiendo un fin reparador de lo ocurrido y su fin es de restablecer el orden social lacerado, fundamentándose en la culpabilidad, figura que presupone la responsabilidad moral del autor de un delito, la que obviamente se basa en el libre albedrío de éste.

En la pugna teórica de los modelos de justicia, al basado en el retribucionismo se le cuestiona el hecho de que no proporciona bases precisas para cuantificar el "ius puniendi", es decir que propone la compensación de la culpabilidad del autor del delito, pero es impreciso el fundamento de dicha culpabilidad, sobre todo porque hace depender la pena de la existencia de la culpabilidad basada en el libre albedrío, cualidad humana que se estima indemostrable empíricamente.

Para Roxin las ideas talionarias del retribucionismo se podrían cuestionar además porque resulta irracional la idea compensadora, puesto que no se puede

²³ Righi, Esteban. "Política Criminal y normas penales". Manuscrito UNAM. ENEP Acatlán. 1984. p.1.

borrar un mal, agregando un segundo mal (la pena)²⁴. Tal crítica nos parece válida en razón de que la proposición de tal modelo, de satisfacer la idea de justicia al realizar una especie de venganza estatal resulta poco racional y sin ninguna utilidad pragmática.

Por otro lado también se han distinguido dos modelos preventivos opuestos pero sustancialmente correspondientes: el Preventivo Especial y el Preventivo General.

Los modelos preventivos han sido clasificados en cuatro funciones de acuerdo a los fines que se pretenden cumplir: El preventivo general, que se dirige a la sociedad en general y se divide en negativo y positivo, el negativo es la que supone la prevención de los delitos a través de la intimidación por la aplicación de las penas (generalmente graves); y el positivo a través de la generación de confianza en el derecho y la aplicación de las leyes.- El modelo preventivo especial igualmente se ha clasificado en positivo y negativo, el modelo negativo consiste en la exclusión, o la segregación del individuo; mientras que el sentido

²⁴ Cfr. Roxin Claus. "Problemas Básicos del Derecho Penal". Trad. Luzón Peña. Madrid. 1976. p.12

positivo es aquél que ya habíamos destacado consistente en la reeducación, rehabilitación o resocialización del delincuente.²⁵

Los tratadistas en general se han avocado a analizar los modelos preventivos que han resultado más fáciles de detectar a la luz de la ideología penal tradicional; consistiendo éstos en el preventivo general en sentido negativo y el preventivo especial en un sentido positivo. Por lo cual al referirnos a los modelos preventivos, sea general o especial, nos estaríamos refiriendo a tales sentidos preventivos que son los comúnmente manejados.

En el caso de la prevención especial el criterio preventivo está dirigido al propio delincuente, interesando de él su personalidad y el pronóstico de su conducta. En este modelo la pena (o medida de seguridad) se enfoca hacia el futuro, y mientras que el delito es un síntoma de la desadaptación o enfermedad del individuo, la pena tiene el fin de evitar la repetición de conductas delictivas.

²⁵ Weber, Paul. "Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena" revista Poder y Control. Col. 1982.

En este modelo preventivo especial se sustituye a la culpabilidad por la peligrosidad, al libre albedrío por el determinismo bio-psico-social; y la pena, lejos de restaurar el orden social dañado, procura prevenir la reincidencia.

En lo que concierne el modelo preventivo especial las principales objeciones esgrimidas en su contra, van referidas principalmente al principio de peligrosidad, el cual se rebate por impreciso y por que por subjetivo tampoco puede ser un instrumento válido para legitimar el ius puniendi. Otra de las críticas a dicha postura lo es que en función del estado peligroso de los sujetos y de los pronósticos de su conducta, las consecuencias penales tendrían que ser indeterminadas.

El propio Roxin aumenta el arsenal crítico de esa teoría agregada en la que el Estado no puede encontrar una justificación adecuada y suficiente para imponer tratamientos readaptadores, cuestionándose sobre el fundamento estatal para poder educar y dar tratamiento contra la voluntad de determinados sujetos, amén de estimar que es ilógicamente sostenible, tratar de evitar la reincidencia cuando se trata de comportamientos que son irrepitibles por el momento y en el

contexto en el que se dieron.²⁶ Podría ocurrir en el caso de un sujeto que delinquiró cuando poseía cierta calidad social y habiendo perdido ésta, sin posibilidades de recuperarla, la prevención de una reincidencia de esa misma naturaleza resulta desnaturalizada e incoherente.

Finalmente el modelo preventivo general orienta la pena en forma de amenaza dirigida a la colectividad para conjurar el peligro de la peligrosidad latente en su seno.

Así pues, la coacción que la ley tiene en su seno en forma abstracta, se ve concretizada cuando se impone una pena en particular y se pone en alerta el resto de la población sobre lo que le puede ocurrir si cometen delitos.

A la teoría de la prevención general también le han correspondido críticas que son insalvables desde una óptica humanista y coherente. El principal cuestionamiento que se puede hacer a tales ideas es el hecho de fundamentar la pena impuesta a un delincuente, no por su propia responsabilidad, ni tampoco por

²⁶ Roxin Claus. Ob. Cit. p.14.

el grado de peligrosidad que represente, sino en función de la intimidación o disuasión del resto de la comunidad.

Asimismo, la idea central de tal inclinación teórica, consiste en que la intensidad de la pena que se imponga, debe ser proporcional al efecto preventivo de otras conductas ilícitas por parte del resto de la sociedad, conduce al más peligroso efecto de su aplicación: - el terror estatal - y ello evidencia la indeterminación de los límites del Estado para castigar los delitos.

También se cuestiona este modelo sobre el cuál es el fundamento del Estado para intimidar y éste no se especifica claramente, menos aún se podrá determinar hasta qué punto lo debe hacer.

Reforzando las críticas al modelo preventivo general se alega en su contra que el afecto disuasorio o intimidatorio no es empíricamente demostrable y cada vez que se comete un nuevo delito, se evidencia un fracaso de la pretendida prevención general.

En el desarrollo teórico del Derecho Penal y particularmente de la teoría de las penas, los funcionalistas entre los que se encuentran Roxin y Jakobs la teoría

de la prevención general positiva se ha priorizado a tal grado de establecer un sentido eminentemente normativo en el derecho penal aludiéndose a la necesidad de la vigencia de una norma segura, reorientándose al instrumento punitivo en el sentido de considerar que la pena no puede tener como misión evitar la lesión de bienes jurídicos, sino que mas bien debe reafirmar la vigencia de la norma, erigiéndose en una forma de autoconstatación del Estado a través de la pena²⁷.

Las anteriores objeciones a los fundamentos teóricos de los modelos penales básicos (Retributivo, preventivo especial y preventivo general), pese a ser rebatidos por sus críticos o aceptados con resignación por sus defensores, en ningún caso logran salvar racional y totalmente al sistema de justicia, puesto que sus principios medulares han sido impugnados por imprecisos o indemostrables, sobre todo cuando se trata de legitimar el derecho a castigar y la forma y medida con que el Estado lo hace.

Por lo que hace a la postura de la teoría de la prevención general positiva, las críticas a la postura no se han dejado esperar en torno a esa exaltación de la ley que conduce a la conformación de un estado autoritario, sin embargo, dado

²⁷ Jakobs Gunther. "Derecho Penal"-parte general-. Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid. 1995. p.9.

que el desarrollo de tal postura es apenas la materia de las propuestas penales actuales su desarrollo y crítica aún se encuentra en proceso de investigación.

La historia de la teoría de las penas se ha caracterizado por un enfrentamiento de posturas políticas y concepciones del hombre. Consecuentemente, los modelos fundamentales se han cuestionado siempre desde el interior de la mera faceta discursiva del derecho penal, y en el mejor de los casos, los penalistas encargados de la política criminal han optado por tratar de estructurar un modelo que se considere menos malo que los otros, e incluso se ha desarrollado una combinación entre dichas teorías a lo que han denominado teoría de la unión o de la unidad.

La corriente político criminal moderna, se ha orientado discursivamente a la construcción de un modelo penal mixto, y a la luz de pretendidas posturas humanistas se promulga porque a través del principio de legalidad se logre configurar un "Estado de Derecho".

El caso es que aún con la pretensión de la instauración de un "Estado de Derecho" en el que haya seguridad y certidumbre jurídica, enarbolando en la moda política la prioridad de la defensa de los derechos humanos, se realiza una

mezcla de los modelos penales, y la mera observación del funcionamiento del sistema de justicia ha evidenciado un derecho penal desigual por la selectividad de su operatividad, y se le puede identificar más que nada, como un instrumento represivo de control social, ya que la teoría explicativa de su naturaleza, funcionamiento y fines se estima deficiente e incorrespondiente cuando se trata de confrontar con la realidad, por lo cual la naturaleza científica del derecho penal también es cuestionada y refutada como mera ideología al servicio del área político criminal, que a su vez se ubica como un instrumento del ejercicio del poder social.

Es por todo ello que en la actualidad con la participación de la llamada "Nueva Criminología", se delata la operatividad real del sistema penal, y se pone en tela de juicio su programación normativa ante las falacias del discurso punitivo que se ve, más que nunca, incapaz de sostenerse en pie; y poco a poco se va desmoronado ante la impotencia del penalismo tradicional para volver a erguirlo y presentarlo como la magnificencia que todos lo conocimos.

1.5. EL SENDERO DE LA CRIMINOLOGIA (DE LO TRADICIONAL A LO CRITICO).

La ciencia criminológica, compañera inseparable del derecho penal, se desarrolla originalmente dentro de las ideas del positivismo. Esa naturaleza hace girar la Criminología en torno al hombre, tratando de distinguir en él, su normalidad o anormalidad.

Para comprender la disciplina criminológica es necesario advertir que dentro del positivismo, como corriente del pensamiento humano, se concibe la exigencia de un orden social natural, orden que no está sujeto a discusión y se debe admitir como tal, un orden en el que se erige el propio sistema penal derivándose de esa postura la inmutabilidad del dogma jurídico.

Así las cosas, la criminología tradicional se ha considerado como subalterna o auxiliar del derecho penal, como disciplina teórica y como instrumento de control social, y en ese sentido la aportación del positivismo a la política criminal ha sido su consideración de una sociedad abstracta y ahistórica, en que la propia sociedad es un bien y el delito es un mal, y por consecuencia la reacción social es no sólo necesaria, sino también legítima.

Con relación a esa vinculación entre Criminología y derecho penal, Pavarinni refiere que se puede hablar de la existencia de un modelo penal integrado entre las dos disciplinas.²⁸ Esa opinión resulta compatible con las ideas de Baratta respecto del modelo de defensa social que denuncia complicidad entre las escuelas penales.

Y en efecto, se puede establecer que la criminología positivista ha sido una disciplina auxiliar del derecho penal y conforma, junto con éste, un sistema penal integrado, manifestándose una relación de subordinación de aquella con respecto al derecho penal; en virtud de que su objeto de estudio está supeditado a las definiciones legales (que no son otra cosa que el derecho penal vigente), y que al estudiar las causas de la criminalidad, su campo de interés está limitado únicamente al estudio sobre los delincuentes materialmente detenidos, es decir sobre la criminalidad legal.

Así, se ha establecido con toda certeza que la criminología positivista tiene un carácter dependiente respecto del derecho penal ya que está limitada a la esfera

²⁸ Pavarinni, Massimo. "Control y Dominación". Edit. Siglo XXI . 1982. p.54.

de las definiciones legales y al resultado de la actuación de las agencias de control penal.

Por las razones anteriores es que con las críticas hechas al funcionamiento del sistema de justicia penal, que como lo dijimos se encuentra apoyado por la criminología tradicional. Se deja una puerta abierta que conduce a la búsqueda de un discurso crítico de la ideología punitiva y en esas condiciones se ha desarrollado una confrontación entre la ciencia jurídica y la teoría sociológica de la criminalidad y el resultado ha sido la elaboración de diversas tesis alternativas que han ido formando un sendero teórico que nos conduce por un paraje crítico de la realidad del sistema penal.

1.5.1 LA POSTURA CRITICA.

Teniendo como antecedentes las aportaciones de las plataformas teóricas de teorías sociológicas como el interaccionismo simbólico y el estructural funcionalismo se desarrolla la llamada nueva criminología o criminología crítica, que es una postura crítica de la ideología de la defensa social y la criminología tradicional. A esta corriente se le ha calificado como la construcción de una teoría

materialista (económica política) del delito y de la criminalización. Los críticos estudian el comportamiento desviado resaltando su estrecha relación con las relaciones sociales de producción estableciendo un paradigma político económico de la desviación.²⁹

Bajo esta postura se cuestiona al derecho penal y al llamado sistema de justicia penal en general, argumentándose que las estrategias políticas en materia criminal del capitalismo se basan en la máxima efectividad del control social de aquellas formas que son disfuncionales al sistema de valoración y acumulación capitalista (delitos contra la propiedad y desviación política), combatible con la mínima transformación del sistema mismo; y la máxima inmunidad asegurada a comportamientos socialmente dañosos, pero funcionales al sistema.

Bajo la denominación de criminología crítica, se ha dado por confluir diferentes teorías sociológicas y político económicas, que difieren de la postura tradicional respecto del sistema punitivo y lo que se deja ver de tales corrientes de manera general es la intención de desmitificar al derecho penal, para lo cual tratan

²⁹ Cfr. Larrauri Elena. "La Herencia de la Criminología Crítica" Siglo XXI de España Editores 1991. p.54

de desentrañar las funciones reales del mismo, a través del funcionamiento de las agencias del sistema punitivo.

1.5.2 LAS PROPUESTAS ACTUALES.

Hoy día encontramos dos propuestas interesantes como resultado de las críticas del derecho penal. La primera de ellas es la que se conoce como "Derecho Penal Mínimo", cuya propuesta se basa en una estricta restricción en su campo de acción, despenalizando conductas y protegiendo bienes estrictamente necesarios para la convivencia social, libre de parcialización como efectos del poder definidor de lo criminal.³⁰

La otra propuesta del pensamiento criminológico moderno es la de abolir el sistema penal, ya que la criminología crítica ha puesto de manifiesto que el derecho penal y toda la estructura del Estado montada para ejercer su control social punitivo, reproducen las desigualdades e injusticias sociales.

³⁰ Ferrajoli L. "El Derecho Penal Mínimo" Revistas -Poder y Control- no.0 Barcelona, 1986, pp. 25 y 48.

Hasta ese grado ha llegado la crítica del derecho penal y de la criminología tradicional, su fiel escudera, a la abolición de la cárcel y de todo el sistema penal en su totalidad y aunque esta propuesta, como dice De la Barreda, parece un cántico de sirenas³¹, la formulación seria de tales proposiciones resulta una alarma que hay que escuchar y tomar en cuenta cuando ya se cuestiona seriamente el fracaso total y definitivo del derecho penal y el sistema de justicia penal tal y como hoy lo conocemos.

1.6 TENDENCIA CONTEMPORANEA DEL PENALISMO.

Como lo señalamos al inicio del capítulo, nos encontramos en una etapa de cambio en la que está consolidado, por un lado una mayor atención a la Política Criminal y aunque eso no es nuevo se presenta como la alternativa moderna para desplazar a la vieja ciencia jurídica de tal suerte que la dogmática penal, se ha puesto en entredicho y los cuestionamientos que hoy día se formulan son en el sentido de que ¿si puede hoy el jurista seguir siendo un dogmático? ; y también “tiene futuro la dogmática jurídico-penal”³²

³¹ Cfr. De La Barreda Solorzano, Luis. “Abolir la Prisión: un cántico de sirenas” “El Sistema Penitenciario Entre el temor y la esperanza” Cárdenas Edit. Méx., 1991. p.43 y ss.

³² Mir Puig Santiago. Ob.cit. p.12.

Por otro lado compartiendo la inquietud de Mir Puig, Bustos Ramírez también ha realizado un análisis sobre la situación actual del penalismo unilateral de la dogmática y la división que ésta generaba en torno al estudio del fenómeno criminal resaltando el resurgimiento de la criminología crítica de las últimas décadas.³³

Con las inquietudes actuales compartimos la preocupación y visión de Bustos, respecto a que en la época en que vivimos el Derecho Penal debe ser considerado no solo como la Dogmática Penal, ya que ésta es su forma, debemos concebirlo como el instrumento de un subsistema del Poder Estatal, dejando la arcaica consideración de que el Derecho penal solo se ocupa del delito (formalmente hablando); de que la criminología solo atiende al delincuente y a la génesis delictiva; y que la Política Criminal solo se encarga del proyecto de reforma legislativa; de tal suerte que el estudio del delito (crimen) debe ser un estudio integral en que el derecho penal se someta a una revisión constante e integral de sus postulados, producto de la reflexión que se haga de su forma y aplicación. Así pues, hoy día ante la influencia de la criminología crítica y de la política criminal se propone y de hecho se está

³³ Bustos Ramírez, J. "Control Social y Sistema Penal". Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1987. p.15.

realizando una revisión de las bases estructurales de la Dogmática Penal y aún se trabaja en sus reformulaciones, por lo cual en el mundo entero la teoría de la norma, la teoría del bien jurídico y la teoría del sentido y función de las penas se encuentra en un proceso de recreación, siendo que imbuidos de esa corriente replanteadora de las bases del Derecho Penal como hoy conocemos es que nos concentremos en el análisis de la construcción de un nuevo concepto del Estado de Derecho buscando la superación de aquel que la comunidad jurídico política del país reconoce en nuestro sistema de gobierno.

CAPITULO II

EL ESTADO DE DERECHO

2.1 CONCEPTO E IMPORTANCIA DEL ESTADO.

Tratándose el presente de un trabajo en la materia de Derecho Penal, por su carácter público, la importancia de su congruencia interna y la trascendencia de su racionalidad y eficacia externa, así como por el enfoque que se le pretende dar, es imprescindible manejar como marco teórico complementario lo concerniente al tema del Estado, a sus distintas acepciones, a sus componentes y a las formas y características más significativas.

Así las cosas, debemos procurar concebir la naturaleza del Estado para poder apreciar objetivamente, o por lo menos con mayor claridad conceptual, la noción de -Estado de Derecho -.

La construcción conceptual del Estado debe fincarse lógicamente en el análisis de todos los factores que concurren en su formación, de tal suerte que se observa que convergen en él elementos como la población, territorio, poder,

orden jurídico, de los que se desprenden también el poder político y el gobierno, elementos de los cuales se puede desprender la definición elemental del mismo. La concepción del Estado puede ser analizada desde los pensamientos de Platón, Aristóteles, Tomás Hobbes, Juan Jacobo Rousseau, hasta las posturas radicales Marxistas Leninistas; tarea semejante bien podría corresponder a una obra de extensión enciclopédica, sin embargo para los efectos de nuestro estudio debe bastarnos por ahora concebir al Estado como una entidad con personalidad político jurídica en la que concluyen los elementos antes señalados.³⁴

En términos generales el concepto Estado implica.: a) Una idea del hombre en una realidad social; b). El orden jurídico establecido; y c). El poder y su forma de aplicación.

Es reconocido por todos o por lo menos la mayoría de los estudiosos de esa materia que se trata de un campo de conocimiento muy complejo. Sin embargo con independencia de su vasto y complejo aspecto teórico, todos advertimos la existencia del Estado en sus distintas manifestaciones,

³⁴ Sobre el tema véase Burgoa Orihuela I. "Derecho Constitucional Mexicano". Edit. Porrúa. México. 1991. pp.189 y ss.

concretamente cuando percibimos al gobierno, al poder político, a la autoridad. Algo que se reconoce sin discusión es que el Estado es una sociedad humana jurídicamente organizada, idea a la cual se agregan los elementos de territorio y el poder, componentes entre los que se establece una relación de poder. En resumen, tradicionalmente se describe al Estado como una sociedad humana establecida en un territorio, regida por un orden jurídico, que es creado y aplicado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal, formando una institución con personalidad moral y jurídica. Al respecto Manuel Herrera y Lasso señala que el Estado es la sociedad organizada políticamente; que es el pueblo dividido en dos categorías de gobernantes y gobernados, que es la nación jurídicamente unificada.³⁵

Hablar del Estado, por un lado implica comprometer el conocimiento de su naturaleza política y social, para lo cual es menester indagar su composición; así mismo, se involucra su funcionamiento y organización, es decir su estructura y forma de operar; siendo de igual importancia aprender cuáles son sus fines, ¿Para qué sirve?, ¿qué fines persigue con sus directrices políticas?.

³⁵Cfr. Herrera y Lasso Manuel. "Estudios Constitucionales". Primera serie. Editorial Jus México. 1986. p.215.

Aún sin responder las anteriores inquietudes (por la complejidad de las mismas), tenemos que reconocer que el Estado es una realidad política, una realidad social y jurídica, cuya existencia resulta determinante en la vida social e individual. Las finalidades del Estado son de múltiple naturaleza, se compone de variados fines específicos tales como: el bienestar de la nación, la solidaridad social, la seguridad pública, la protección de los intereses individuales y colectivos, el desarrollo económico y cultural de la sociedad, la satisfacción de las necesidades públicas, etc.³⁶ Sin embargo aún cuando el fenómeno estatal puede ser abordado desde ópticas científicas diversas como de la ciencia política y de la propia filosofía, procuraremos avocarnos a una forma sencilla de concebirlo y analizarlo de tal suerte que resulte lo más objetiva posible desde la óptica jurídica y operativa, sin desdeñar desde luego, su naturaleza eminentemente política.

Consideramos necesario reflexionar sobre el marco teórico del Estado ya que las formas estatales identificables, inciden desde luego en la forma, estructura y características del sistema formal punitivo que es el tema que nos interesa, dentro de lo que encontramos como elemento configurador esencial al Derecho Penal. Luego entonces creemos propio atender ese marco teórico pero no

³⁶ Cfr. Burgoa Orihuela I. Ob.cit.p.287.

pretendemos realizar una obra de Teoría del Estado, nuestro mayor interés se dirige al estudio de la estructura y funcionamiento del sistema penal, por un lado, bajo la óptica estatal, a la manera de reflejarse en la ley; en las instituciones que lo conforman; así mismo por otro lado debemos observarlo en la forma en que éste es percibido y sentido o sufrido por el gobernado; esto es, el aspecto formal y el aspecto material del Estado revelado en el funcionamiento del sistema punitivo.

En tal virtud, procuraremos apartarnos de la materia de la ciencia política o teoría política, del dogmatismo político y las cuestiones que podrían abordarse en otra línea de investigación en torno al Estado, no por ser de poca importancia, sino por concentrar nuestro punto o línea de interés. Así las cosas, no abordaremos en esta investigación el desarrollo histórico de la ciencia política y la teoría del Estado para procurar concentrarnos en el área jurídico-política, concretamente en el área que ese ente -El Estado- se refleja mas represivamente sobre su población.

Así las cosas, debemos primero precisar las acepciones que se pueden dar al Estado. Así pues, en sentido estricto la palabra estado tiene dos acepciones, en

sentido gramatical estado significa una situación que permanece y que es lo contrario de lo que cambia, estado es una manera de ser o de estar; en sentido político, Estado también es una manera de ser o de estar políticamente, al hablar de Estado se alude a una manera de ser o estar constituida una sociedad humana.³⁷

En el tema del Estado, en la enciclopedia política se comprenden los tópicos de la organización y división del poder político; se ocupa también de la descripción y explicación de esta organización de poder, examinando incluso sus relaciones con factores socio culturales económicos e históricos; se procuran también análisis de la Constitución Política y sus leyes derivadas; de las formas de gobierno por su estructura y funcionamiento, así como también se dedica atención al examen de las ideas políticas, es decir al examen de la ideología política que implica desde luego el discurso político que lo pretende justificar.

Tales temas son de suma importancia para la comprensión y análisis del organismo estatal, imprescindibles para ubicarlo política y jurídicamente. En

³⁷ Cfr. *Ibidem.* p.124.

razón de ello nos avocaremos a atender los aspectos que en su caso, se presentan en la vinculación con el Derecho Penal y el funcionamiento del sistema penal.

2.2 ESTADO Y DERECHO.

Una vez realizadas las anteriores consideraciones sobre el concepto de Estado, debemos apuntar que un binomio terminológico trascendente política-jurídica y socialmente lo es el de -Estado- y -Derecho-. La trascendencia de esa vinculación conceptual se da en razón de que no podemos referir la idea del Estado, sin hablar del Derecho, así como tampoco es dable pensar que se aluda al ordenamiento jurídico sin establecer su necesaria vinculación con el Estado. En la anterior asociación de términos generalmente se percibe la idea de que su relación se da en razón de que el Estado es quien crea, define y sanciona al ordenamiento jurídico, y por lo general no se refiere y a veces ni siquiera se percibe la similitud heredada en tal ordenamiento por la forma de manifestación estatal que le da origen, esto es, no se aprecia esa relación entre el Estado creador y el Derecho creado, estimando una existencia propia e independiente de las características de su organismo creador sin que se reconozca lo que podríamos llamar como la “genética política” que vincula a uno con el otro.

Hemos percibido que en el ambiente jurídico es frecuente escuchar que se habla del Derecho, aludiendo a la dogmática o a la ley, desvinculándolo de la idea del Estado, percibiéndolo como un conjunto de leyes o bien como una ciencia o conjunto de conocimientos sistemáticos que tienen una existencia propia y una realización en sí mismos. Como ya lo hemos señalado creemos que no es posible hablar del Derecho sin que al mismo tiempo invoquemos la idea del Estado, en razón de que éste es su creador, el definidor y sancionador del orden jurídico.³⁸

Ante tal necesaria asociación de conceptos tenemos que identificar la relación que se da entre Estado y Derecho, y procurar como el profesor Recasens Siches plantearnos las interrogantes de que si son entes distintos pero relacionados de una manera esencial, o se trata de dos palabras que designan una sola cosa, y por ello sea quizás que se da esa confusión sobre sus entremezclados conceptos.³⁹

³⁸ Ibidem. p. 151.

³⁹ Recasens Siches, Luis "Vida humana, sociedad y derecho". Edit. Porrúa. Mexico. 1952. Cap. XI.

Frente a esos cuestionamiento han surgido respuestas doctrinarias diversas: unas son las que consideran al Estado como una mera realidad política; otras que refieren que el Estado presenta dos facetas o aspectos: uno jurídico y otro sociológico; una tercera consideración es la de que afirma la estricta identidad entre Estado y derecho, y considera al Estado como el orden jurídico vigente.

Entre los pensadores más destacados sobre el tema del Estado se encuentra Hans Kelsen quien alude que el Estado es el sistema del orden jurídico vigente, Kelsen señala que la teoría tradicional contrapone el Estado al Derecho como un ente distinto, considera al Estado como un sujeto de obligaciones jurídicas y facultades, es decir, lo considera como una persona y simultáneamente le atribuye una existencia independiente del orden jurídico. Kelsen señala que la teoría del Estado de Derecho supone que el Estado, como unidad colectiva, como sujeto de una voluntad y de acción aparece independientemente e inclusive como existente antes que el Derecho. El Estado cumple su misión histórica en tanto crea el Derecho, su Derecho, para luego someterse al mismo, para obligarse y facultarse con su propio Derecho, el Estado es un ente metajurídico, un

presupuesto del Derecho y simultáneamente un sujeto del Derecho, en cuanto a él se somete, esa dice el pensador alemán, es la teoría de las dos caras del Estado.⁴⁰

Frente a ese pensamiento existen críticos que estiman inadmisibles la postura de quien identifica al Estado como el ente jurídico. La crítica a la teoría de Kelsen, que representa la argumentación más sistemática en su contra la plantea Recasens Siches quien señala que existen una serie de hechos sociales que no son derecho positivo, como la opinión pública, pero que llevan a su realización, la opinión pública se vincula con la cristalización del derecho, estimando que es ilógico que este hecho que lleva a la producción del derecho no sea tomado en cuenta por la Filosofía del Derecho y concretamente por la Teoría del Estado. La crítica se dirige a argumentar que el Estado no coincide con el orden jurídico vigente, que hay algo más que el derecho dentro de la realidad, cuestiones que rebasando el orden jurídico y que sin embargo forman parte del Estado.

Como quiera que sea alejándonos de los enfrentamientos teóricos al respecto, podemos entender que el Estado es un ente complejo que presenta diversos aspectos, que en él se crea el ordenamiento jurídico, que el Derecho es

⁴⁰ Kelsen, Hans. "Teoría pura del Derecho " Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. 1996.p. 290.

una parte sustancial del Estado, que ambos conceptos tienen una existencia paralela, percibiendo la relación del Derecho con el Estado como una parte consustancial uno del otro. Imprescindible el uno del otro para su existencia y funcionamiento, por lo menos como hoy lo conocemos.

Como ya lo habíamos señalado el propósito de este trabajo no es el de analizar la tan compleja realidad estatal, sin embargo si pretendemos analizar la realidad del sistema estatal en el que se plasma y opera un aspecto o parte de esa realidad jurídica: El Derecho Penal; luego entonces, si hemos señalado esa imprescindible vinculación de los conceptos Estado y Derecho, tendremos que tener presente que las observaciones que se hagan en torno al Derecho Penal le serán también propias al Estado que lo crea, lo aplica y lo justifica.

2.3 SOBRE EL CONCEPTO DEL ESTADO DE DERECHO.

Aún y cuando existen planteamientos antiguos en los cuales se perciben aspectos globales sobre un Estado como garante de la libertad e igualdad individual, es hasta el siglo XIX que el término gramatical —Estado de Derecho— comienza a ser utilizado entre los juristas europeos, se dice que su

origen es alemán y que quien primero utilizó el término lo fue Carl Th. Welcker en 1813, pero quien lo popularizó fue el jurista liberal Robert Von Mohl en una obra publicada en 1829.⁴¹

Con relación a la utilización y concepción del término Estado de Derecho, si bien éste es utilizado con mucha frecuencia en múltiples obras, documentos y discursos, sobre todo en el ámbito jurídico y político, no existe una idea clara del mismo, e incluso podemos encontrar una ambigua percepción de éste, ya que su concepción puede darse según la época de su referencia y si es antigua o moderna, el contenido varía, sin embargo, su alusión refiere sin duda al ordenamiento jurídico político de dicho Estado, pero más que nada a la forma en que el Estado distribuye y aplica su poder.

Hemos de distinguir por lo menos dos diversas acepciones del Estado de Derecho: Una es una concepción estricta o simple —la clásica—; y otra es amplia o compleja —la moderna—. En ambas concepciones hay un componente esencial del Estado de Derecho, ese elemento básico lo es la ley, ya que no se concibe ningún Estado que no tenga como base un ordenamiento

⁴¹ Cfr. De Carreras Francesc. El Estado de Derecho como sistema. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1996. pp. 5 y ss.

jurídico, por ello es que casi todos los autores modernos que han hecho referencia al tema coinciden en reconocer que todo Estado es un Estado de Derecho.

Con relación a ello, el citado Kelsen señala que es impensable un Estado no sometido al Derecho y que solo será un Estado de Derecho aquél que se auto-obligue, es decir que primero cree al Derecho y después, libremente, por así decirlo, se someta a ese Derecho, agregando que si se reconoce en el Estado un orden jurídico, es una expresión pleonástica decir que todo Estado es Estado de Derecho, esa expresión se utiliza para designar en la práctica a ciertos tipos de Estado, concretamente aquél que corresponde a las exigencias de la democracia y la seguridad jurídica, en ese sentido específico, el autor alemán precisa que "es un orden judicial y la administración esta regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe de Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y

encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de sus ciudadanos, en especial la libertad de creencia, de conciencia y la libertad de expresión.”⁴²

Conforme a la expresión clásica el Estado de Derecho es para el especialista en el tema Frances De Carreras “el gobierno de leyes y no el gobierno de los hombres.”⁴³ Así mismo el mencionado autor apunta que no se trata de cualquier tipo de leyes, sino que significa que el poder estatal se ejerce por conducto de normas jurídicas y no divinas o naturales.⁴⁴

Por otra parte, dentro de la misma concepción clásica García Pelayo se refiere al Estado de Derecho “como un Estado cuya función es establecer y mantener al derecho cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por

⁴² Kelsen, Hans. Ob. Cit. p315.

⁴³ De Carreras Francesc. El Estado de Derecho como sistema. Ob. Cit. Madrid. 1996. p.3.

⁴⁴ Con relación a la importancia que tiene la ley para el Estado, Hegel en su Filosofía del Derecho manifestó que la esencia del Estado es la ley, apuntando que “no la ley del mas fuerte, la ley del capricho, la ley de la generosidad natural, sino la ley de la razón en la cual todo ser racional puede reconocer su propia voluntad racional. Es cierto que el Estado se presenta en las esferas del derecho privado, de la familia, aún de la sociedad del trabajo, como una necesidad exterior, como un poder superior..el Estado es razón en y por la ley, no por una ley trascendente y misteriosa sino por sus leyes,por su reglamentación universal de los asuntos particulares, por el pensamiento que consagra a la elaboración siempre más pura de los principios de una existencia libre..El Estado es racional porque habla universalmente para todos y cada uno, en sus leyes; y todos y cada uno encuentran reconocido por sus leyes aquello que forma el sentido , el valor, el honor de su existencia.”Hegel, G.W.F. Filosofía del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México. D.F. 1985. pp. 44 y ss.

éste”;⁴⁵ concediéndole igualmente preponderancia a la ley en la existencia de ese tipo de Estado.

Sin embargo, debemos de entender que las leyes que componen ese Estado de Derecho no pueden ser cualquier tipo de leyes, ya que éste no es un ente sin finalidad sino que tiene un cometido específico, ya que todo Estado es un Estado de Derecho, puesto que como lo dijimos, sobre todo en la actualidad no se concibe un Estado sin un ordenamiento jurídico, siendo que sobre la base de esa consideración en torno al tipo especial de leyes que le componen es que se nutre una concepción moderna del Estado de Derecho.⁴⁶

En relación al poder político y las normas jurídicas, (léase Estado y Derecho) Habermas en su obra sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso señala que: “ las normas jurídicas han de tomar la forma de determinaciones inteligibles, exentas de contradicciones y precisas, y por lo general venir formuladas por escrito; tienen que ser dadas a conocer a todos los destinatarios, es decir ser públicas, no pueden tener validez

⁴⁵ García Pelayo Manuel. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*. Alianza editorial. Madrid. 1977. p. 52.

⁴⁶ Cfr. Moreno Hernández Moisés. “ Política criminal y reforma penal”. Edit. ius poenale. México. 1999. p. 42.

retroactiva; y tienen que regular con carácter general los asuntos de que se trate, asociándolos con consecuencias jurídicas, de suerte que puedan ser aplicadas de igual modo a todas las personas en todos los casos comparables.⁴⁷

Al Estado de Derecho en sentido moderno y amplio se le atribuye la función de garantizar los derechos fundamentales: la libertad y la igualdad del hombre. Con relación a esa función del Estado de Derecho De Carrera señala que éste tiene dos notas una formal y otra material. La primera es la que alude a el sistema de normas positivas; y la segunda se refiere a la carga ideológica que le da el sentido preciso a los términos libertad e igualdad, señalando sus contenidos y valores.

El concepto moderno del Estado de Derecho es percibido por Augusto Sánchez como aquél que reconoce en sí los principios generales heredados de la modernidad de los países centrales, relativos a la protección de los ciudadanos respecto de los abusos del poder y que no obstante de estar fundamentado en

⁴⁷Habermas Jürgen. "Facticidad y Validez". Editorial Trotta. Madrid. 1998. p.211.

normas jurídicas éstas obedecen en su creación y en su jerarquía a ciertos principios generales de derecho.⁴⁸

De Carreras emite su concepto de Estado de Derecho señalando que “no es solo un Estado de la legitimidad formal, sino aquel Estado en que la legalidad se funda en la soberanía popular y se dirige a la tutela de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho es por tanto, una expresión de legitimidad política.”⁴⁹

Como podemos apreciar a la concepción simple o estricta del Estado de Derecho que le atribuye como componente único y esencial la existencia y el respeto de un ordenamiento jurídico, ahora bien, en la estimación moderna de ese término se le agregan una serie de componentes y características que le dan un matiz totalmente diferente y enriquecido, e incluso la denominación ha sido reconsiderada y se le han hecho acompañar otros términos que le dan ese carácter diferenciador de la concepción simple y tradicional, y que son indicativos de la naturaleza jurídico política que se le atribuye, habiendo recompuesto el concepto

⁴⁸ Sánchez Sandoval Augusto. “De la premodernidad político jurídica de los países periféricos a la posmodernidad político jurídica primer mundista”. ENEP. Acatlán. 1995. p.8.

⁴⁹ Cfr. De Carreras F. Ob. cit. p.24.

según las características que son las deseables y las pretendidas en su caso llegando a denominarlo como Estado Social y Democrático de Derecho, términos que le acompañan y que le dan esa notoria tendencia hacia una orientación jurídico política, alejándolo del concepto simple o estricto, que constituye un arma peligrosa para el hombre y la sociedad.

2.4 DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO.

Como ya lo hemos señalado, el concepto de Estado de Derecho ha experimentado un desarrollo que le ha llevado a receptar la evolución del pensamiento teórico y las intenciones políticas de la modernidad. Podemos entender que los vocablos como el que nos ocupa, de naturaleza jurídico-política, en la medida que es utilizado y transmitido en diferentes comunidades y generaciones, va transformándose sobre todo por las coyunturas políticas en que se aplique.

Con relación a la adopción del vocablo —social— en el de Estado de Derecho, Manuel García Pelayo hace una revisión interesante sobre el devenir ideológico en la historia que concluye con su inclusión y aceptación por las

comunidades jurídico políticas señalando que: “..El vocablo social se carga a mediados del siglo XIX de terroríficas representaciones para unos y de esperanzadoras visiones para otros, algo así como el mítico Gran Día del terrible ajuste de cuentas, pero al mismo tiempo de iniciación de un nuevo eón de justicia y de fraternidad sociales. Si bien este sentido originario se conservó en las capas más desamparadas de la sociedad e inspiró los movimientos obreros, no es menos cierto que desde otras perspectivas fue perdiendo su carga emocional con el curso del tiempo al vincularse a ciertas medidas sine ira et studio de la administración estatal, destinadas a desarrollar la política social, o al paternalismo del catolicismo o cristianismo sociales. Por otra parte, así como el siglo XVIII llevó a cabo la crítica política que habría de institucionalizarse en el siglo XIX, así este siglo inauguró la crítica social cuya solución se convirtió en el tema del siglo XX. Por consiguiente, no es de extrañar que el vocablo social se asocie, de un modo o de otro, como realidad o como imago sine re, a las distintas tendencias políticas y estructuras estatales del tiempo presente.”⁵⁰

No podemos dejar de resaltar que el Estado de Derecho y sus notas diferenciadoras posteriores a su concepción clásica, fueron de la mano con el

⁵⁰ García Pelayo Manuel. Ob.cit. p.48.

florecimiento del llamado Estado Liberal, en franca oposición al Estado Absolutista, es decir el Estado de Poder en el que si bien no se excluye la legalidad, la idea de la legitimidad y del Derecho no conllevan una limitación a los poderes del Estado lo que si ocurre en un estado liberal de derecho.

El moderno Estado de Derecho o concepto político del Estado de Derecho creemos no se refiere a la forma sino al contenido de la relación Estado—individuo, inspirándose en ideales de justicia, pero no basado en la individualidad sino en la legitimidad de su actuación, en la creación del Derecho como una expresión de valores, pero no de naturaleza exclusivamente referidas al poder y cómo se aplica, sino a las formas en que ese poder estatal no impide el sano desarrollo del individuo, pero un individuo no como ser aislado, sino que socialmente considerado.

Bajo ese tenor no faltan quienes distinguen dos modalidades del Estado de Derecho: la liberal y la social, formas de éste que son expresiones de ideologías antiabsolutistas, en las que un factor aparece como inminente y necesario: que esa forma estatal cuente con un ordenamiento jurídico producido por los mismos que a ella están sometidos, los individuos, que no son libres en una expresión

absoluta de la libertad, ya que la libertad no corresponde a cada uno de ellos en lo particular sino que la libertad individual pasa a ser patrimonio de la soberanía del pueblo.

El Estado Liberal según lo refiere Ruíz del Castillo, se caracterizó por ser una concepción del Estado que se considera se formó para el servicio del individuo, pero presentando un criterio exclusivamente formal de la organización del Estado de Derecho, en el que la antítesis interna radica en que ante una soberanía absoluta del Estado, existe un derecho absoluto del individuo, consideraciones que acompañadas de una concepción absolutista de la igualdad de los hombres provocó una crisis de contenido, ya que los sectores sociales más débiles se vieron oprimidos y explotados por los más fuertes, por lo que se estimó que el error fundamental del liberalismo consistió en esa absolutización de la igualdad del hombre.⁵¹

Con relación a ese desarrollo del modelo de un Estado liberal a un Estado social y posteriormente al que se reconoce como Estado Social y Democrático de Derecho Mir Puig realiza un excelente y sintético análisis que clarifica el tema

⁵¹ Cfr. Ruíz del Castillo citado por Porrúa Pérez. Ob. Cit. p.482.

apuntando que “ el Estado liberal corresponde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban Estado y sociedad, si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en motor de la vida social. Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente formales, el Estado social se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales; pero la formula Estado Social y Democrático de Derecho supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado a la que no se quiere renunciar a los límites del Estado de Derecho- sino también su orientación material hacia la democracia real; en cuanto a social y democrático deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo”.⁵²

Ante la reflexión anterior, no podemos dejar de percibir que ese modelo estatal que se ha ido enriqueciendo con connotaciones jurídico-político y sociales, hasta convertirse en lo que se menciona como un Estado Social y Democrático

⁵² Mir Puig, Santiago. Ob. cit. p. 32.

de Derecho, es el modelo ideal de Estado, en el que no solo se protegen las cuestiones formales de la ley y la estructura estatal, sino que en relación al individuo se dé un real margen de libertad e igualdad, de tal suerte que los derechos fundamentales reconocidos por el Estado sean válidos para todos sus miembros y en ejercicio de esa libertad, el Estado sea controlado por los propios individuos, para que mediante los canales legales aptos y óptimos se puedan hacer efectivos, dándose así el carácter democrático del mismo que se legitima con el origen que tiene en la voluntad popular.

En la evolución política de la definición encontramos que en relación al carácter democrático que hoy se le atribuye al moderno Estado de Derecho, es parte del significado etimológico en el que se define a la democracia como el régimen político en el que el pueblo se gobierna a sí mismo. En el pensamiento Aristotélico es el gobierno que emana de la voluntad mayoritaria del grupo total de ciudadanos, con la modalidad de que debe perseguir el bienestar colectivo, esto es, la felicidad de los distintos sectores integrantes de la población.⁵³ En la modernidad el concepto de la democracia se ha ido transformando y enriqueciendo con elementos nuevos. Así pues, es un régimen de autogobierno

⁵³ Burgoa Orihuela I. Ob.cit. p.194.

erigido mediante elección popular, pero con la libertad, la igualdad y la justicia como principios esenciales de la organización política, alternativas ciudadanas, exaltación de la persona humana y la legitimación del poder.⁵⁴

En torno a la enriquecida denominación del Estado de Derecho, nosotros consideramos que no es necesario que cada que se haga mención al modelo estatal que nos ocupa, se le citen los calificativos que le dan el perfil político que lo caracteriza hoy día, ya que estimamos que ese es el concepto moderno del Estado de Derecho, y así debe entenderse en cada ocasión que se le mencione, salvo que se haga la diferenciación pertinente cuando el caso lo requiera para realizar una precisión o aclaración terminológica, al respecto Zaffaroni apunta que el Estado de Derecho es en sí mismo democrático y social y que esos adjetivos le han sido endilgados por los políticos para darle una matización diferencial del simple Estado de legalidad.⁵⁵

Ante todo ello, encontramos que en la literatura actual se ha desarrollado un concepto moderno del Estado social y democrático de derecho entendiéndose

⁵⁴ Cfr. Herrera y Lasso M. Ob. Cit. pp.213 y ss.

⁵⁵ Zaffaroni Eugenio R. Palabras expresadas en el Master internacional de Derecho penal y Derecho constitucional impartido por la Universidad Autónoma de Barcelona en la Universidad Autónoma Metropolitana de México en octubre del 2000.

por tal como “el Estado que garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, que divide el ejercicio de los poderes del Estado entre diferentes instituciones u órganos y que subordinan la actuación de éstos a la ley, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo”⁵⁶. La anterior definición constituye una forma objetiva de describir al moderno Estado de Derecho incluyéndole los atributos que hoy día se le consideran imprescindibles.

Con relación a la expresión de Zaffaroni en torno al señalamiento de los términos social y democrático y que esto constituye la reiteración de algo que se da por sobreentendido, aunque bien podría ser que un Estado de Derecho puede no ser social, o bien que un Estado de Derecho no sea democrático (ello entendido desde la perspectiva tradicional. Nosotros pensamos que si bien es cierta esta última afirmación del jurista argentino, el hecho de que se le asignen expresamente los términos social y democrático indica las pretensiones políticas de ese modelo estatal, que hoy día se consideran las idóneas, de tal suerte que su referencia indica el modelo que se pretende estructurar, y más aún, cuando ese señalamiento se hace en el ámbito constitucional como en España o Alemania, el resto del ordenamiento jurídico tendrá un referente cierto y una línea política a

⁵⁶ Molas Isidre. “Derecho Constitucional”. Tecnos. Madrid. 1998. p.47.

seguir perfectamente definida, misma que guiará la conformación estatal y las prácticas de sus agencias.

2.5 PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO.

En la concepción moderna del Estado de Derecho se afirma que éste se reduce a un sistema o modelo de Estado, que a su vez encierra tres subsistemas: de poderes, de normas y de fines. Siendo que en relación a cada uno de esos subsistemas es que se desarrollan los principios que le caracterizan.

Por lo que se refiere al Estado como conjunto de poderes, su estudio corresponde al de las instituciones políticas, el poder del Estado para determinar la conducta de los demás, aunque sea por la fuerza se realiza como un poder jurídico que se distingue en que: los órganos de los estados están sometidos a las normas; los órganos de los estados están separados entre sí; el ejercicio del poder de éstos consiste en producir y aplicar las normas jurídicas.

Como sistema de normas se corresponde con el análisis del ordenamiento jurídico o sistema normativo, De Carreras considera que esas normas pueden ser de tres tipos: normas generales, que comprendería leyes y reglamentos; actos

administrativos; y sentencias judiciales. Así también, agrega que la validez de esas normas depende de tres circunstancias : 1. que sean dictadas por órgano competente; 2. que se creen conforme al procedimiento adecuado; y 3. que su contenido no sea contrario a las normas jerárquicamente superiores del mismo ordenamiento.⁵⁷

Finalmente como sistema de fines se corresponde con el estudio del contenido y de las garantías de los derechos fundamentales.⁵⁸ De acuerdo a ello se debe entender que su fin es el de preservar la libertad e igualdad, o como se le suele referir a esos dos conceptos amalgamados, la igual libertad, de los individuos, que se expresa jurídicamente en la forma de derechos fundamentales, derechos que se reconocen de tres formas: de autonomía, de participación y de prestaciones sociales.⁵⁹

⁵⁷ Cfr. De Carreras F. Ob.cit. p. 20.

⁵⁸ Cfr. De Carreras. F. Ob.cit. p. 19.

⁵⁹ Nota: respecto al tema de los derechos fundamentales en la mayoría de los trabajos, se reconocen unánimemente las formas de garantías antes citadas como tales, aún y cuando en algunas ocasiones se realicen matizaciones de éstos que hacen que la referencia de los mismos tome aspectos diferentes.

2.5.1 ELEMENTOS DEL ESTADO DE DERECHO.

En la mayoría de las reflexiones que se hacen sobre las características y los componentes del Estado de Derecho, se reconoce como elemento central y fundamental que haya un imperio de la ley, es decir, que campee el principio de legalidad, es respeto por el derecho mismo dato que resulta incuestionable a primer vistazo, ahora bien, amén de ese toral aspecto, también hemos encontrado que otro principio que debe campear en ese modelo de Estado lo es el de la división de poderes así mismo también se reconoce unánimemente como principio integrante del mismo, la legitimidad de su origen, el del respeto y la defensa de los derechos fundamentales de los individuos que lo conforman.

En nuestro país, el Dr. Moisés Moreno ha abordado el tema señalando que cualquier Estado moderno se caracteriza por el seguimiento de una serie de principios que, aparte de constituir autolimitantes al poder del propio Estado, en virtud del reconocimiento y respeto de los derechos del hombre, se traducen en garantías del individuo, señalando que en su concepto esos principios son: 1.La División de Poderes; 2.La legitimidad y la legalidad; y 3.La igualdad ante la ley.⁶⁰

⁶⁰ Moreno Hernández. Moisés. Ob.cit.p 76.

Siendo que el resto de las consideraciones modernas del modelo de Estado aludido coinciden esencialmente al respecto.

En tales condiciones, podemos referir que los elementos de fondo y de forma esenciales en un Estado de Derecho son los siguientes:

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

En el estudio del tema de Estado de Derecho hemos encontrado tópicos que son recurrentes en la mayoría de los estudiosos del tema. Como ya lo habíamos apuntado, unánimemente se reconoce que el aspecto esencial de ese modelo estatal lo es el imperio de la ley; sin embargo ya hemos señalado también que esa característica no dice nada de su contenido y su forma de aplicación, o sea con ese exclusivo principio no se construye el Estado de Derecho en su concepción moderna, empero el principio de legalidad e intervención legalizada es la columna vertebral del Estado Moderno, aún y cuando un Estado totalitario o absolutista y tirano puede también ser respetuoso de ese principio, de tal modo que la ley y el respeto de su observancia no garantizan en sí mismos la realización del Estado de Derecho, son efectivamente el punto de partida para su construcción.

El principio de legalidad es por principio de cuentas el límite del *ius puniendi*, es ese dique que Zaffaroni maneja como el contenedor del poder punitivo o potencia *puniendi*, ese principio se encuentra relacionado con cada momento de la dinámica punitiva, desde que se crea la ley hasta que se aplica la sanción. Unánimemente se identifica al principio de legalidad como una garantía frente a la arbitrariedad estatal, con un contenido eminentemente garantista.

Los ámbitos garantistas del principio de legalidad comprenden entonces, dos momentos que se han distinguido el primero relativo a la criminalización primaria y que comprende la garantía criminal y penal encontrada en la creación de las normas penales, así también el de la criminalización secundaria que se refiere a la garantía procesal y ejecutiva de la pena.

Además de lo anterior, hemos encontrado que al principio de legalidad no solo se le reconoce un atributo formal, es decir, la ley en si misma requiere ese aspecto formal que implica su promulgación bajo las condiciones establecidas en la Constitución y las leyes que regulen su creación, sin embargo, en lo concerniente al carácter material del principio de legalidad Juan Bustos ha escrito, con relación al modelo estatal que nos interesa, que: “el proceso de creación de la

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

norma esta perceptivamente limitado por principios que son consustanciales a un Estado social y democrático de derecho. Estos principios eran el de la necesidad de la pena, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de dignidad de la persona humana, el cumplimiento de estos requisitos daría validez material a la norma.⁶¹

Sobre la importancia del principio de legalidad no hay autor que no lo haya ponderado sobre todos los demás principios limitadores del *ius puniendi*, al respecto Gonzalo Quintero Olivares realiza una interesante descripción de los antecedentes del mismo, acotando que. “Para los revolucionarios franceses, con la influencia de Montesquieu, Voltaire y Rousseau – que ciertamente no puede ser comparado con la grandeza de los dos anteriores- y que también para juristas no franceses de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, como Beccaria y Bentham, la ley era el techo protector de todas las libertades, y el respeto de ella era la mejor garantía personal y común. Tan hermosa visión de la ley- que en realidad ya había sido descrita por Cicerón- nos produce una primera convicción: el respeto a la legalidad constituye patrimonio fundamental de las democracias y su presencia en el título preliminar no necesita mayores explicaciones. Pero

⁶¹ Bustos Ramirez J. Ob cit. p.80

también hay que deducir sentidos y funciones de la legalidad para nuestro tiempo y para el llamado Estado social de derecho... apreciando dos dimensiones en el principio de legalidad: Una material: el sometimiento a las garantías y a los contenidos que configuran al Estado como –social-, y la otra formal, de más marcado carácter jurídico, cual es el sometimiento a la ley como la forma necesaria de realización de ese programa.”⁶²

Ante el reconocimiento del carácter formal y el material del principio de legalidad, esto trae como resultado la consecución de una garantía más amplia: la seguridad jurídica, que implica el resultado del orden jurídico concebido integralmente, la seguridad jurídica es en otras palabras la certeza del derecho, fenómeno que se enfrenta al de la incertidumbre, al temor a la ignorancia y el desconocimiento de las razones y naturaleza de la acusación, a la imprecisión de la ley aplicable. Un sistema de legalidad, ha de brindar seguridad jurídica, es decir confianza en la certeza y los contenidos de la ley, pero también en la actuación del sistema punitivo.

⁶² Quintero Olivares G. "La justicia penal en España" Aranzandi edit. Pamplona 1998. p.121.

La idea de la taxatividad es la que enlaza al principio de legalidad con el de seguridad jurídica, no basta que la ley exista previamente, se requiere que la técnica de la formulación de los tipos de delito no contenga márgenes libres de interpretación, que no se usen términos ambiguos o imprecisos y que no se den tipos abiertos, las penas deben ser ciertas, tanto como los fundamentos de las mismas, los órganos encargados de la imposición de las mismas deben contar con criterios legales que le permitan brindar certidumbre y confiabilidad en sus resoluciones y las sanciones penales deben ser determinadas y ciertas, y en la medida que se permita justas, idea que debe predominar sobre todas las pretensiones del derecho penal.

2. LA DIVISION DE PODERES.

Como ya lo habíamos anotado, coincidimos con el Dr. Moreno en lo sustancial sobre los principios del Estado de Derecho, puesto que el principio de la División de Poderes, que resulta de afinar esa consideración del Estado de Derecho como un conjunto de poderes e instituciones que ya hemos señalado, entendiendo que el ejercicio de la soberanía del Estado debe estructurarse en varios órganos, cada uno de los cuales tiene una función delimitada y autónoma, evitando la concentración de poderes.

La cuestión más importante en el pensamiento de Montesquieu es lo concerniente a la separación de poderes, la base de esta separación y la finalidad que la justifica es la preservación de la libertad del hombre dentro de la comunidad política, procurando un equilibrio y freno de los poderes, “que el poder detenga al poder”, esa es la idea central que llevó a dicho autor a consagrar su tesis de la separación de poderes; al respecto Montesquieu en su obra “Del espíritu de las leyes” escribió que: “ Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación a abusar de él, yendo hasta donde se encuentra un límite. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición misma de las cosas el poder frene al poder.” Así mismo después de considerar que en todo Estado existen tres poderes –legislativo, ejecutivo y judicial- relaciona a estos poderes con las posibilidades de existencia de la libertad, agregando que: “cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo están unidos en una misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados, allí no existe la libertad...tampoco hay libertad si el poder judicial no es separado del poder legislativo y el ejecutivo...todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo ejercieren a la vez estos

tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes y controversias entre particulares”.⁶³

Con relación a ese tópico, Habermas señala que a través de una división funcional de poderes la tarea del Estado Democrático de Derecho consiste no solo en distribuir equilibradamente el poder político, sino en despojarlo mediante racionalización de todo aspecto de violencia. Así mismo señala que la división clásica de poderes, se explica teniendo en cuenta la correspondiente diferenciación de las funciones del Estado: mientras que el Legislativo discute y acuerda programas generales, y la Justicia sobre el fundamento legal, resuelve conflictos de acción, la Administración se encarga de implementar las leyes que no son autoejecutivas, sino que necesitan ejecutarse. La justicia elabora el Derecho vigente como Derecho, a saber, desde el punto de vista normativo de la estabilización de expectativas de comportamiento decidiendo autoritariamente en el caso particular qué ha de considerarse de Derecho y qué no. La ejecución administrativa elabora el contenido teleológico del Derecho vigente, en cuanto

⁶³ Montesquieu, citado por De Carreras Francesc. Ob cit. p 11.

éste da a las políticas forma de ley y dirige y gobierna la realización administrativa de fines colectivos.⁶⁴

Así pues, se reconoce como factor esencial en un Estado de Derecho que exista una sana división de poderes en la que se den mutuos autocontroles entre los distintos órganos del Estado. Erigiéndose este principio también como un requisito indispensable para calificar así un modelo estatal, ya que este principio medularmente distribuye el poder político y evita el abuso del poder y su concentración en una sola persona, eliminando la posibilidad de una dictadura.⁶⁵

3. LA LEGITIMIDAD DE SU ORIGEN.

Aún y con un Estado respetuoso de la ley, en que el poder esté distribuido y autolimitado y que se procure la defensa de los derechos fundamentales, no puede hablarse de un Estado de Derecho. En efecto, hace falta el carácter legítimo de su construcción, tono que le da el origen democrático de su erección; es decir que su existencia esté fundada en la expresión así como también la

⁶⁴ Habermas. Jürgen. Ob. Cit. p.255.

⁶⁵ Sobre el tema Beccaria Cesare en su obra "De los delitos y de las penas" cita a Montesquieu señalando que éste ya había escrito sobre la importancia de la separación del poder legislativo y el judicial y apunta que había señalado que "en los estados despóticos el príncipe puede juzgar por sí mismo!" En los estados monárquicos, el príncipe es la parte que persigue a los acusados y hace que los castiguen o los absuelvan, si los juzgase él mismo, sería juez y parte."

finalidad social del mismo, de la que prioritariamente se desprende la defensa y salvaguarda de bienes jurídicos, pero no de cualquier bien jurídico, sino de aquellos que ciertamente contengan el valor fundamental para la sociedad que amerite su tutela jurídica, y en su caso su custodia penal.

En esencia, el Estado de Derecho tiene como elemento consustancial que esa ley, creada y aplicada por poderes, separados entre sí, debe tener un origen legítimo y estar dirigida a la defensa de los derechos fundamentales, éstos en última instancia pueden resumirse en dos grandes ideales humanos: Libertad e Igualdad, conceptos que se manifiestan en el mundo jurídico bajo la forma de derechos fundamentales, de garantías jurídicas.

La libertad y la igualdad son los principios que le dan al modelo estatal el contenido sustantivo que debe tener; es decir, el Estado de Derecho no solo tiene un contenido formal, tiene un contenido material o de fondo que constituyen los presupuestos ideológicos, los valores que le dan sentido y dirección. Libertad e igualdad son principios axiológicamente relacionados, no hay libertad sin igualdad, ni hay igualdad sin libertad. Ahora bien, esa libertad e igualdad no es concebida de manera absoluta y natural, al respecto Montesquieu, citado por De Carreras señaló que “ la libertad es el derecho de hacer todo aquello que las leyes

permiten” debiendo entender que se alude a las normas positivas, De Carreras puntualiza el tópico agregando que la libertad no tiene su fundamento en la naturaleza, sino que es creación de la ley.⁶⁶

Ante tales presupuestos sustantivos, su consecución conlleva a la realización de un modelo estatal que brinde a los individuos respeto y seguridad jurídica.

De todo lo anterior se puede resumir que sin duda el Estado de Derecho se puede constreñir a la realización de dos ideas esenciales, que se ven soportadas por la serie de principios que se le pueden reconocer: libertad e igualdad. En esencia, esos dos componentes son las columnas vertebrales de todo Estado de Derecho, ya que si no existieran en la realidad estatal y social, nada importaría la realización de otras características que le son propias y que si no se ven pragmatizadas en su actividad cotidiana, tornan iluso considerar la existencia de un Estado de Derecho.

⁶⁶Cfr. De Carreras F. ob cit. pp. 7 y ss.

2.6 EL ESTADO DE DERECHO EN LA MATERIA PUNITIVA.

Por lo que hace al desarrollo del Derecho Penal, haciendo un paralelismo con el desarrollo de los modelos estatales, en nuestro concepto el derecho punitivo ha ido encaminando su desarrollo teórico y metodológico, al igual que el propio estado hacia la consecución de un modelo ideal. Desde las ideas de Cesare Beccaria en su libro "De los delitos y de las Penas" el Derecho Penal ha dirigido su proceso evolutivo a la consecución de un modelo de justicia humano, legítimo, que brinde seguridad jurídica, en el que exista una idea de proporción entre los delitos y las penas, elementos que desde luego sustentan aun hoy día un modelo de justicia propio de un Estado de Derecho.⁶⁷

Partiendo de las trascendentes y valientes aportaciones del Marqués de Beccaria el desarrollo del Derecho Penal, propiamente a partir de la época "moderna" de la dogmática penal iniciada con Liszt y Beling evidencia la búsqueda de un sistema teórico, racional que si bien ha presentado a lo largo de su corta historia diferencias metodológicas en la construcción de los delitos, como parte nuclear de la dogmática penal, la percepción que tenemos del desarrollo de la dogmática, es que se ha buscado encontrar a un sistema jurídico, racional que

⁶⁷ Beccaria, Cesare. "De los delitos y de las Penas". Ed. Alianza. Madrid. 1998. pp. 29 y ss.

restrinja los alcances del poder punitivo en aras del respeto de la persona, su dignidad y libertad como fundamentos éticos del Derecho Penal y del Estado.

Ciertamente en algunos pasajes históricos

En torno a nuestra materia jurídico penal, en el mundo occidental la imagen del Estado que se comparte lo es la de un Estado Social y Democrático de Derecho, Mir Puig señala que es social y democrático porque en materia punitiva ha de evitar delitos, prevenir delitos, protegiendo a las víctimas y a los bienes jurídicos, lo que va relacionado con la finalidad social del Estado.⁶⁸

En la materia concreta que nos interesa, un Estado de Derecho ha de responder satisfactoriamente a ciertos cuestionamientos y exigencias que se desprenden de sus limitantes teóricos y de sus aspectos fácticos. Moisés Moreno ha enlistado estas exigencias de la siguiente manera, señalando que un Estado de Derecho, en la materia penal debe reunir las siguientes características:

□ Un Estado de Derecho es donde la población vive bajo normas previamente establecidas.

⁶⁸ Mir Puig, Santiago. Master internacional de Derecho . diciembre de 1999.U.A.M. Azcapotzalco.Méx.

- ☞ Es dar cumplimiento a la ley.
- ☞ Es igualdad ante la ley.
- ☞ Que “ nadie esté por encima de la ley”, ni la autoridad ni los particulares.
- ☞ Que no haya impunidad.
- ☞ Que se respete la división de poderes.
- ☞ Que el poder judicial sea autónomo.
- ☞ Que haya más justicia, etcétera.⁶⁹

Como puede observarse las cuestiones anteriores se encuentran referidas a los principios intrasistémicos y extrasistémicos del derecho penal y del funcionamiento del sistema punitivo, que se amalgaman interesantemente según, incluso no solo el discurso jurídico, sino el discurso político y los reclamos sociales.

⁶⁹Cfr. Moreno Hernandez M. Ob.cit. pp.39, donde hace una referencia al contenido de los diversos discursos políticos, así como del Plan Nacional de Desarrollo de 1995-2000.

Para poder introducirnos aún más en el tema del área punitiva estatal, en la que se habrá de abordar lo relativo a los delitos y a las penas, es pertinente que entendamos que en todo Estado se manifiesta un área política punitiva, nosotros nos referiremos exclusivamente al aspecto formal de la reacción punitiva estatal, ya que como es bien sabido y es un tema abordado en otro tipo de estudios al respecto, existen formas de reacción propiamente punitivas, pero de naturaleza informal o mejor dicho no punitivamente declaradas.

La expresión punitiva del Estado -formalmente reconocida- la encontramos en el derecho penal. Ahora bien, entre el Estado y el derecho penal se da un puente de vinculación existencial, un lazo de comunicación que constituiría el cordón umbilical que une al producto jurídico con su creador político, ese puente de unión lo es la llamada política criminal.

Con independencia de la forma estatal en que se crea al derecho penal, la política criminal es una área del Estado que coexiste conjuntamente con otras ramas de diferente índole, así se detectan políticas en materia económica, laboral, sanitaria, etcétera. Moisés Moreno al respecto señala que “para el cumplimiento de sus funciones el Estado, a su vez, adopta diversas medidas y estrategias y se hace de diversos medios y da origen a políticas. Así surgen las políticas en

materia de salud, en materia laboral, educativa, de seguridad pública, agraria, económica, etcétera, que implican el ejercicio de esa potestad o poder de que se encuentra investido; y así surge también la política criminal para enfrentar el fenómeno de la delincuencia, que por ello, se conoce como política criminal, dentro de la cual se conforma igualmente lo que es el sistema de justicia penal”.⁷⁰

Desde otra perspectiva ideológica Juan Bustos apunta con relación a la política criminal que es “aquel aspecto de control penal que tiene relación con el poder del Estado para caracterizar un conflicto social como criminal”⁷¹. El mencionado autor chileno establece, en torno a una política criminal propia de un Estado de Derecho que el carácter social del Estado no solo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales en general y en la solución de conflictos en particular, así pues, Bustos, conjuntamente con Hormazábal han desarrollado una postura político criminal crítica, que establece una vinculación “relacional” entre el Estado y el individuo, postura de la que parten para desarrollar un modelo teórico novedoso y digno de ser seriamente

⁷⁰ Ibidem. p. 35.

⁷¹ Bustos Ramírez J. “Lecciones de derecho penal”.. edit. Trotta. Madrid, 1997. p.29.

considerado, no solo en el área dogmática, sino en lo relativo a la cuestión de la teoría del sujeto responsable y la teoría de la determinación de la pena.

Con relación a esos márgenes de actuación del Estado en la materia punitiva, se reconoce unánimemente que existen diferentes políticas criminales, no es lo mismo la política criminal de un Estado autoritario, que la de un Estado de Derecho. Es evidente que en un Estado autoritario los principios de libertad y de igualdad se ven menoscabados en sus leyes o en la operación del sistema punitivo.

Hoy día, la política criminal ha tomado un notorio y trascendente papel para el derecho penal. En la mayoría de los trabajos de los penalistas de vanguardia se ha reconocido el papel de la política criminal, misma que se ha reevaluado y adquiere una significación esencial, como se ha dicho, la política criminal no solo es el arte de la creación de las leyes penales, ni los criterios directivos de los fines de las penas en sí mismos, es hoy día el punto de partida que revierte la construcción de la dogmática penal a partir de la pena.

Mir Puig al respecto ha señalado que “en estos momentos, la primera impresión que produce la actividad de los penalistas de los distintos países, es la

de que hoy atrae más la política criminal que la dogmática... incluso en los países de mayor tradición dogmática se advierte una evidente inclinación de las jóvenes generaciones hacia la problemática político criminal.”⁷²

Bustos también ha escrito reconociendo el tópico de la modernidad en la materia penal aduciendo que “ en la evolución última del derecho penal, las nuevas constituciones, los programas de reforma penal, han hecho renacer con gran fuerza los planteamientos de política criminal. Pero al mismo tiempo esta profundización político-criminal no solo ha dado un nuevo impulso a las reformas, sino también a una nueva concepción del derecho penal vigente.”⁷³

Así mismo se reconoce que Claus Roxin es a quien se debe la ponderación de la política criminal y su vinculación estrecha con la construcción del derecho penal desde perspectivas metodológicas más significativas, que la concepción tradicional, que la reducía al papel de una programadora de los cambios de las leyes. Jesús María Silva señala que la obra de Roxin es descrita como un intento

⁷² Mir Puig. S. Ob. cit.p.11 y ss.

⁷³ Bustos Ramirez J. “ Política criminal y dogmática” en el libro homenaje a Hilde Kaufmann. “El poder penal del Estado”. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1985.p.123.

de construcción del Derecho Penal y en concreto de la teoría jurídica del delito, desde la perspectiva de la política criminal.⁷⁴

De la misma manera en la obra de Muñoz Conde se ha señalado la paternidad de la perspectiva ideológica en comento cuando apunta que “la elaboración del sistema del derecho penal y el contenido de sus categorías no puede prescindir de las valoraciones político criminales en que está su base y ésta es la tesis fundamental que el maestro Claus Roxin nos ha enseñado a toda una generación de penalistas.”⁷⁵

En base a lo anterior nosotros tampoco podemos dejar de reconocer la importancia que para el derecho penal tiene la política criminal. Así pues, si vamos a estudiar la cuestión punitiva, ello implica considerar todo el proceso de criminalización, no solo el de la creación racional de las leyes, sino también el de aplicación de las normas, ello significa que la visión crítica de la política criminal no solo alcanza las normas (penales, procesales y penitenciarias), sino a las instancias concretas en las que actúan los operadores penales. Tener una ley

⁷⁴ Silva, Jesús Ma. “La política criminal en la dogmática”. En el libro homenaje a Claus Roxin. Bosch editor. Barcelona. 1997. p.17.

⁷⁵ Conde Muñoz F. “la objeción de conciencia en el derecho penal”. En el libro homenaje a Claus Roxin. Bosch edit. Barcelona. 1997. p.294.

racional y coherente es necesario, pero no suficiente, es menester que las instituciones y los agentes del sistema funcionen con coherencia con los principios político criminales que les dieron origen.

En base a lo anterior, y habiendo precisado el carácter insoluble entre derecho penal y política criminal habremos de establecer que si el derecho penal es el producto político criminal del Estado y que éste desde luego reproducirá la ideología que le sirva de sustento al modelo estatal creador, con relación a los temas torales del derecho penal : la ley –los delitos- y por otro lado las penas, tendremos que observar sus características: su estructura, su discurso y su forma de realización, para comprobar el respeto o la vulneración de los principios limitadores del poder estatal.

Así pues, en esa vinculación existencial – dialéctica entre derecho y Estado a través de la política criminal, encontramos que existe una correspondencia entre el modelo de Estado y el tipo de derecho penal, esta correspondencia se encuentra incluso en las categorías básicas del derecho penal, es decir desde la concepción misma de la conducta, en la tipicidad , en la antijuridicidad y en la

culpabilidad, categorías en las que dependiendo del margen de captación del poder punitivo y del margen de libertad que se pretenda conceder, se apreciarán mayores o menores espacios teóricos que a su vez concederán mayores o menores márgenes de libertad al individuo de ese Estado.

2.7 PRINCIPIOS EXTRASISTEMICOS (POLITICO CRIMINALES)

LIMITADORES DEL IUS PUNIENDI.

Siendo que el derecho penal es el ejercicio formalizado del poder punitivo, debemos aceptar que política criminal y derecho penal integran un binomio insoluble que se concretiza en el sistema penal. Ahora bien, también se puede percibir de manera clara que puede haber diferentes derechos penales, diferentes políticas criminales y por ende diferentes estados.

Al tenor de lo anterior advertimos que se pueden distinguir diferentes tipos de política criminal, dependiendo del tipo de Estado de que se trate, por la forma de funcionar del derecho penal detectaremos la ideología estatal y por ende el modelo a que pertenece.

Así pues, en esa realidad estatal, el poder punitivo es algo inherente al Estado, a la sociedad misma, es una amarga necesidad, que para bien o para mal es un fenómeno presente en las sociedades y no concebimos un tipo de sociedad en que ya no exista éste. Ante ello reconociendo su necesaria aceptación, lo que se ha venido realizando, con la pretensión del Estado de Derecho, es una forma de contención o de canalización, de tal suerte que éste pueda mantenerse dentro de los márgenes tolerables, reducirlo a límites racionales, o como los críticos dicen, siendo un poder irracional, mantenerlo dentro de los márgenes menos irracionales, aunque si bien esa es una pretensión discursiva de la modernidad, la ausencia de tales principios solo denota la existencia de un Estado policía.

En tales condiciones, se han ido desprendiendo criterios jurídico-político-filosóficos con los que se pretende conformar una especie de cauce donde el derecho penal pueda configurarse para que pueda corresponder a un Estado de Derecho.

En la mayoría de los trabajos al respecto se han incluido algunos criterios dentro de entre los que, sin pretender ser limitativo, a groso modo resaltan los siguientes:

- a) Principio de legalidad.
- b) Principio de intervención mínima.
- c) Principio de subsidiariedad.
- d) Principio de lesividad o de ofensividad.
- e) Principio de proporcionalidad.
- f) Principio de necesidad de la pena.

Principio de legalidad.- Ya en lo concreto, en la materia punitiva, el principio de legalidad es por obvia razón el principio nuclear de la existencia de la materia punitiva, la ley es la fuente de legitimación de la intervención estatal en la vida de los gobernados, ello se entiende en razón de la dureza de las consecuencias penales, las más duras del sistema jurídico, que incluso en algunos países desborda a la propia prisión, contemplándose en sus legislaciones la pena de muerte y en ciertos países de regímenes islámicos la mutilación, así pues, siendo el principio nuclear de la materia punitiva. Tal principio no puede

realizarse si no hay certidumbre en la ley, el principio de legalidad contiene cuatro consecuencias prácticas: la prohibición de analogía; la prohibición de retroactividad; el mandato de certeza y la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal a través del derecho consuetudinario.⁷⁶ El principio de legalidad se ve trastocado si en la ley no se puede identificar la conducta relevante penalmente en la que se eviten términos imprecisos y que las consecuencias jurídicas sean inciertas e indeterminadas. En resumen, el principio de legalidad implica certidumbre en el hecho y en la consecuencia penal.

Principio de intervención mínima. Con relación a ellos se dice que el derecho penal solo debe intervenir en los casos de los ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes.

Principio de subsidiariedad. Desprendido del anterior criterio, el de la subsidiariedad del derecho penal se refiere a que esta rama del derecho debe ser la última ratio del Estado y que ciertos comportamientos humanos habrán de pretender regularse con otros mecanismos jurídicos y sólo cuando estos fracasen se justificará la utilización del derecho penal.

⁷⁶ Roxin Claus denuncia esas cuatro consecuencias del principio de legalidad, en la obra "Iniciación al Derecho Penal de hoy" traducción de Muñoz Conde. Univ. de Sevilla. 1981. pp. 105 a 114.

Principio de lesividad o de ofensividad. Aun y cuando el autor español no lo maneja de esa forma, hoy día se reconoce que para que se justifique la intervención punitiva es menester que se haya dado un ataque a un bien jurídico, ya que sin ese presupuesto el derecho penal se deslegitimaría totalmente.

Principio de proporcionalidad. Con relación a la gravedad de las penas y a la idea de justicia que va inmanente en el derecho penal, a efecto de que no haya una hipertrofia cualitativa en la aplicación del derecho penal las consecuencias penales deben ser correspondientes y proporcionables con relación a la entidad delictiva y al bien jurídico afectado. En nuestro concepto inherente a este principio se encuentra el principio de culpabilidad, concepto que nutre la idea de la proporcionalidad y le da sentido y límite a las sanciones penales.

De manera más específica, Muñoz Conde establece que con relación a la intervención estatal, ésta debe estar completamente legalizada precisando una serie de garantías que deben ser respetadas en un Estado de Derecho, y que son:

garantía criminal; garantía penal; garantía jurisdiccional; y garantía de ejecución.⁷⁷

Desde otra perspectiva, igualmente importante Moisés Moreno ha precisado los principios rectores del Estado de Derecho, que de alguna forma establecen los límites al poder punitivo apuntando que los principios que establecen esos continentes de la potestad estatal son:

El principio de división de poderes, que como ya lo hemos abordado se refiere a la composición y funcionamiento de los órganos del Estado. Criterio del cual se desprenden los principios de reserva, que alude a las facultades determinadas con que cuenta cada órgano estatal; así como el de legalidad, que cada uno de estos órganos en su ejercicio de ese poder punitivo solo puede moverse dentro del marco de la legalidad que le fijan la Constitución y las leyes secundarias de tal suerte que se desea eliminar que se actúe a capricho o arbitrariamente.

⁷⁷ Cfr. Muñóz Conde F. y García Aram M., Edit. Tirant lo Blanch. 1993. Barcelona .pp. 63 y ss.

Igualmente se reconoce el principio de legitimidad, que justifica la existencia estatal como una manifestación de la voluntad popular, aspecto que sin duda le da el cariz democrático que se le atribuye al concepto moderno.

Finalmente, Moreno alude al principio de igualdad ante la ley, señalando que ésta debe aplicarse a todos sin distinciones de raza, sexo, religión o preferencia política.⁷⁸

Como lo podemos advertir los criterios limitadores del llamado *ius puniendi*, son al mismo tiempo orientadores del tipo del derecho penal que se desea conformar, es decir, son criterios que frenan al poder punitivo.

En torno a esa idea de que el derecho penal frena al poder punitivo, Raúl Zaffaroni expone lo que en su idea refleja al poder punitivo en la existencia estatal, asegurando que el Estado de Derecho coexiste con el Estado de policía, así mismo señala que el derecho penal funciona como un dique que entre las aguas de ambos estados contiene al poder punitivo de tal suerte que permite la sobrevivencia del Estado de Derecho, esto si funciona inteligentemente, es decir,

⁷⁸ Cfr. Moreno Hernandez M. Ob. Cit., p. 41.

que en su funcionamiento en el que se encuentran una serie de compuertas -que vendrían a ser las categorías del delito- estas funcionen de tal forma que permitan pasar solo el poder punitivo estrictamente necesario, de tal suerte que se mantenga dentro de los niveles de irracionalidad permisibles.⁷⁹

El Estado de Derecho, siguiendo los criterios limitadores del ius puniendi o como lo refiere Zaffaroni de la potencia puniendi y que hemos apuntado renglones anteriores, se encausa a la realización de dos ideas básicas: la libertad y la igualdad. La política criminal de un Estado de Derecho se fundamenta en esos dos principios por ello es que la actuación del poder punitivo debe frenarse mediante los principios antes apuntados.

Con relación a esos dos pilares del Estado de Derecho, el chileno Juan Bustos, quizás el penalista crítico que más acabada tenga su obra en nuestros días, ha señalado que con relación al principio de igualdad se trata de asumir que en una sociedad hay diferencias culturales y sociales, lo que obliga a su vez a una mayor profundización crítica de la desigual distribución del poder de definir,

⁷⁹ Nota: lo anterior lo expuso Raúl Zaffaroni en el Master de Derecho Penal que la Universidad de Barcelona imparte en La Universidad Autónoma Metropolitana en México. octubre del 2000.

con relación a ello señala como ejemplo la forma en que el poder penal se ha relacionado con las culturas indígenas o autóctonas, desconociendo y subyugando su cultura y por tanto su lengua y sobre todo sus formas jurídicas, así como también se ha relacionado al poder penal con los jóvenes, a los cuales se les ha aplicado una legislación propia al positivismo naturalista, que ha desconocido su carácter de persona.⁸⁰

En torno a la idea de libertad Bustos complementa su postura apuntando que no se puede arribar a la idea de libertad partiendo de desconocerla convirtiendo a las personas en meros instrumentos o sujetos a tutela, de ahí que el punto de partida no puede ser una separación entre buenos y malos, entre determinados al crimen y quienes no; sino se debe partir de una relación libre entre la persona y el Estado, en el sentido de que el Estado está al servicio de la persona y para su felicidad, es el reconocimiento del individuo como ente autónomo y por eso mismo de sus derechos y sus garantías. El Estado de Derecho está destinado a establecer el máximo de espacios de libertad de las

⁸⁰ Cfr. Bustos Ramirez. Juan. "Política Criminal y Estado" ensayo. Chile 1996. p. 4.

personas, por ello no solo la fuerza y la tortura contradicen la libertad, sino la forma en que se conciba la relación entre el Estado y la persona.⁸¹

Como ya lo referíamos, Bustos, a quien no solo admiramos sino con quien compartimos la visión crítica del Estado y del Derecho Penal, señala que se ha sustituido, por parte de la criminología crítica, el principio de igualdad por el de desigualdad, la igualdad, dice, es uno de tantos dogmas de la dogmática penal, no se trata de afirmar la garantía de igualdad, sino de elaborar el máximo de garantías posibles para que la desigualdad y la discriminación sea lo menos posible. En relación al otro de los pilares del Estado de Derecho, el ilustre chileno manifiesta que todos los sujetos son igualmente libres, son capaces de determinarse libremente y sobre ello se basa la idea garantista de la culpabilidad, sin embargo, señala que el principio de culpabilidad no es una garantía a la intervención punitiva; ésta solo se puede constituir a partir del reconocimiento concreto de las diferentes capacidades de respuesta de los sujetos frente a las exigencias del sistema y a una revisión de tales exigencias, que asumen sólo determinados valores e intereses.⁸²

⁸¹ Idem. p.6.

⁸² Cfr. Bustos Ramirez. Juan. "Control social y sistema penal". Impreso por Limpergraf, S.A. 1987. pp.21 y ss.

8. LA SITUACION ACTUAL DE LA JUSTIFICACION DE LAS PENAS Y SU FUNCION EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

La pena es el instrumento más severo (formalmente hablando) con que cuenta el Estado para hacer imponer sus normas jurídicas y su función depende de la que éste le asigne, la pena es pues, la forma más pura de la violencia institucionalizada, es decir es la forma en que el Estado aplica la violencia a través de las instituciones creadas para tal efecto. Ya habíamos apuntado que el derecho penal y por ende la pena son una amarga necesidad en una sociedad conflictiva como la que hoy por hoy y por siempre, ha sido la nuestra, de ahí que el sistema penal también sea una cuestión de necesidad social, y concebida que es la pena como violencia sobre las personas, es por ello que en la pretendida construcción del Estado de Derecho, se busque que esa violencia sea reducida a los márgenes mínimos necesarios, por ello es que de entrada se excluyen formas duras de la misma como la pena de muerte, buscando privilegiarse formas más blandas y alternativas de esa forma de reacción estatal, lo cual resulta lógico ya que si lo que se busca es combatir la violencia -al delito como tal- resulta

irracional en sí mismo el poder punitivo al ser la forma violenta de combatir a la violencia.

Siendo la pena el fenómeno más significativo y palpable del derecho penal, existe una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado. La pena es por ende una decisión política criminal, al igual que la ley misma.

En un derecho penal liberal a la pena se le atribuyó un sentido preventivo de los delitos, así mismo se le manejaba como la retribución del mal cometido con el delito, siendo estas justificaciones las que se desarrollaban predominantemente a lo largo de lo que se conoce como el derecho penal clásico.

En un Estado intervencionista las penas aún tenían esos mismos fines, sin embargo el carácter social del Estado le llevaba a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, siendo que la pena se vio como el reflejo de la lucha contra el delito, como un instrumento eficaz para combatir la creciente criminalidad, así mismo apareció el manejo de las medidas de seguridad como alternativa, pero subsistió la necesidad de la pena en los términos conocidos en el Estado liberal.

Ahora bien, en un Estado social y democrático de derecho se debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, atendiendo lo relativo a la prevención de los delitos como lo disponía el Estado social, debiendo entenderse como comportamientos dañosos los que vulneren bienes jurídicos, en atención a la que antes hemos llamado principio de lesividad u ofensividad, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad en la magnitud y naturaleza de las sanciones.

Con relación al carácter preventivo general negativo y positivo que hoy día es tópico de hartas discusiones en los foros más especializados de la materia, Santiago Mir Puig apunta, con relación al sistema penal español que: “ La constitución conduce a un derecho penal llamado a desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención general- sin perjuicio de la función de prevención especial a que más adelante me referiré-. Quiero subrayar que un Estado democrático ha de apoyar su derecho penal en el consenso de sus ciudadanos, por lo que a la prevención general no puede perseguirse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la

sociedad... Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el derecho penal de un Estado social y democrático de derecho: Junto al aspecto de prevención intimidatoria, debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora.”⁸³

Con relación a la función moderna de las penas, también Moreno Hernández señaló que si bien aun se sigue hablando del dilema político criminal entre un sistema retributivo y uno preventivo, explica que en su concepto, la función retributiva y la preventiva no necesariamente tienen que contraponerse, esa concurrencia de función o fines es factible si se toman en cuenta los diferentes momentos de intervención que tiene el derecho penal a través del ejercicio del poder que corresponde a cada uno de los órganos del Estado, que comprende desde el momento mismo de la conformación de las leyes hasta la aplicación concreta de las mismas, incluyendo a la ejecución de las resoluciones judiciales.⁸⁴

Es sin duda Claus Roxin, quien junto con algunos otros penalistas alemanes ha desarrollado las ideas de vanguardia sobre el particular exponiendo

⁸³ Cfr. Mir Puig Santiago. Ob cit. pp.30 y ss.

⁸⁴ Cfr. Moreno Hernández M. Ob cit. p. 146.

que “cada una de las teorías dirige su mirada unilateralmente a cada uno de los aspectos del derecho penal – la teoría preventivo especial a la ejecución; la idea de la retribución a la sentencia, y la concepción preventivo general al fin de las conminaciones penales.” Roxin apuntala las ideas anteriores creando una concepción nada fácil de comprender y que pretende amalgamar las teorías de las penas en una novedosa concepción que se distingue de la postura ecléctica tan contradictoria como tradicional, señalando que “ si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del derecho penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazados por la medida de la culpabilidad individual.”, precisando que se trata ésta de una “teoría unificadora dialéctica”, llamándola así por que acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis. Para un mejor entendimiento de la postura del jurista alemán éste señala “que la idea de la prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiariedad y culpabilidad, así como por la existencia de la prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad no justifica la pena en sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de la prevención general y en tanto no impida

que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de la prevención especial...”, reconociendo que llevarla a la práctica es una tarea que en gran parte tenemos por delante. La propuesta anterior ha sido replanteada por el propio especialista pero aún no se da un planteamiento que se haya reconocido válido y aceptado por la mayoría de la comunidad jurídico penal.⁸⁵

La situación de la justificación de las penas en la actualidad es un tema que como lo habíamos señalado al inicio del presente trabajo es un tema que a pesar de que llevar algunas décadas de reestructuración y de discusión, no se encuentra aun resuelto, por un lado subsiste el discurso prevencionista especial, evidenciándose el sentido positivo del mismo; por otra parte, se denota una tendencia preventivo especial, pero en sentido negativo. Los discursos y trabajos recientes, de los cuales hemos referido algunos de ellos, como lo apuntado aquí respecto de Roxin, Mir Puig y Moreno Hernández, aunque se dirigen a construir los fundamentos de las ideas preventivo generales en sentido positivo, en nuestro concepto aún no logran aterrizar del todo en una argumentación entendible que no implique una función meramente moralizante, que exacerbe

⁸⁵ Roxin Claus. “Sentido y límites de la penas estatal” en “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Edit. Reus. Madrid. 1976. pp. 11 y ss.

el normativismo a grados difíciles de entender y peligrosos para la construcción del tan anhelado Estado de Derecho en la concepción moderna que tanto hemos reiterado, siendo que al respecto el propio Ferrajoli, desde su garantismo penal ha percibido que las justificaciones del derecho penal han quedado satisfechas solo parcialmente en la cultura penalista, precisando que: “ Las justificaciones de la pena elaboradas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico y político han sido de lo más dispares, hasta el punto de que uno de los esfuerzos de los penalistas modernos, es el de poner orden entre las diferentes doctrinas y ofrecer con carácter preliminar una clasificación racional de las mismas.”⁸⁶

De cualquier forma, hoy día las penas son el punto de reflexión o de partida metodológica para la estructuración de una dogmática penal que se vincule así como la realidad que pretende regular, reformulándose la cuestión de la dogmática penal tradicional en razón de cuestiones estrictamente político criminales como el merecimiento y la necesidad de la pena e incluso el alcance de la exigibilidad del Estado a través de las penas, siendo así que en este momento la disputa teórica se encuentra candente con relación al replanteamiento de la cultura penal.

⁸⁶ Ferrajoli Luigi. “Derecho y razón” (teoría del garantismo penal). Edit. Trotta. Madrid. 1998. p.253.

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DE LA ESTRUCTURA Y OPERACION DEL SISTEMA PENAL

3.1 PLANEACION Y OPERATIVIDAD.

Poder y control social.- Una de las características más significativas del Estado, si no es que la más importante lo es la cuestión del poder. Aún y cuando el poder social se puede manifestar de diversas formas, el poder político que es el que nos interesa en este estudio se refleja en la autoridad y en las instituciones políticas, y éste puede asumir diversas manifestaciones, pudiendo encontrarse aplicando por medio de la violencia franca o disfrazado en instituciones e ideologías declarativamente no represivas.

Aplicando el poder, éste se legitima y se legaliza por medio de argumentos tales como la seguridad jurídica, la supervivencia del sistema a través del discurso jurídico penal en general y el conjunto de autoridades políticas que confluyen en el Estado, es que se presenta una muy especial configuración

estructural compuesta por una diversidad de sistemas avocados a áreas políticas específicas.

En el área del control social es donde nos interesa conocer esa estructuración del poder social, que de manera formal es declarativamente punitivo, es decir, es la parte represiva legalmente establecida.

En tales condiciones el sistema que se avoca al área represiva del Estado es el que se encuentra integrado por los cuerpos legislativos, policíacos, magisteriales y ejecutivos de las penas, los cuales constituyen la esencia estructural del sistema penal.

Podemos afirmar que el Estado, al presentar diversos estadios o niveles de distribución de poder, también refleja esa distribución en sus sistemas específicos que lo componen, o por lo menos en el sistema penal así se percibe.

En efecto, el sistema punitivo se ve conformado por instituciones y procesos que están estrechamente vinculados con la administración del poder estatal, en sus ámbitos Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La distinción de cada uno de esos niveles de poder resulta de suma importancia para la comprensión del sistema penal y aunque las características y funciones sustanciales del sistema se encuentran ya anunciadas discursivamente en la ideología penal, conocer su composición permite una mejor comprensión de su operatividad.

Ahora bien, aún y cuando hay una amalgama de instituciones políticas en el funcionamiento del sistema punitivo, la estrategia del funcionamiento de esta área estatal se encuentra elaborada exclusivamente por juristas (y criminólogos como especialistas de apoyo ideológico), y tales son portadores de una ideología jurídica tradicional y su pensamiento parece estar atado a una concepción del sistema de naturaleza exclusiva y eminentemente jurídica.

3.2 EL DISCURSO JURIDICO DEL SISTEMA PENAL

Con relación a la confiabilidad del producto jurídico y el estado del discurso de tal naturaleza, se ha escrito que "el hecho de que los juristas en la actual fase del desarrollo de la ciencia penal, no hayan llegado siquiera, en la generalidad de los casos, a situarse en condiciones de recibir la ideología racionalizante preparada por las escuelas sociológicas liberales contemporáneas,

no significa tanto que ellos hayan ejercido un control crítico de esta ideología y la hayan por ello rechazado, como que se han quedado atrás del desarrollo de la ideología burguesa, siendo todavía portadores de la ideología del ayer...".⁸⁷

En efecto, al echar un vistazo al sistema penal no podemos dejar de advertir que su construcción ha sido obra de juristas con el apoyo de criminólogos tradicionales, los cuales conjuntamente han configurado un modelo penal integrado, que a los ojos de las nuevas teorías sociológicas se concibe como un retraso por no haber considerado su enfrentamiento con la nueva ideología llamada racionalizante.

En la enciclopedia penal con que hoy contamos, encontramos dos enfoques polarizados, el enfoque tradicional que se compone de la ideología del jurista, denominado por algunos como idealista; y el enfoque materialista o político económico, que parte del estudio de la función histórica del derecho penal y el sistema de control social que de él deriva, respecto de la conservación y reproducción de las relaciones sociales desiguales.

⁸⁷ Baratta, Alessandro. Ob.cit. p.152.

La postura idealista tiene su núcleo en las teorías de la pena y es soportada por toda la cultura jurídico penal. Mientras tanto, el enfoque político económico es racionalizado a partir de las teorías liberales contemporáneas hasta llegar a la criminología crítica que constituye un campo muy vasto de discursos dentro del pensamiento criminológico y sociológico, en el que se desplazó la atención del comportamiento criminal a la función punitiva y al propio derecho penal, así como a los mecanismos selectivos de criminalización.

Dentro de la tendencia crítica se concibe al sistema penal como un instrumento de clases al igual que lo son otras instituciones como la familia, la religión, etc., y se le ha nombrado inclusive un medio de socialización sustitutivo, en virtud de que sale a relucir cuando los primarios u originales no han podido contener o neutralizar a los sujetos potencialmente susceptibles de ser definidos como delincuentes.

Con relación a la postura conservadora, en el desarrollo del discurso jurídico crítico, se ha señalado también que las tesis patológicas en que se inspiraban el positivismo criminológico tienen una función conservadora y racionalizante del sistema penal.

La función racionalizadora del positivismo criminológico se da con su concepción abstracta de la sociedad, proponiéndola como un bien, y a la desviación o criminalidad como un mal, y esto conduce a estimar al sistema penal como legítimo y a la reacción social como necesaria; y consecuentemente al derecho penal y al sistema encargado de aplicarlo como un instrumento de bien común.

Es por eso que frente al carácter acrítico del derecho penal el enfoque materialista hace del mismo instrumento jurídico el objeto de indagación y no el punto de partida, presentando a la ciencia social como una función no auxiliar, sino crítica.

El esfuerzo de los juristas por encontrar cierta congruencia y una justificación más o menos lógica respecto de los fines del sistema penal, han conducido a vincular las distintas teorías de la pena, empero su resultado, incluso desde el propio discurso interno del derecho penal ha sido incapaz de llevarlo hacia la objetividad del conocimiento y concepción del sistema represivo en cuestión.

Para los reaccionarios del romanticismo, las teorías de la pena no han llegado a explicar la introducción de formas específicas de castigo en el conjunto de la dinámica social, y más aún, se acusa al discurso jurídico penal de falso y de incapaz de sostenerse en virtud de que su arsenal de ficciones se ha desgastado al máximo y no presenta más alternativa que la de su propio discurso.

Al respecto, y dentro de esa corriente originada por la incapacidad de lograr una superación del discurso jurídico, Zaffaroni señala que en la Criminología de nuestros días es común la descripción de la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en la que los discursos jurídicos penales presuponen que operan, y explica que la programación normativa se basa sobre una "realidad" que no existe y el conjunto de agencias que deberían llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente.⁸⁸

Y en efecto, ante los aportes de las teorías de la reacción social, y con el enfoque materialista del sistema de justicia se evidencia no sólo la complicidad en la ideología penal tradicional, sino también una mistificación y perversidad de su

⁸⁸ Zaffaroni E. Raúl. "En busca de las penas perdidas". Edit. Temis. Bogotá, Col. 1990. pp.4 y ss.

discurso, puesto que en un examen superficial de su operatividad resulta indiscutible que no hay correspondencia entre lo planeado por los penalistas, ya que los vínculos conceptuales peligrosidad-rehabilitación, culpabilidad-responsabilidad, y las extrañas mixturas que se han dado a nivel teórico, al examinar el sistema punitivo no pueden sustentar pragmáticamente los efectos de su aplicación.

En el discurso no se conciben cuestiones como la selectividad del sistema, la reproducción de la violencia, la concentración del poder, y otros fenómenos sociales negativos, los cuales son características estructurales del sistema, y esas cuestiones dejan de ser ignoradas en el panorama crítico, sometiéndose a reflexión metodológica, reflexión que abarca al propio derecho penal.

Bajo esas premisas ideológicas el enfoque del estudio del sistema penal se ha desplazado del estudio del delincuente y de la ley, así como de las finalidades de la pena, al estudio de los mecanismos de control social y los procesos de criminalización. Siendo en esas condiciones que se presenta la actuación específica de cada una de las agencias penales.

3.3 LOS EJECUTORES DEL SISTEMA PENAL

Ya hemos precisado que en la dinámica de la operación del poder punitivo se van desarrollando procesos de selección criminal en dos diversos momentos: uno formal y abstracto y otro fáctico y concreto, que conforman los llamados procesos de criminalización donde los actores del mismo son reconocidos como los ejecutores del sistema.

A.- Los criminalizadores primarios. Echando un vistazo en la construcción del sistema penal, encontramos inicialmente que dentro del engranaje del Estado existe una agencia institucional que formalmente tiene asignada la función de crear las leyes. Organizativamente se concede el poder de creación de las normas penales (y en general de todas las materias) a cuerpos especializados en tal fin: las cámaras legisladoras.

En este sector de creación de leyes el propio esquema legal fundamenta las funciones del legislador de manera genérica y de manera excepcional la intervención de algún elemento ajeno a ese, que por su naturaleza es el encargado originario de tal función.

Habíamos apuntado ya que al procedimiento penal (que concebido genéricamente se le entiende desde el momento de la creación de la ley hasta el momento del cumplimiento de una pena) es considerado como un proceso de creación de la realidad criminal, como un proceso de criminalización, percepción que se hace bajo la influencia de pensamientos de índole sociológico jurídico, que en su desarrollo teórico han llegado hasta las posturas de la llamada nueva criminología o criminología crítica en que se desjuridiza el estudio del sistema penal y del derecho penal mismo, siendo por ello que se le denomina a este primer agente del sistema penal -el legislador- como el criminalizador primario. Dentro del lenguaje de la comunidad estrictamente jurídica a ese proceso de criminalización antes referido le podríamos denominar un proceso de creación de la realidad delincencial, caso en el cual al legislador penal le correspondería de cualquier modo ser el primero en entrar en la escena de la representación penal creando las figuras y reglas que se deberán seguir en el funcionamiento del ejercicio punitivo estatal.

B.- Los criminalizadores secundarios. Estos personajes son los otros los protagonistas del escenario penal a los que les toca echar a andar el proceso de aplicación de las normas y ejecución de las penas. A éstos actores de la escena

penal les corresponde la indagación de los hechos delictivos, su sometimiento a la decisión judicial y la ejecución de las sanciones impuestas, desplegando una actividad en la que se supone la concretización de los postulados legales creados con antelación y dirigidos políticamente.

Dentro de esa etapa y función se localizan a los agentes policíacos, el Ministerio Público, el Juez y las autoridades carcelarias, quienes se encargan de ejecutar dentro de su marco de actuación legal, las normas jurídicas que les corresponden y cuya actuación se torna esencial en razón de que su contacto con la realidad es inmediato y supone el reflejo del modelo de justicia planeado, mismo que de hecho puede distar mucho del programa legal concebido y el discurso oficial al respecto. La actuación de estos agentes del sistema es determinante no solo en el modelo de justicia ejecutado fácticamente, sino también en el resultado de ese proceso de criminalización y selección de los individuos que han de someter al poder represivo del Estado.

3.4 LA LEY COMO BASE Y ORIENTACION DEL SISTEMA PENAL.

Ya habíamos apuntado que para conocer el funcionamiento del sistema penal no basta echar un vistazo a la ley, ya que conocer un perfecto cuerpo legal no nos haría caer en la conclusión que el sistema legal se cumple fielmente, de que la ley se realiza de manera automática, esto es, una ley no se realiza en sí misma sino que ha de complementarse con el componente de realidad en el entorno de su aplicación. Aún con tal observación se ha concentrado a tal grado el estudio de la ley que se ha conducido a un dogmatismo extremo, alejado de aspectos fácticos esenciales.

Como ya lo habíamos referido, hoy día no son pocos los que manifiestan su preocupación por superar el dogmatismo inmanente que ha caracterizado a la ciencia jurídico penal y se propugna por incorporar a la misma los conocimientos empíricos que aporta la moderna política criminal.

Estudiar la ley bajo una perspectiva dogmática, intrasistemática y cerrada, como un fin realizable en sí mismo se estima en esta época un esfuerzo estéril, de tal suerte que con la apertura del horizonte de proyección del nuevo penalismo se

concibe a la dogmática como un instrumento útil que sirve a fines político criminales, despojándola de su carácter absoluto y exageradamente encerrada en sí misma. A la dogmática hoy día se le reconocen como valores de deseable realización dos principios básicos propios de un sistema penal moderno: la certeza del derecho y la seguridad jurídica.

En efecto, para realizar un estudio completo y serio del sistema penal, como subsistema de gobierno, no basta con estudiar sus cuerpos legales y la estructura de sus normas, ello conlleva un estudio político criminal lo que abarca todos los aspectos que se encuentran implicados en el proceso de criminalización (que comprende desde que se crea una ley que establece un tipo delictivo y una sanción, hasta que se cumplimenta una pena). Ello entraña el estudio de las leyes, pero también de las instancias en que los agentes u operadores del sistema realizan su función y la ejecutan, es decir su actuación en el propio proceso de creación de las leyes, en la fase de investigación y "persecución" del delito, la etapa judicial y la instancia ejecutora de las sanciones.

De lo anterior podemos colegir que el estudio del sistema penal es bastante amplio, podríamos decir que se trata de un universo especial del sistema de

gobierno, en el cual la ley que le da vida es la parte fundamental, pero no la única, es la parte del mismo que lo sustenta y delinea sus directrices, que establece sus características y componentes y así mismo define sus procedimientos de acción en sus distintos niveles. La ley en un Estado es fundamental, pero en un Estado en el cual el principio de legalidad es una directriz declarada constitucionalmente, adquiere mayor preponderancia, como principio formal y como directriz de la construcción y operación del sistema.⁸⁹

Así podemos inferir que la ley en el sistema penal es la parte esencial del mismo en razón de que en su construcción y operación se le pueden atribuir los siguientes méritos:

La ley establece los procedimientos de creación de la misma y los órganos que intervienen en éstos en los distintos niveles operativos.

La ley también establece ya en la materia en particular, las reglas genéricas de la aplicación de la misma, así como los supuestos en los que el Estado reacciona en defensa del orden social: el establecimiento de los delitos en

⁸⁹ El principio de legalidad se encuentra consagrado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

particular; y principalmente las formas y alcances de su reacción contra los autores de la realización de esos supuestos legales: las penas propiamente dichas.

La ley también establece las distintas instancias del Estado que se encargaran de la aplicación de la ley penal, de las etapas de su aplicación, los ejecutores de la ley en cada una de ellas y las facultadas de cada uno de éstos.

La ley se encarga también de establecer los procedimientos de concretización de la acción punitiva, desde las etapas indagatorias, hasta las ejecutivas de las sanciones individualizadas.

De todo lo anterior se advierte que la ley es la columna vertebral del sistema penal, pero no el sistema penal en sí, es la formadora, integradora, orientadora del mismo, pero no su realizadora.

Respecto a la relación que guarda la ley penal con el sistema penal se ha dicho que ésta es la que señala el ámbito dentro del cual el sistema penal, del que forma parte puede operar, pero en muchas ocasiones opera con una orientación

propia y diferente.⁹⁰ Esa alusión de la incorrespondencia de la ley y la forma en que se aplica es verificable solo si se estudia su puesta en marcha en las distintas instancias del sistema punitivo y será útil solo para advertir la legalidad en la actuación del sistema penal pero no sus bondades o intransigencias, así como también para la superación de su estudio dogmático cerrado y percibir en abstracto la reacción formal de la comunidad jurídica frente a ciertos fenómenos sociales y su verificación pragmática al ponerse en marcha.

En otra forma de aludir la importancia de la ley en el estudio del sistema penal, hemos de apuntar también que la ley es el factor del cual depende la estructura del propio sistema y sobre todo las líneas políticas adoptadas por el Estado. Una ley penal es producto de una decisión político criminal; de ahí que conocer el esquema legal resulta esencial para iniciar el análisis del sistema punitivo puesto que en él se encuentra delineado el programa de realización del tipo del sistema que se desea y ello desde luego refleja características del Estado que lo impone.

⁹⁰ Cfr. Zaffaroni E.R. Ob. cita. p. 37.

En otro sentido y aunado a lo anterior debemos precisar que la ley es reconocida como la fase inicial o primaria del proceso general de criminalización, ya que en la construcción de la realidad delincinencial (o realidad criminal, en correspondencia con la referencia del tipo de proceso mencionado), con la ley se da la primer forma y etapa de criminalización, al seleccionar a través de ella ciertas "conductas" que se consideran relevantes penalmente por su dañosidad social y así establecer una calidad y sanción para sus realizadores.

Resulta oportuno acotar aquí que en esa criminalización primaria como se suele percibir a la ley penal, no siempre se ha dado, desgraciadamente, una selección de conductas, ya que para nadie es desconocido el hecho de que la legislación penal también ha dado a la luz un fenómeno de retroceso científico y social, los tipos de autor, en una franca manifestación de la voluntad estatal (dado que como lo decíamos antes la ley es una manifestación de la voluntad estatal), de castigar personalidades y no conductas de manera exclusiva, contrariando la propia esencia del derecho, de tal modo que se han dado ejemplos históricos aberrantes como el delito de Vagancia y Malvivencia que aún siguen vigentes en algunos sistemas penales estatales, que lejos de seleccionar conductas como se supone debe ser, se seleccionan autores o personajes sociales de tal forma que se

conforman sistemas legales o modelos de justicia denominados: Derecho Penal de Autor, sistemas estimados como una corrupción del Derecho Penal en los que no se sanciona un acto, sino una forma de ser, es decir no tanto al robo, sino a la calidad de ser ladrón.⁹¹

De las anteriores consideraciones se pone en evidencia la enorme importancia que tiene la ley misma en la construcción y operación del sistema penal y por ende constituye el punto de partida respecto del cual se habrá de analizar la operación del sistema penal, la verificación de sus directrices y la realización de sus postulados.

3.4.1 CREACION DE LAS NORMAS PENALES.

El sistema penal tiene su sustento en la estructura normativa, las normas jurídicas de carácter penal son la forma inicial de reacción estatal en contra de la

⁹¹ Zaffaroni .Ob. cit. p. 74.

desviación que provoca desorden e inestabilidad social. La norma punitiva es la prevención legal con consecuencias relevantes para quienes son aplicadas.

Es importante en este momento reiterar la existencia de esos dos distintos niveles de reacción estatal contra la delincuencia y por ende dos niveles de operación del sistema punitivo. Por un lado, observamos el nivel normativo, o sea al nivel al que nos referimos cuando hablamos de la creación de un marco jurídico. De la misma forma encontramos un segundo nivel, que es el fáctico, o sea el de la aplicabilidad del marco legal programado, o por lo menos del intento o la justificación de tratar de realizar los ideales de la programación jurídica aludida.

Así pues, ubicándonos en el primer nivel, es decir, en el marco normativo, podemos señalar que la creación de las normas penales es sumamente importante en virtud de que todo el discurso jurídico deberá encontrarse reflejado en ellas y en el conjunto de instituciones que habrán de componer el llamado "sistema de justicia", determinando al mismo tiempo el marco en el que habrán de funcionar y por lo tanto se supone que el legislador, al crear las normas penales condiciona el accionar de cada una de las agencias del sistema punitivo.

A pesar de la importancia que tiene para el sistema penal el nivel legislativo, es común que al hablar del sistema punitivo se entienda que se alude exclusivamente a las instituciones jurisdiccionales y administrativas que también lo componen, y esto nos parece un efecto normal del dogmatismo de la ley al considerarla como la verdad incuestionable ajena a toda crítica y conflicto social, concediéndosele como algo bueno por ser útil, sin hacer una valoración de su funcionalidad y contenido ideológico, resultado que al concebir la ley se le ve como una mera imaginación de lo que debería ser⁹²

Debemos entender que si bien es cierto que es reconocido generalmente que no hay correspondencia efectiva entre la "benevolencia" de la ley y su resquebrajamiento en la praxis, esto no se debe, como lo señala Zaffaroni a una maquinación de algunas mentes perversas, sino que es resultado de un compromiso político del creador de éstas y de todos sus aplicadores⁹³, amén de que igualmente resulta que su irrealización en muchos casos se debe a que el mismo marco legal presenta fugas en el control de la actuación de sus ejecutores.

⁹² Sandoval Huertas Emilio. "Sistema penal y criminología crítica" Edit. Temis. Bogotá Col. 1, 1989. p. 10.

⁹³ Cfr. Zaffaroni E. Raúl. Ob cit. p. 63.

Con relación a ello, podemos señalar que la ley sin duda es producto de una decisión política y como tal, se encuentra comprometida con la conciencia social predominante, y por lo tanto, la ley supone una aspiración que se ha manejado dentro del marco ético, que desde luego no se realiza de manera mágica. Al respecto, Lolita Aniyar de Castro menciona que "el legislador no tiene más que una suposición del sistema y sus efectos sociales, suposición que es diferente a la realidad..y además es una concepción tendenciosa por el compromiso ideológico en el que se ve nacer".⁹⁴

Así pues, podemos establecer que la ley penal y su aplicación; la ideología penal y la eficacia de las normas, son dos momentos que han de distinguirse, pero para conocer su realidad es necesario tomarlos como una unidad. Esta unidad ha sido concebida desde el plano ético, ajena a otro tipo de consideraciones y a ello se ha atribuido la crisis y el fracaso del sistema penal.

Generalmente las exclamaciones de los idealistas respecto de la etapa crítica del sistema penal se debe en parte a que han advertido una desconexión entre el derecho penal y la realidad que vivimos, lo cual corresponde con la figura

⁹⁴ Aniyar de Castro L. "La realidad contra los mitos". Universidad de Zulia. Maracaibo. 1982. p.219.

crítica, sin embargo, los tradicionalistas se han limitado a hacer notar que "los preceptos jurídicos se encuentran históricamente retrasados respecto de las exigencias de una sociedad moderna y las elaboraciones teóricas continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas".⁹⁵

Bajo esa postura se atribuye el fracaso de la justicia penal a la modernidad y a la vertiginosidad de la vida social, así como a la elasticidad y rigor del derecho. En tales condiciones se señala que el derecho es obsoleto e incluso se erige como un verdadero obstáculo al cambio social.⁹⁶

Los juristas de nuestro medio, sin concebir a la ley como un instrumento de control social, que se encuentra imbuida de una determinada ideología que predomina en el grupo social, han adoptado un discurso que justifica la ineficacia de la ley penal aduciendo que en la actualidad cuando se presentan momentos de transformación social tan rápidos, lo que más se consigue es que cuando el legislador se percata de que la norma ha quedado obsoleta, intente una

⁹⁵Cfr. Moreno Hernandez M. "Breves consideraciones en torno a la reforma penal sustantiva de 1984" Inacipe.

⁹⁶ Cfr. Novoa Monreal. "El derecho como obstáculo al cambio social". Siglo XXI. 1987. pp. 20 y ss.

modificación de ella, pero esta modificación se realiza tan lentamente que al momento de entrar en vigencia ya se encuentra retrasada y las nuevas circunstancias vuelven a convertirla en definitivamente obsoleta, por lo que al repetirse el procedimiento se volverá a presentar el mismo fenómeno, "por lo que aún cuando el legislador camine a saltos en su andar legislativo siguiendo los caminos y criterios de costumbre, la ley marcha a la zaga de los avances sociales".⁹⁷

Aún y cuando parezca que la lentitud de la ley se convierte en un verdadero obstáculo al cambio social, tal concepción es muy superficial en razón de que a pesar de que el proceso legislativo resulta lento (en algunas ocasiones y de manera excepcional y convenientemente al sistema demasiado rápido) no es la velocidad de su cambio lo que ha de entenderse como un obstáculo social; si no que es precisamente su composición de normas rigurosas e incuestionables, y su funcionalidad política lo que convierte en un obstáculo al cambio social.

⁹⁷ Moreno Hernández M. Ob. Cit. pp.2 y 65.

Así pues, ante tal inquietud, es obvio que para cuestionar el funcionamiento del derecho penal resulta imprescindible preguntar antes ¿cuál es su función en la sociedad?

En la bibliografía jurídica se habrá de encontrar invariablemente que el derecho tiene como objetivo principal el proporcionar seguridad jurídica a la ciudadanía, esto es, custodiar legalmente a los individuos y a los bienes jurídicos más importantes mediante sus formas de reacción coactivas por parte del Estado.

Con relación con ello, los juristas afirman que la seguridad jurídica que provee el Estado para tutelar bienes jurídicos, al mismo tiempo puede concebirse como el aseguramiento de la coexistencia, es decir de lo social.

En esta división de objetivos de la ley al argumentarse que por un lado se procura la seguridad jurídica y por otro la defensa de la sociedad se presenta una confusión natural que se ha procurado esclarecer señalando que la defensa social pretendida por la ley bien entendida, no puede ser algo distinto de la

seguridad jurídica, salvo que se entienda a la primera en sentido organicista o antropológico y a la segunda como un concepto puramente formal.⁹⁸

Cualquiera que fuese la idea sobre el objetivo de la ley, sea la seguridad jurídica o de la defensa social, en la cultura jurídica o de la defensa de la sociedad; éstas dos y en cualquier otra idea que se tenga habrá de resultar una concepción estrictamente ahistórica, es decir, ajena a cualquier cuestionamiento sobre la naturaleza sociopolítica de la ley siendo que esa visión jurídica soportada por los aportes de la criminología positivista resulta sumamente cuestionada cuando se enfrenta a los aportes del sendero crítico.

Como ya lo habíamos expuesto, en el momento de estudio crítico del derecho penal la atención se desplaza del comportamiento desviado hacia los mecanismos de control social de éste y hacia los procesos de criminalización.

Habíamos expuesto también que en la crítica del sistema penal, no se considera a éste como un sistema estático de normas, sino como un sistema de funciones en el que se distinguen tres mecanismos. El primero, el de producción

⁹⁸ Zaffaroni E. Raúl. Ob. Cit. p.53.

de normas; el segundo, el de aplicación de normas; y el tercero, el de ejecución de las sanciones.⁹⁹

La ley es, en consecuencia, el producto del primer mecanismo de criminalización y bajo esa perspectiva el proceso legislativo es la iniciación formal de la criminalización social. Es en este orden de ideas que frente a la postura de los idealistas, el derecho y la ley son presentadas de una manera totalmente diferente, destacándose que por principio de cuentas el derecho no defiende ni se aplica a todos, y por ende de los bienes que defiende (en sociedades desiguales) y los castigos que aplica son desiguales y parciales. Además de ello, se destaca que la ley penal no es igual para todos y que los estatus criminales se distribuyen de modo desigual.

La crítica del derecho penal se dirige básicamente al mito de que el derecho penal, o sea la ley penal, es igual para todos, contradiciendo la concepción tradicional de la ley; y que si bien mediante la ley se expresa una igualdad formal, en la realidad social hay una absoluta desigualdad sustancial de los individuos y esa contradicción es palpable en la elaboración legislativa que se ha calificado

⁹⁹ Baratta A. Ob.cit. p.168.

como un producto de la sociedad burguesa que indiscutiblemente habrá de responder a sus propios intereses.

En la postura materialista se menciona que tomando como base las cuestiones socioeconómicas de la cultura burguesa, se ha advertido que la función de la ley es la de producir y reproducir las relaciones sociales de producción, apoyándose esa idea cuando se detecta el funcionamiento selectivo y estigmatizante del sistema de aplicación de la ley penal.

En el estadio legislativo es donde inicialmente podemos observar una bipolaridad óptica del sistema punitivo y aunque frente al discurso tradicional del derecho penal se presenta un campo extenso y heterogéneo de pensamientos criminológicos, es importante poner en evidencia la naturaleza teórica en que se encuentra sustentada la ley y cuáles son los distintos enfoques alternativos que quizá nos proporcionen un punto de partida que nos permita tener una mejor comprensión del resto de las agencias componentes del sistema penal.

3.4.2 LA LEY EN LOS MODELOS SOCIOLOGICOS.

Al sistematizar las teorías sociológicas y criminológicas se ha podido destacar la función de la ley frente a los individuos y la propia sociedad, resultando que en atención a esas relaciones se han podido distinguir tres modelos conceptuales básicos: el consensual, el pluralista y el conflictivo.¹⁰⁰

A). En el modelo consensual se concibe a la sociedad como una estructura estable y su funcionamiento se funda luego entonces sobre el consenso de la mayoría respecto de ciertos valores que son generales, y podemos darnos cuenta de que la postura idealista del sistema penal se basa en la idea de un modelo social consensual, en el que la ley supone el reflejo de la voluntad colectiva suponiéndose también que es igual para todos, estableciéndose que quien viola la ley es una minoría social, la cual debe de tener algún elemento común que los diferencia de la mayoría que si está de acuerdo con la estructura social. Tal carácter diferencial de la minoría ha sido manejado como el carácter peligroso de determinados entes sociales.

¹⁰⁰ Pavarini M. Ob cit. .p.93.

B). A diferencia del modelo consensual, el modelo pluralista reconoce la existencia de una multiplicidad de grupos sociales que tienen intereses diferentes entre sí, y que incluso generan conflictos. En este modelo la ley existe en virtud de que no hay ningún acuerdo general entre lo justo y lo injusto, por lo que la ley tiene una naturaleza exclusivamente técnica y es neutral.

En este modelo la ley no es un valor o resultado de una valoración consensual, sino un conjunto de reglas neutrales que se legitima porque trata de resolver pacíficamente los conflictos.

C). La interpretación conflictiva de la sociedad señala que la sociedad es una entidad en permanente cambio, y la ley es un elemento coercitivo y represivo, es decir, un instrumento por medio del cual los grupos dominantes logran imponer sus intereses, y en la ley sólo se representan los intereses de quienes tienen el poder de producirla y su utilidad es la de establecer las condiciones para conservar y acrecentar el poder.

Bajo esas interpretaciones de la ley y la sociedad, se erige el sistema punitivo general, y medularmente podemos aseverar que la concepción bipolarizada a la que nos hemos referido en repetidas ocasiones, podemos

comprenderla bajo los extremos teóricos de los discursos consensuales y conflictivos, en el discurso tradicional basado en la consensualidad de la ley y la comunión de los intereses protegidos por ésta no debe seguir sosteniéndose si se requiere realizar una comprensión racional del sistema punitivo de control social.

3.4.3 LOS CREADORES DE LA LEY.

Ahora, echando un vistazo a la construcción genérica del sistema penal encontramos inicialmente que dentro del engranaje del Estado y particularmente del sistema penal existe una agencia institucional que formalmente se encuentra asignada a la función de crear las leyes. Organizativamente se ha distribuido el poder de creación de las normas penales en cuerpos especializados para tal fin (las Cámaras Legisladoras).

De conformidad a la estructuración formal de los cuerpos legislativos, el propio esquema jurídico fundamenta las funciones del legislador, sin embargo y pese a que formalmente ésta es una atribución exclusiva del sector estatal especializado, de manera sistemática se advierte que la función de legislar no está

desempeñada exclusivamente por los cuerpos creados y mantenidos para tal efecto, por lo menos de manera teórica, sino que se advierte que hay una injerencia permanente de un ente estatal diverso (generalmente el Poder Ejecutivo), quien además de realizar tareas legislativas políticamente todavía tienen gran influencia sobre el poder legislativo.

Ante el fenómeno apuntado de la invasión de poderes, se ha dado por denominar al poder ejecutivo (particularmente al representante del poder) como un legislador extraordinario de facto.

Este fenómeno de invasión de poderes por parte del poder ejecutivo no es exclusiva del área legislativa, la concentración en el poder ejecutivo, concretamente en la figura del Presidente ha dado pie a denominar a un sistema político con tales características como un sistema presidencialista.

A pesar de la distinción de los diferentes estadios, resulta fácil advertir que generalmente el poder político se encuentra monopolizado por el representante de uno solo de esos niveles y no falta quien estime que un Estado sustentado en tales bases no puede dejar de ser autoritario, puesto que un solo poder se guarda para sí

la dirección y el ejercicio de las cuestiones más importantes en materia política, económicas, etc. y no se circunscriben a invadir solamente el ámbito legislativo.

Más adelante referiremos las particularidades características del sistema político y punitivo que nos concierne directamente, procurando señalar las bases del poder punitivo estatal y las condiciones reales de su operatividad, no sólo en nivel constitucional, sino en el conjunto de agencias penales.

3.5. INICIO FACTICO DE LA MAQUINARIA PUNITIVA.

Una vez que se ha instrumentado la criminalización de iure, el sistema penal se integra también de una agencia que inicia la criminalización de facto, agencia que se compone de elementos que intervienen de manera importante en la criminalización de individuos y comportamientos, mediante la aplicación de las normas penales.

Con la criminalización primaria, es decir, con la creación de las normas penales ya se han sentado las bases sobre las cuales se habrá de desarrollar el sistema penal y su existencia y forma de operación constituyen un todo que se compone de distintos e identificables procesos de la actividad social.

Con posterioridad a la creación de la ley, la operación fáctica de la actividad criminalizante por parte del Estado se inicia con la participación de una agencia de carácter administrativo integrada por elementos policíacos y por la institución encargada de formalizar del inicio del proceso criminalizante, el Ministerio Público.

3.5.1 EL SECTOR POLICIAL

Tradicionalmente se concibe a la policía como la agencia encargada inmediatamente del respeto a las leyes y el orden público. De cualquier forma que se le conciba, la policía, dentro de los ejecutores de control social punitivo, es el órgano estatal que directamente se enfrenta contra la colectividad.

La actuación del órgano policial se inicia regularmente con la exteriorización de una queja particular, de manera oficiosa o por instrucción de sus superiores o funcionarios judiciales. Sin embargo, cualquiera que fuese la naturaleza de la iniciativa de la actuación policíaca, éste es el punto de partida materialmente hablando, de un proceso criminalizante, y como tal tiene una importancia vital para el funcionamiento del sistema en general, en atención a que

teniendo un contacto directo con la comunidad cuenta con un amplio poder de decisión sobre las personas que habrán de ser capturadas y sometidas al sistema.

Debemos tomar en cuenta que la función represiva de la policía no se limita a la realización de la mera aprehensión de las personas, sino también se le dan atribuciones dentro de la investigación realizando interrogatorios (inclusive torturas y otros abusos) de tal modo que de la eficacia de su actuación depende la buena marcha de las posteriores instancias controladoras.

Respecto de la interrogante de como la policía aplica ese poder de decisión de su accionar criminalizador se ha escrito que: "los funcionarios policiales, independientemente de los textos legales y como todos los demás aplicadores de normas, se ven enfrentados a un conjunto de riesgos y posibilidades acerca de sus propias condiciones materiales, según se apliquen o no las disposiciones penales en uno de los espacios legales de acción a ellos asignado. "Además, para entender un poco ese manejo del poder criminalizador de la policía, se han tratado de encontrar cuestiones sociológicas que le condicionen, y en ese sentido también se ha señalado que..." en efecto el alto grado de estratificación social, las consiguientes dificultades para la movilización social vertical y las permanentes

incitaciones al consumo y a la competitividad individualista por citar apenas los factores más relevantes, hace que quienes tienen a su cargo la aplicación de normas actúen conforme a la evaluación resultante, en cada caso concreto, de los riesgos y perjuicios por la aplicación de las normas y las posibilidades de ventajas por la no aplicación de las normas.¹⁰¹

Aunque no de manera exclusiva, pero quizá sí muy notoria a diferencia de otros funcionarios, la posibilidad del manejo del poder de aplicación de las normas de la policía se manifiesta en razón de los posibles daños o desventajas que pueden resultarle si con su actuación afecta a personas ubicadas socialmente por encima de él; y en caso contrario, se consideran los beneficios que puede obtener si se abstiene de proceder o lo hace de tal forma que se afecte lo menos posible a los involucrados. En razón de esa discrecionalidad funcional con que cuenta la policía, se deriva en gran medida el fenómeno de la corrupción, que es una característica constante en la praxis policial de todos los sistemas punitivos.

La policía como el instrumento represivo de la sociedad (junto con el ejército, pero en otra escala) presenta características constantes en su

¹⁰¹ Huertas Sandoval E. "El sistema penal y la criminología crítica" Edit. Temis .Bogota Col. 1989 p.74.

composición. Si bien ya hemos referido la injerencia que tiene en su actividad la movilidad social vertical, respecto de su composición podemos decir que sus componentes proceden y permanecen en los niveles bajos de la sociedad, es decir, pertenecen a los sectores subordinados, por lo cual al respecto se ha escrito que: "la policía ha sido creada y modelada como una fuerza de control social que dirigió sus acciones contra el indio en el pasado y que hoy dirige sus ataques contra la clase obrera y los resistentes, aún y cuando pueda disfrazar sus actividades represivas bajo el ofrecimiento de una serie de servicios públicos. De ahí que la policía sea una de las instituciones básicas con que cuenta el aparato para cumplir sus labores de explotación y control social".¹⁰²

Ahora bien, dando un giro respecto de la función de la policía, de estimar a la vigilancia del orden y el respeto de la ley como sus principales metas, a considerar que es un órgano encargado de cumplir labores que benefician la explotación y el control social, se ha señalado que para que su función pueda ser eficaz, debe ser ejecutada por elementos que tengan ciertas características sociales de pertenencia.

¹⁰² Rivera Encinoza Argenis. "La dialéctica de la función policial en América Latina" en el trabajo "El derecho penal y la criminología". No. 9. Bogotá, Col. Universidad Externado 1980. pp. 79 y 80.

Se ha escrito que la procedencia de los elementos policíacos se da en los niveles bajos de la sociedad y esa circunstancia se destaca en razón de que tiene gran importancia para la funcionalidad del sistema social, puesto que la pertenencia de los policías es funcional para la conservación y reproducción de las relaciones sociales de dominación, por cuanto a que la ubicación de esos funcionarios facilita a los miembros de los grupos dominantes, estar en posibilidades de ser excluidos o favorecidos en el proceso de criminalización y que éste siga concentrándose en los individuos de los grupos dominados.¹⁰³

Al hacer un intento por desentrañar la naturaleza funcional de la agencia policíaca dentro del proceso formal de criminalización, tomando en cuenta la propia naturaleza de sus componentes, revela una vez más la orientación de dichos procesos con relación a la desigualdad real de los sujetos, es decir, a la privilegiación e incluso inmunización de la clase dominante, y el consecuente recaimiento de todo el peso del sistema sobre las formas de desviación de las clases desfavorecidas.

¹⁰³ Cfr. Huertas Sandoval, H. Ob cit. p. 76.

3.5.2 LA FORMALIZACION DE LA CRIMINALIZACION DE FACTO

Aún y cuando la actividad policial es de suma importancia para el sistema punitivo, y de que sin duda constituye el filtro criminalizador más evidente del sistema, su función organizativamente hablando, no es autónoma e independiente, a pesar del marco discrecional con que cuenta.

Cuando la actividad policial cumple su función, alimenta al sistema, es decir al proceso criminalizador, seleccionando a los "sospechosos", mismos que por regla general pertenecen a los estratos bajos, y su actuación debe ser justificada y formalizada jurídicamente.

Además de la actividad selectiva de la policía, el sistema justificado por la propia exigencia de legalidad de su actuación, requiere de un agente formalizador. En el caso, la agencia que cumple tal función en nuestro sistema penal lo es el Ministerio Público, órgano dependiente del poder ejecutivo al igual que la policía y que se encarga de justificar legalmente la selección realizada por la policía y agrega un filtro más que se habrá de fundamentar por las propias reglas legales de la materia.

Ese agente criminalizante llamado Ministerio Público también es reconocido en otros sistemas con el nombre de fiscal, el Representante Social y otros menos difundidos. Es común a que ese aparato estatal se le designe como la institución del Ministerio Público, quien históricamente ha sido la figura que se ha encargado de la defensa de los intereses del Estado y la procuración de la aplicación de las leyes.

Dos funciones específicas son ejercidas por tal agencia estatal; por un lado debe dirigir las investigaciones de carácter policiaco y por otro la actividad denominada ejercicio de la acción penal, que no es otra cosa que formalizar la selección de un proceso en su contra, generalmente privados de su libertad y dependiendo de una decisión judicial respecto de su destino, la actividad persecutora del delito le incumbe directamente a él y la Policía a su cargo ejecuta materialmente sus ordenes realizado las pesquisas que le son encomendados por el titular de esa función, por lo que sus actuaciones se distinguen, una de otra, con mucha claridad.

No encontramos referencias en la bibliografía de la materia sobre la procedencia social de los encargados de la función ministerial, empero de nuestra

propia experiencia hemos podido constatar que quiénes se incorporan a ese cuerpo institucional, son profesionistas generalmente procedentes de sectores de clase media baja, que difícilmente se verán incluidos en niveles superiores del sistema y al igual que los elementos policiacos son envueltos en un medio de corrupción dependiendo de las posibilidades de beneficios o de sufrimiento; afectaciones del propio sistema.

El papel que los agentes de la institución ministerial desempeñan en el sistema de justicia penal es realmente importante para los efectos del mismo, ya que en su actuación se refleja la preponderancia y acumulación de poder de parte del nivel ejecutivo del Estado, y en ese órgano se concentra una gran parte destinada al sistema penal, dado por un lado cuentan con la facultad exclusiva del ejercicio de la acción penal y en función de tal atribución tienen en sus manos, en gran medida, la posibilidad de acción resultante de su selección sobre determinados individuos, al condicionar legalmente la magnitud del sometimiento al sistema judicial de esos sujetos.

3.5.3 LA FASE JUDICIAL.

Con la instauración y operación de la agencia judicial se puede decir que, por principio de cuentas hay un fracaso de las políticas de prevención social dentro de las que inclusive podríamos incluir la actividad policiaca, cuando suponemos que ésta debe tener también una función preventiva al procurar mantener el orden y el respeto por la ley.

La agencia judicial se caracteriza por actuar sólo sobre los sujetos que previamente ya fueron seleccionados en la fase administrativa previa y también por que su actuación se concreta a una aplicación estricta de la ley sustantiva y adjetiva.

La función tradicional de los tribunales penales consiste en la traducción oficial de la reacción represiva del Estado en contra de las conductas que se consideran desviadas de las pautas sociales, y que previamente en la fase legislativa ya fueron establecidas.

Entre las múltiples funciones sociales, se dice que la de administrar justicia es una de las más importantes y delicadas ya que la libertad, el patrimonio e

incluso la vida pueden depender de la decisión de un hombre a quien la sociedad le ha confiado la misión de resolver ciertos conflictos entre particulares o restablecer el equilibrio social alterado por la comisión de un crimen.¹⁰⁴

Sin duda la anterior opinión corresponde a una idea tradicional sobre la imagen de omnipotencia del poder judicial, la cual esta muy distante de tener en la realidad.

Dentro del proceso general de criminalización, a la intervención judicial, es decir al mecanismo específico de la aplicación de las normas jurídico penales, se le conoce con la criminalización secundaria (en esta etapa criminalizante también se llegan a incluir las actividades policiacas ministeriales a que hemos aludido). Y como parte de un proceso general, en la intervención judicial se prosiguen y acentúan aún más los procesos selectivos de los sujetos al sistema, selección que se califica de clasista en atención a las características socioculturales económicas de quienes se ven envueltos en el engranaje del sistema.

¹⁰⁴ Rico José María. "Crimen y justicia en América Latina". Edit. Siglo XXI. México 1981. p.264.

Haciendo uso del poder de definición que conllevan las decisiones judiciales, es dable atribuir al control jurídico penal que ejercen los jueces un poder estigmatizante de quienes resultan seleccionados, puesto que una vez que hay una resolución de tal órgano que implica la prosecución del procedimiento penal en contra de determinados sujetos, se establece al mismo tiempo un notorio etiquetamiento social negativo o sea al mismo tiempo una realidad criminal.

El papel protagónico de la agencia judicial lo asume el Juez, y la organización de este Sector Estatal se puede esquematizar con un tribunal supremo, un tribunal de apelación y juzgados de primera instancia, y así mismo poder demostrar que en la actividad judicial aparecen implicados, que conjuntamente con el agente protagónico al darse una resolución crean una realidad delincencial que antes sólo existía en lo abstracto de la ley.

Ese papel o rol protagónico que desempeña el juez se concibe con características especiales respecto de otros agentes del sistema. Con relación a la figura principal del nivel judicial se ha estimado que "las circunstancias de la marcada institucionalización del proceso judicial, lo artificioso de la organización externa, del lenguaje y de toda la conducta del tribunal; la notable despersonalización de la presencia del juez, provocan que las expectativas que

despierta el comportamiento de los magistrados sean muy heterogéneas y en consecuencia, las actitudes de los jueces han de ser percibidas de forma muy distinta por los ciudadanos".¹⁰⁵

Con relación al cómo y dónde se reclutan a los agentes de la agencia judicial, sí se ha dedicado mucha atención. Casi todos los tratadistas coinciden en observar que por regla general los sectores sociales medios bajos, medios y excepcionalmente los superiores son los que aportan a los ejecutores del sistema judicial.

Lo que podemos destacar de esas observaciones es que la función judicial casi sistemáticamente se encuentra excluida para los estratos bajos de la sociedad, aunque algún elemento de diverso estrato puede encontrarse en un grupo, como confirmación de la regla, incluido en su plantilla, y ante esa procedencia social, resulta evidente que se presentan condiciones desfavorables para los procesados provenientes de sectores marginados.

En apoyo de esa opinión, en la corriente crítica y Baratta como uno de sus mejores exponentes señala que: "los jueces inconscientemente tienen tendencias

¹⁰⁵ Bergalli Roberto. "El pensamiento criminológico. Estado y control social" Edit. Temis. Bogota Col. p.80.

de juzgamientos diversificados, según la pertenencia social de los imputados..., inclusive en atención a esa diferenciación de trato en razón de la clase a la que pertenece se dice que: " en general puede afirmarse que hay una tendencia por parte de los jueces a esperar un comportamiento conforme a la ley de los individuos pertenecientes a los estratos medios y superiores; y lo inverso acontece respecto de los individuos pertenecientes a los estratos inferiores..."¹⁰⁶

Entre otras de las consideraciones sobre la actuación del juez, además de prejuizar por razón de clase, se ha estimado que cuando los jueces tienden a elegir, entre varias interpretaciones jurídicas posibles de determinadas disposiciones jurídico procedimentales, generalmente se tiende a adoptar la que implique mayor demora en resolver el asunto y mayor perjuicio de los derechos de la persona en el proceso.¹⁰⁷

Aunque nos parecen consideraciones de carácter meramente subjetivo sobre la actuación de los funcionarios judiciales, la estimación de un posible prejuizamiento de su parte aunque subjetiva, no parece tan desatinada en

¹⁰⁶ Baratta A. Ob. Cit. pp.186 y187.

¹⁰⁷ Sandoval Huertas E. Ob.cit. p.82.

atención a la propia interiorización de tales funcionarios de la magnificencia su cargo y del estatus social que ello implica; sin embargo, considerar que sistemáticamente adoptan las resoluciones más perjudiciales para los sujetos sobre quienes ejercen su poder si bien puede darse, careceríamos de sustento argumental para apoyar esa idea.

La posible respuesta a las actitudes de los jueces que hemos aludido se ha tratado de explicar en razón del proceso de entrenamiento de éstos, amén del propio origen socioeconómico que produce un efecto deteriorante o distorsionante de su identidad y de su personalidad social.

Se ha dicho que los jueces sufren un deterioro de su identidad desde las propias universidades donde se les introyecta signos de falso poder, que por cierto en la práctica es bastante limitado, y con ello se crea una imagen paternal que está imbuida de lo que Zaffaroni califica de "narciso criminal", señalándose además que todo el sistema penal está complicado por un juego de identidades artificiales, y agregaríamos nosotros que no podría ser otra la característica de las

personalidades de los agentes del sistema que está sostenido de manera artificial.¹⁰⁸

Con la reflexión sobre los juzgadores y su actuación podemos explicarnos un poco más la característica funcional del sector judicial, así como los efectos de su operatividad que culmina con la creación de una realidad artificial: la criminalidad.

En recientes observaciones sobre la actividad judicial se le ha llegado a calificar como una actividad meramente burocrática, ya que a pesar de la omnipotencia de su imagen, su función se ve reducida exclusivamente a la resolución de casos concretos conforme a pautas legales, sin atender a ningún reclamo ético sobre su función.

Respecto a esa opinión creemos que en buena medida podría explicarse la mencionada desetización (ausente de contenido ético de la función) de la actividad del juez, por la propia distorsión de su personalidad, asimismo por la limitada discrecionalidad técnica con la que cuenta, dado que sus juicios se rinden sobre las bases que inicialmente le indicó el legislador en los catálogos

¹⁰⁸ Cfr. Zaffaroni E.R. Ob. cit. p. 112.

legales, y posteriormente el Ejecutivo a través del Ministerio Público también le indica los parámetros a los que habrá de ajustarse cada determinación que dicte. Así también la dependencia que tiene el poder judicial respecto de sus principales nombramientos por parte del ejecutivo; aunado a ello la inestabilidad y la temporalidad de sus cargos, son los posibles factores que se utilizan para crear y mantener una magistratura dócil y funcional, que se ha calificado de una institución meramente burocrática, teniendo que reconocerse que el poder judicial, afectado de tales fenómenos es el más débil del sistema penal, aunque parezca que tiene el mismo peso y poder que los otros Sectores Estatales.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Nota: Como un caso de excepción que confirma la regla y en un notable intento por superar esa dependencia que el poder judicial ha tenido históricamente respecto del poder ejecutivo, en el Estado de México, el Tribunal Superior de Justicia ha abierto a concurso de oposición las vacantes de Magistrado que se han ido presentando esto a partir de 1998, lo cual evidencia un notorio avance en torno al fenómeno que hemos aludido, pero que aún no invade al resto de la república, hecho que sin duda en un futuro no lejano ocurrirá como una forma en que el poder judicial confirme su independencia respecto del poder ejecutivo y se allegue de servidores que cuenten con la capacidad subjetiva que la función requiere, lo que sin duda propiciará las condiciones necesarias para la realización del Estado de Derecho.

3.5.4 LA AGENCIA EJECUTORA.

En la construcción institucional del sistema represivo formalmente declarado, quizá la cuestión más importante y representativa del tipo de función social que tiene ese sistema, la juega la prisión, que es el principal instrumento con que cuenta el control social represivo.

La prisión como instrumento sancionatorio utilizado por excelencia se ha constituido en el exterior del aparato judicial para excluir determinados individuos del resto de la sociedad en tanto se les lleva un proceso para decretarles legalmente su calidad de desviados o criminales, y una vez realizado esto para repartirlos y clasificarlos separadamente de la comunidad.

En el sistema penal encontramos diversos tipos de encarcelación o prisionalización, e incluso la privación de libertad se da de manera sistemática, de manera cotidiana en áreas administrativas, tutelares y médicas, cuya justificación se verifica en aras de un paternalismo estatal y por cuestiones "sanitarias". Concretamente y como resultado de la aplicación del sistema penal observamos la utilización de la privación de la libertad durante el procesamiento judicial y durante el cumplimiento de la sanción impuesta.

La fase ejecutiva del sistema penal es la que tiene mayor relieve ante los ojos de la sociedad en general y a esta etapa se le ha dedicado mayor atención por parte de los juristas y criminólogos.

La cárcel o prisión representa el punto culminante del sistema penal es decir, de lo que se ha reconocido como el proceso de selección de la población criminal. Como último eslabón en la cadena institucional de control social represivo, la cárcel reviste las mismas premisas ideológicas que se encuentran presentes en las demás instancias que le preceden.

Para comprender un poco la naturaleza de la función carcelaria hemos de referir que las condiciones del reclutamiento del personal de prisiones corresponde a las mismas que se consideren respecto de los funcionarios policíacos. Es decir, por la norma general los custodios penales tienen su origen y permanencia en niveles inferiores de los sectores subordinados, e incluso elementos policíacos se incorporan a esa función con cierta frecuencia.¹¹⁰

¹¹⁰ Sandoval Huertas E. Ob cit. pp.92 y 93.

Esta procedencia social corresponde evidentemente a los niveles o cargos bajos del sistema penitenciario, y evidentemente no corresponde a la de los altos funcionarios, quienes pertenecen a una élite política determinada.

Por un lado, los custodios o carceleros tienen escasas o nulas facultades para decidir quiénes son o no identificados como criminales, pero en su actuación puede reforzarse la definición de criminal que se haga de un individuo. Por otra parte, las autoridades penitenciarias cuentan con un poder discrecional enorme que les permite decidir ¿cómo? y ¿cuándo? los sujetos prisionalizados dejan de estar sometidos a la acción del sistema.

Así también se observa que la facultad discrecional de las autoridades carcelarias para la determinación del tiempo que los reos habrán de permanecer en su custodia le da gran fortaleza política a esas instituciones y como efecto colateral disminuye el poder y la certeza de las resoluciones judiciales, constituyéndose en un factor más que coadyuva a que el poder judicial sea el hermano pobre del sistema penal.

La agencia ejecutora de las penas además tiene el poder de controlar la vida de los seleccionados como criminales y no se encuentran sujetas a ningún tipo de revisión actuando como una agencia verdaderamente autónoma.

La población carcelaria es resultado de la actuación selectiva de los filtros legislativos, policiaco y judicial. Con relación al proceso selectivo a que nos referimos se ha escrito que "no sólo las normas del derecho penal se forman y aplican selectivamente, reflejando las relaciones de desigualdad existentes, sino que el derecho penal ejerce también una función activa de reproducción y de producción, respecto a las relaciones de desigualdad. En primer lugar la aplicación selectiva de las sanciones estigmatizantes y especialmente de la cárcel que es un momento supraestructural esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad."¹¹¹

Es evidente que la posición crítica del sistema penal incluyendo todas y cada una de las actuaciones de sus agencias parte de la base de condicionantes socioeconómicas que jamás se consideraron en el discurso tradicional, pero que del enfrentamiento de la realidad del sistema con el discurso justificatorio

¹¹¹ Baratta A. Ob. Cit. p. 173.

existencial como una agencia metodológica produce un cambio necesario en la visualización del derecho y el sistema penal.

Así pues, ese proceso selectivo que se ha advertido en el funcionamiento del sistema penal, en que la cárcel es el principal factor de estigmatización social, es precedido por las otras fases del proceso criminalizante que se inician formalmente desde la creación de la ley penal y en función de ello se cuestiona seriamente el mantenimiento de un sistema sustentado por un discurso que no le corresponde y no hacen esfuerzos globales por superarlo.

3.5.5 EVOLUCION DE LA PRISION.

En los trabajos sobre la historia de la prisión se dice que ésta se creó con una finalidad humanitaria para remplazar las penas capitales e infamantes aplicadas hasta fines del siglo XVIII, también se dice que al incluir a la prisión como una pieza esencial del arsenal punitivo la justicia penal tiene su acceso a la

humanidad e incluso se ha denominado a la cárcel como la pena de las sociedades civilizadas.¹¹²

La atenuación de la severidad penal es un fenómeno notorio, la pena dejó de centrarse en la tortura y el sufrimiento y adoptó como objeto principal la pérdida de un bien.

Ese bien en el que se ha concentrado la reacción punitiva es la libertad (y en algunos Estados es la vida), y para justificar el haberse recurrido a tal medida se argumenta que no se trata de un capricho del legislador, sino que es resultado de un progreso ideológico realizándose una intervención estatal sobre un bien igualitario que se supone que tiene el mismo precio para todos.¹¹³

El carácter igualitario que se atribuye a la libertad resulta sumamente cuestionable sobre todo cuando en una sociedad capitalista con valores tan diferenciados entre una clase y otra, más aún cuando la asociación del concepto

¹¹² Foucault Michael. "Vigilar y castigar". Siglo XXI. 1990. México. p.233.

¹¹³ Foucault Michael citado por Josefina Alvarez. "La cárcel ante el tercer milenio" Entre el temor y la Esperanza". Orlando Cárdenas Editores. México. p.107.

libertad se hace respecto de parámetros económicos y sociales de un momento histórico dado.

En la crítica de la cárcel se ha destacado que a raíz del nacimiento de las sociedades capitalistas su Anexo con los industriales es bastante notorio y significativo y la población carcelaria resultaba altamente funcional respecto de las relaciones de reproducción de ese sistema social, y de ahí que se ha dicho que la prisión sintetiza los objetivos principales de la sociedad capitalista: vigilancia y disciplina de sus miembros.

Bajo esa concepción de la evolución de la cárcel se adoptó un nuevo sesgo ideológico para legitimar la privación de la libertad como castigo sustitutivo de las penas infamantes, y la corriente científica. Mediante el positivismo hizo posible adoptar la fundamentación teórica tradicional, basada en la idea de la peligrosidad de los criminales y la función social de la prisión.

La utilización de la prisión como institución de carácter terapéutico ha sido el núcleo del discurso jurídico tradicional del derecho penal y la mejor justificación de uso tan excesivo. De tal suerte, al observar a la institución carcelaria y los argumentos que se han esgrimido para fundamentar su aplicación,

enfrentados a las teorías de la pena, como lo señala Josefina Alvarez "el fin que logró mayor entusiasmo y las más sólidas esperanzas entre los penalistas fue el preventivo especial, el fin rehabilitador....."; y pese a todas las críticas que recibe esa postura, sigue siendo la base y fundamento de la mayoría de los sistemas punitivos, resultando hasta ahora, la mejor justificación que ha dado el derecho penal y la criminología tradicional sobre el funcionamiento real del sistema punitivo, concretamente de la fase ejecutiva de las penas.

Por otra parte por lo que a la cuestión político criminal hace, sin duda la tendencia actual de la discusión sobre la prisión puede resumirse en dos grandes polos: la postura conservadora, que sostiene los criterios preventivos sobre la rehabilitación; y la postura crítica que asegura que la cárcel no sólo está en condiciones de resocializar, sino que sólo sirve para neutralizar a los individuos.¹¹⁴

Desde el punto de vista crítico hay quienes aseguran que la cárcel (y en si el Derecho Penal) no ha fracasado, sino que tienen un éxito completo ya que en

¹¹⁴ Cfr. De la Barreda, Luis. "Abolir la prisión: Un cántico de sirenas". "Entre el temor y la esperanza. Ob cit. pp.145 y 146.

la realidad su efecto neutralizador en su verdadero propósito y que lo único que se ha puesto en evidencia es la falacia de su discurso de justificación.¹¹⁵

Resulta cierto que la resocialización o rehabilitación social mediante la cárcel es un mito que se ha derrumbado y ello no sólo se constata con los efectos contrarios a los planeados y socialmente negativos de la misma, sino que al advertir que la tendencia moderna en materia penitenciaria es la creación de cárceles de máxima seguridad, ello implica la aceptación del fracaso de los fines rehabilitadores, sin embargo en el discurso oficial aún no se sustituye el argumento de la prevención especial positiva por la negativa que se ha introducido declaradamente.

Ante el obvio derrumbe de la ideología penal tradicional, los críticos radicales del sistema punitivo pugnan no sólo por una mejor cárcel, sino porque a corto plazo se disponga de menos cárcel y así, siguiendo una estrategia reduccionista, a largo plazo se logre la abolición total de ésta y en consecuencia del mismo derecho penal.

¹¹⁵ Alvarez, Josefina. Ob. cit. p.11.

Nos parece muy acertado el comentario de Luis de la Barreda al señalar que el derecho penal ha sido sentado en el banquillo de los acusados y que la criminología crítica lo acusa de que produce dolor inútilmente, ya que es estéril, pues no transforma al condenado, sino que lo destruye; le imputa también que sus conminaciones no cumplen su función de prevención general; y que la privación de la libertad no sólo es de la libertad, sino que lo es del hogar, de la familia, del trabajo, de los amigos, de las relaciones sexuales, etc., y reprime a los sujetos y los estigmatiza.¹¹⁶

Ante tales acusaciones los críticos han señalado que se necesita urgentemente que se busquen soluciones que hagan menos dolorosas y perjudiciales las condiciones de vida de la cárcel, para que la reinserción social del condenado no sea por medio de la cárcel, sino a pesar de ella, y definitivamente se sostiene que lo ideal no es contar con una buena cárcel, sino abolir la cárcel: un cántico de sirenas que difícilmente podremos disfrutar en esta generación humana.

¹¹⁶ De la Barreda Luis. Ob. Cit. p. 146.

Nosotros no somos tan optimistas al grado de concebir el día en que se llegue a la desaparición de las prisiones y del derecho penal contándose con una sociedad basada en el amor y respecto mutuo de los individuos; nuestra posición la podemos dirigir más que nada a creer en una sociedad con menos desigualdades, y por ende con menos injusticias y nos parece que antes que nada debemos procurar quitar el velo que cubre la realidad penal y presentarla tal y como se manifiesta sobre ciertos individuos; y en función de ello construir un discurso explicativo y auténtico que permita vislumbrar un Sistema Penal más humano y auténtico.

3.6 LA IDEOLOGIA Y EL DISCURSO COMO PARTE DEL DERECHO PENAL Y DEL ESTADO.

Con relación a los tópicos centrales de este trabajo: Estado, derecho penal y paradigma, encontramos un común denominador vinculante entre dichos términos, el ejercicio de poder. El derecho penal significa un fenómeno de poder, que desde luego se expresa con cierta carga ideológica, con un sentido, mismo que generalmente se distingue del significado letrístico. Con relación a la escala

de relación conceptual entre el Estado y la forma en que el derecho se presenta podemos expresarlo deductivamente de la siguiente forma: El Estado cuenta con el poder que aplica a través del sistema penal por medio del derecho, mismo que externa un discurso en el que revela su ideología por medio de un determinado meta-lenguaje en el que se desarrollan principios y conceptos que tienen un determinado sentido. Expresado en un esquema se vería de la siguiente forma:

Estado—Poder—Derecho— Sistema Penal —Discurso—Ideología—Lenguaje

En virtud de lo anterior es que consideramos que el tema central de nuestro trabajo —Estado de Derecho— constituye un término cuyo concepto tradicional se debe entender en razón de la dependencia terminológica antes señalada, por lo que el sentido del Estado de Derecho hasta hoy aceptado es el de que éste es el de un Estado con respeto irrestricto por la ley, sentido que se le ha reconocido por la comunidad, y que sin ser un discurso de derecho, es un discurso que habla del derecho, y que es producido por los abogados, los jueces, los políticos, los profesores y el público en general que también opina sobre el derecho, en base a ello es que se puede decir que el concepto tradicional del Estado de Derecho forma parte de un discurso que es resultado del ejercicio

de poder y que es un concepto paradigmático que es reconocido sin mayor discusión, especialmente por la comunidad jurídica.¹¹⁷

En otro orden de ideas, con relación a la cuestión de la ideología a que nos referimos anteriormente observamos que en la bibliografía penal y criminología contemporánea, resulta común la utilización de conceptos tales como "manipulación ideológica", "ideología racionalizante", "versiones teóricas", etc., y sin lugar a dudas debemos detenernos un momento para atender la cuestión ideológica dentro del penalismo, entendido éste como una amalgama de disciplinas sociales e ideológicas de naturaleza política, jurídica y criminológica predominantemente, que confluyen en el ámbito punitivo institucionalizado de la sociedad.

Así pues, cuando se hace referencia al saber, a las teorías y a los discursos, sean éstos de carácter jurídico o no, de manera ineludible se aduce a un sistema de ideas, es decir a una determinada ideología. Esta, la ideología, es un conjunto de concepciones, sean religiosas, científicas, filosóficas, etc., y este sistema no se

¹¹⁷ Cfr. Correa Oscar. "Introducción a la Sociología Jurídica". Ediciones Coyoacán. México. 1994.

presenta aislado, se vincula con el resto de sistemas ideológicos que le sustentan o complementan.

Sin duda un problema epistemológico fundamental es el esclarecimiento de la relación entre el conocimiento científico con la ideología, especialmente cuando hay una idea de independencia entre cada una de ellas, y sobre todo porque la ciencia, en rigor científico, se entiende que debe ser objetiva.

Ese problema se ha particularizado cuando se plantea la diferencia entre ciencias naturales y entre ciencias sociales; y hablando de la ideología de las Ciencias Sociales cabe preguntarse si hay neutralidad ideológica en ellas. La cuestión principal de tal interrogante se centra para nosotros en las siguientes preguntas: ¿Es posible hablar de objetividad de las ciencias sociales?; y, ¿El científico social no es un sujeto comprometido ideológicamente respecto de una óptica de clase social?.

Nosotros encontramos cierta luz a tales cuestionamientos al considerar que la ideología es el punto de partida y toda la ciencia; se hace siempre desde y con cierta ideología, es decir, surgen desde un punto ideológico dado. Por lo tanto resulta válido considerar que ninguna teoría social es absolutamente autónoma

respecto de la ideología y por ello no se puede hablar de una ciencia (social sobre todo) que sea ideológicamente neutral.¹¹⁸

No podemos tajantemente asegurar que el hecho de que haya carga ideológica en los científicos y en las ciencias sociales implique ausencia de objetividad en sus conocimientos, ya que implicaría anular la veracidad de todo trabajo científico social. Lo que nos interesa es denunciar esa carga ideológica que ha pasado desapercibida, o no se ha querido abordar, en la mayor parte de las teorías vinculadas al sistema represivo de la sociedad.

En todo caso, cuando esa tendencia derivada de la formulación ideológica del pensador ha sido atendida, generalmente se le ha vinculado a cierta estructura económica y de poder que condiciona y conduce el devenir y la visión del observador.

Sea cual fuera la naturaleza de esa ideología fundamental, los cuestionamientos sobre la objetividad de las ciencias forman el centro del debate

¹¹⁸ Cfr. Sánchez Vazquez Adolfo. "La ideología de la neutralidad ideológica". Textos de antología sobre problemas filosóficos. Morelia, Michoacán. 1975. pp.55 y ss.

para todas las ciencias sociales en general y aún se pretende encontrar una vía solución coherente de tal problema.

La objetividad que es cuestionada es la del propio científico, entendiendo por ésta, la voluntad del pensador para sustraerse de su propia subjetividad. Como ciencia, la ciencia social debe seguir un método objetivo, lo cual es requisito para calificar de científico el conocimiento, ya sea en el proceso de obtención, su exposición o su verificación.

Nuestras propias observaciones al tratar de captar nuestra realidad se ven, si no determinadas, si afectadas o dirigidas por nuestra propia experiencia y esa concepción cultural se presenta como el crisol de la racionalidad y objetividad sobre lo verdadero y universal, sobre lo bueno y lo malo, sobre lo normal y lo desviado o anormal.

Sin embargo, en la medida de lo posible se debe perseguir, la "objetividad científica" en las disciplinas sociales que confluyen en el área que a nosotros corresponde estudiar, es decir en el área de justicia penal, porque el que se conforma con la apreciación parcial, individualista y unilateral, renuncia tácitamente a la pretensión de objetividad y su conocimiento se reduce a simple

ideología, y aún con la convicción de que la neutralidad ideológica no existe, le corresponde al científico social, (ya que no es posible desideologizarse o neutralizarse ideológicamente), someter sus observaciones y teorías a la crítica científica general.

La empresa científica es un conjunto de bases metodológicas sucesivas. Básicamente existen dos momentos privilegiados que originan y coronan el proceso de investigación: el de la teoría o construcción del objeto y el de la metodología o reflexión crítica sobre la validez, alcances y límites de sus teorías.

Toda teoría requiere verificación y en esa medida, se adquiere la comprobación de la objetividad de los datos obtenidos rebasando el compromiso interpretativo de la propia ideología del pensador¹¹⁹

Por tales razones y atendiendo a la naturaleza social del derecho penal, la criminología y otras disciplinas que participan en el desarrollo del penalismo, es que al hablar de ideología penal o ideología criminológica, habremos de referirnos a un conocimiento nacido con ciertas bases ideológicas; y dependiendo del

¹¹⁹ Patricio E. Marcos. "El diseño de la investigación y la usurpación de la teoría". Estudios políticos. No.9 vol.II. FCE. julio-septiembre.p.67.

sometimiento de sus teorías, a la fase comprobativa de las mismas, es decir, a un enfrentamiento con la realidad es así como se logrará la superación de esa influencia ideológica y se rebasará el límite existente entre una simple ideología y un conocimiento científico, por eso no habremos de caer en el discurso simplista, en la proclamación de determinada teoría o discurso punitivo como hasta hace poco se venía haciendo, basándose sólo en razonamientos lógicos, filosóficos y políticos, sino que deberá apreciar su realización pragmática para descubrir su veracidad o mito, su carácter teórico o científico.

CAPITULO IV

EL SISTEMA PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

4. 1. EL SISTEMA PENAL Y SU RELACION CON EL MODELO ESTATAL.

Si bien es cierto que el ámbito de análisis del Estado de Derecho en toda su magnitud es una empresa difícilmente abarcable y que en todo caso implicaría el estudio político filosófico de sus fundamentos y multidisciplinario en sus alcances, hemos considerado pertinente acotar el universo de nuestro estudio constrictándonos al aspecto punitivo del Estado que se aplica a través del sistema penal, ámbito que se encuentra perfectamente definido y que como lo hemos señalado corresponde a un subsistema estatal complejo integrado por varias agencias ejecutivas específicas, y que bajo las perspectivas de la concepción moderna del Estado de Derecho constituye nuestro campo de interés.

Es dentro de esa delimitación teórica que se da la vinculación entre Estado y Derecho, concretamente la relación del Estado con el Derecho Penal se da una asociación insoluble e irremisible en la que el Estado, en la adopción de criterios directivos para la creación del instrumento jurídico o sea las leyes penales; en la

conformación de las instituciones relacionadas con éstas, se da lo que se denomina el sistema penal, sistema que corresponde con el modelo de Estado a que pertenece y que le da origen.

Por ello es que para conocer realmente el modelo estatal, es menester analizar la realidad punitiva ya que ésta es fiel reflejo de las características de aquél, de tal suerte que la realidad penal no se verifica solo con la definición del delito y de la pena, se hace necesario que la ley se ponga en acción, que se aplique, lo que quiere decir que frente a un hecho definido como delito las instancias que integran al sistema penal reaccionen como se ha programado en la propia ley, puesto que el derecho penal no es un conjunto de normas estáticas, sino de una interrelación programática entre el Estado y el sujeto, de tal suerte que concebido que es, como un conjunto dinámico de funciones en el que se distinguen en él una serie de mecanismos: el de producción de las normas (criminalización primaria), el de aplicación de esas normas y el de ejecución de sanciones (criminalización secundaria).¹²⁰

¹²⁰ Véase una basta explicación al respecto de Alessandro Baratta en la obra citada de *Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal*, donde desarrolla toda su postura crítica. pp. 55 y ss.

En tal virtud, en la revisión de un sistema específico de control penal es pertinente realizar un análisis que comprenda desde la creación de las normas, su aplicación y en su caso la ejecución de las penas. Con relación a ello Juan Bustos precisa desde su perspectiva político criminal crítica que se debe hacer una revisión del sistema, precisando: “Revisión crítica no sólo en el plano normativo o prescriptivo, que solo nos indica cómo deben ser los procesos de creación y aplicación de las normas penales, sino también del plano fáctico o descriptivo, es decir, cómo son tales procesos.”¹²¹

Sobre la base de lo antes señalado, a los temas abordados en los capítulos precedentes y a la observación empírica, podemos desprender la observación de que el Estado crea la ley, los procedimientos de su creación y aplicación, así como las instituciones y agentes que la ejecuten; ahora bien, siendo el Estado el creador del sistema penal, tomando en consideración la dialéctica naturaleza jurídico política de ese subsistema de gobierno, el carácter represivo y duro esa forma de control social y la trascendencia que tiene su aplicación en la vida de las personas y de la sociedad misma; es indiscutible que ese subsistema es, válgase la expresión, estatalmente prioritario, tanto que cotidianamente es de la

¹²¹ Bustos Ramírez Juan J. Y Hornazábal H. Lecciones de Derecho Penal. Edit. Trotta. Madrid.1997. p.19.

ley penal de lo que primero se dispone en situaciones de conflicto o crisis social, sea ésta de orden económico, educativo o de cualquier naturaleza, denotándose por ejemplo el endurecimiento de la ley y el sistema cuando la crisis económica o política se agudiza y por el contrario, en situaciones de relajamiento social, las propuestas y reformas “humanistas” se dejan sentir. Por lo anterior es que consideramos que el derecho penal y el sistema de su aplicación son el “termómetro” de la situación social y del propio Estado.

Como ya lo habíamos dicho, por lo que se refiere al concepto del sistema penal, en la comunidad jurídica no existe discrepancia en su percepción, de hecho es generalizada la idea de que éste es un subsistema del gobierno y además generalmente se reconoce que se compone de la institución persecutora del delito y de los encargados de la administración de justicia. Esa concepción resulta muy adecuada para soportar un sistema en el que la ley se mantenga dogmática, acrítica, inmanente. En nuestra percepción el sistema penal efectivamente es un subsistema de gobierno y se encarga de toda la dinámica penal, es decir lo relacionado con la creación y aplicación de la ley penal, aspectos que se reconocen, como los mencionados procesos de criminalización primaria y criminalización secundaria.

Ante tal concepción podemos desprender que el sistema penal se integra además de las instituciones antes aludidas, también de las instancias creadoras de la ley penal –los legisladores- y de la fase encargada de la ejecución de las sanciones penales- particularmente de los encargados de la ejecución de las penas privativas de libertad, ya que la prisión es la pena que por excelencia se impone y se reconoce como la más representativa de esta área del sistema de gobierno, desde luego que como lo referimos en el capítulo anterior también se incluyen en ese sistema los agentes policiacos y una serie de auxiliares que forman parte fundamental de su funcionamiento.

Como también lo habíamos anticipado al inicio del trabajo al sistema penal también se le reconoce como el conjunto de las instancias oficiales de control social, siendo que esa definición la maneja el Criminólogo Alessandro Baratta y que vincula al derecho penal y al sistema a través del cual se aplica con el control social como una finalidad política genérica, y esa vinculación es comprensible en atención a la violencia institucionalizada que se utiliza para

mantener, dentro de los márgenes permisibles la violencia privada que altera el orden establecido.¹²²

Ya hemos señalado en páginas anteriores que la estructura y el funcionamiento del sistema penal son un parámetro cierto para conocer el tipo de Estado al que pertenece. En base a ello es que es necesario que con relación al Estado social y democrático de derecho, es decir, que conforme a la concepción moderna del Estado de Derecho, se establezcan cuales son sus rasgos característicos, y por ende, siendo el derecho penal la columna vertebral de dicho sistema, es importante conocer como es el derecho penal propio de un Estado de Derecho.

En razón de lo anterior se desprende que la tarea punitiva del Estado se encarga a un apéndice del mismo que se encuentra compuesto por el siguiente conjunto de subsistemas:

¹²² Baratta Alessandro. Ob. cit. p. 84.

SISTEMA PENAL

- a. Subsistema legislativo.
- b. Subsistema de procuración de justicia.
- c. Subsistema de administración de justicia.
- d. Subsistema de ejecución de sanciones.

En el esquema anterior se incluye el conjunto estructural del sistema: las leyes, las instituciones y los ejecutores del sistema, es decir a la parte orgánica de dicho sistema, plano en el que encontramos como se encuentra construido y dividido funcionalmente, estructura que no es difícil advertir que corresponde a la misma estructura del Estado, pero ello nada nos dice del como funciona, lo importante en nuestro concepto es establecer cuales son las características sustanciales de su operación que permiten distinguirlo de otros modelos estatales.

4.2 CARACTERISTICAS DEL SISTEMA PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

Al igual que la política criminal, el sistema penal propio de un Estado de Derecho cuenta con ciertos principios que le hacen característico, más aún, podríamos aseverar que los principios político criminales que delinear al Estado, son los parámetros generales que le dan forma, y que al analizar en concreto al sistema punitivo se deben ver realizados y reproducir el modelo estatal, independientemente del discurso jurídico-político con que se nos presente, esa realización de los criterios político generales, se deben corresponder con los criterios de la construcción de los delitos e incluso relativos a la operación del sistema, de ahí la importancia de la vinculación y la correspondencia entre ambos aspectos del penalismo: política criminal y dogmática penal.

Por otro lado, tal y como lo habíamos apuntado, en la vida social y humana, el poder estatal y en concreto el poder punitivo ha de ser restringido a los márgenes mínimos de violencia, es decir, la violencia estatal, que muchos conciben como lo irracional del sistema, debe ser reducida a los márgenes mínimos. Tal fenómeno solo puede ocurrir si en la construcción del sistema se

implementa un dique, normativo y operativo (tal y como lo señala Raúl Zaffaroni), que impida que la potencia penal se desborde y anule las condiciones existenciales de un Estado de Derecho. Habíamos anotado ya que ese dique no puede tener cualquier forma, ni funcionar sin una programación sistemática y metodológica definida, debe ser un contenedor racional, coherente intrasistemáticamente y congruente extrasistemáticamente, es decir, parafraseando al jurista argentino mencionado, el dique debe funcionar inteligentemente, de lo que podemos concluir que el derecho penal ha de ser ese dique inteligente que impida que la violencia estatal se desborde irracionalmente y anulando el Estado de Derecho implemente un Estado de policía, un Estado en el que la igualdad, la libertad y la seguridad jurídica sean principios pisoteados y se tornen quiméricos, puesto que el derecho penal, en la forma en que pueda ser elaborado y aplicado es, sin duda, el más fiel reflejo del tipo de Estado en que se vive.

Ahora bien, en una complementación de los límites del *ius puniendi*, extrasistemáticos que abordamos en el capítulo segundo de este trabajo, toca al derecho penal, concretamente a la dogmática penal, como la parte medular del sistema punitivo, establecer en todas las categorías del delito y de las penas, la

forma de ese contenedor del poder, es decir, que cada una de las categorías del delito y de las penas sean las compuertas que en cada caso vayan dejando pasar esa violencia institucional de la forma menos irracional, dejando excluidas de lo que es el Estado de Derecho, todas aquellas formas de violencia irracional, ilegítima e innecesaria, y que de dejarse desbordar sobre los individuos, violenten los principios de la libertad y la igualdad, anulen las condiciones de supervivencia del Estado de Derecho.

4.3 PRINCIPIOS INTRASISTEMICOS DEL SISTEMA PENAL DEL ESTADO DE DERECHO.

Como ya lo hemos precisado en la sustancia punitiva, que lo es el derecho penal mismo encontramos que en un Estado de Derecho, éste debe encontrarse conformado de manera congruente entre todas y cada una de sus categorías; así mismo, la consecuencia de su aplicación debe brindar certidumbre y coherencia. Tal conformación sistemática ha de encontrarse estructurada de tal forma que en cada categoría del delito, el margen de captación de la vida humana, es decir, el grado de restricción de la libertad del hombre debe ser el menor, de tal suerte que

se permita la mayor libertad posible, ya que esa es la esencia del Estado de Derecho. En razón de lo anterior es que para asegurarse de tal resultado, o por lo menos de la programación sistemática de los mismos, es que se han ido recopilando una serie de principios que han de servir de referencia para construir el derecho penal, instrumento estatal que como dijimos sirve de fundamento y límite de la intervención estatal en la vida de los gobernados, o como lo dirían los críticos, es el margen de violencia institucionalizada permisible formalmente, que debe ser lo menos irracional posible.

En razón de lo anterior es que se han recopilado una serie de principios que harían que el derecho penal, como contenedor de la violencia irracional, funcione “inteligentemente” y permita la realización del Estado de Derecho, siendo, entre algunos otros que pudiesen agregarse según lo escrupuloso de la observación, los siguientes:

- A) Principio de acto.
- B) Principio de tipicidad.
- C) Principio del bien jurídico.
- D) Principio de culpabilidad.

Como puede observarse los anteriores principios se refieren a las distintas categorías de la teoría del delito y cada uno de ellos sería la exigencia intrasistemática del sistema penal, concretamente en su parte nuclear, el derecho penal, en tal virtud tales criterios se desarrollan de la siguiente manera:

A). Principio de acto. El primero de los principios que deben de conducir la construcción del derecho penal lo es el principio de acto. En efecto, el derecho y particularmente el derecho penal debe regular comportamientos humanos, acciones humanas, actos del hombre. Bajo esa perspectiva queda excluido del campo penal todo aquello que aunque tenga relación con el hombre no quepa en el ámbito de su comportamiento, de su hacer; es decir, su pensar, sus ideas, su forma de ser y su personalidad son un campo vedado para la represión jurídico penal. En tal situación, solo puede punirse lo hecho o lo hecho por el hombre, es decir su acción o su omisión, de tal modo que resulta ya de entrada una garantía esperar que solo los comportamientos -activos o pasivos- del hombre puedan ser reprimidos, ello implica, desde luego, que en sociedad el hombre tiene, por lo menos en cuanto a la reacción penal compete, la más amplia libertad de ser como quiera ser, de pensar y de creer lo que a su gusto e interés convenga, es decir, no se pueden punir ideas ni maneras de ser, presupuesto necesario para la realización

de la igual - libertad que es la esencia de un Estado justo, de un Estado de Derecho.

B). Principio de tipicidad. Como aspecto central de principio de legalidad aparece el principio de tipicidad, ya que el principio de legalidad resulta negatorio si los textos legales no señalan con precisión cuáles son las conductas, a las que nos referimos en el inciso anterior, que son penalmente relevantes. Por principio de cuentas se requiere que existan los tipos penales, sin embargo tales figuras deben ser descriptivamente completas, sin prestarse a equívocos. Ello se logra desechando el uso de términos imprecisos o ambiguos y estableciendo de manera completa el comportamiento que se ha de considerar punible. El principio de tipicidad conlleva la elaboración de una ley cierta, lo que implica la identificación precisa del hecho punible. La utilización de vocablos imprecisos vulnera el principio de certeza, pero también deja la puerta abierta para que en su aplicación se cometan arbitrariedades y subjetividades interpretativas que vulneran el principio de legalidad y resquebrajan la seguridad y certidumbre jurídica.

Hoy día en el mundo entero se ha percibido un fenómeno al que Muñoz Conde denomina la desformalización del principio de legalidad y que se

manifiesta con la creación de las llamadas leyes penales en blanco, que no son sino tipos penales que no describen un comportamiento completo, sino que para completarlo se requiere remitirse a otros ordenamientos legales incluso de distinta naturaleza, llegándose al extremo de que una violación administrativa puede elevarse a la categoría de delito ante esa remisión, lo cual sin duda es un fenómeno preocupante por la llamada desformalización del principio de tipicidad y de legalidad, donde el derecho penal se va diluyendo tornándose incierta la capacidad criminalizante del Estado a través del derecho penal.¹²³

C). Principio de culpabilidad. En la construcción sistemática del derecho penal, si bien es esencial que el Estado solo intervenga con su poder punitivo en los casos de conductas que se encuentren descritas en la ley, eso es necesario, pero no suficiente para justificar las penas. En efecto, se pueden establecer que como requisitos de la captación del hecho es menester que se den los dos anteriores presupuestos, sin embargo ello no es suficiente para justificar la intervención del Estado con la imposición de una pena, se requiere que ese

¹²³ Conde Muñoz, F. Catedra impartida en el Master Internacional de Derecho Penal que se imparte en la Universidad Autónoma Metropolitana, México D.F. marzo del 2000.

comportamiento humano, legalmente receptado, sea un comportamiento realizado con capacidad de libertad y por ende un acto reprochable, de tal suerte que esa reprochabilidad es la justificación con que el Estado cuenta para poder imponer una pena.

La reprochabilidad del hecho realizado es el consecuente de la culpabilidad, no debe existir pena sin culpabilidad, ese es un principio imprescindible para justificar la imposición de las penas. Además de ser el fundamento de las penas, de manera dialéctica también constituye el límite de las mismas, no se debe punir mas allá del límite de la culpabilidad, ello constituiría un exceso y una arbitrariedad estatal, por ello el análisis del injusto personal -la culpabilidad- es una condición imprescindible para la intervención estatal y la consecuencia penal, de tal suerte que de ahí se deriva el criterio de proporcionalidad de la reacción penal, principio que sustenta todo sistema democrático moderno y sin el cual no se concibe, una reacción penal con límites precisos.

D). Principio del bien jurídico. Como elemento esencial de la construcción del derecho penal, concretamente de los delitos, como unidad sistemática del

mismo, se encuentra el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, podríamos aseverar que la mayoría de los penalistas contemporáneos, con honrosas excepciones¹²⁴, establecen la exigencia de que el derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son los valores que el Estado estima fundamentales para el orden social y jurídico-político. El problema de la definición y la función del bien jurídico es evidentemente un problema de la política penal del Estado, por eso, lo mismo que la ley se trata de una decisión política.

Al bien jurídico se le han asignado una serie de funciones, mismas que le dan sentido y moldean el tipo de ordenamiento punitivo pretendido. Así pues, se le suelen atribuir las siguientes funciones:

A).-Justificador punitivo. En esta función se toma al bien jurídico como el referente de necesidad de la intervención punitiva del Estado, es sin duda un elemento esencial en la consideración y aplicación de criterios extra sistemicos como el de la intervención mínima y la proporcionalidad de las

¹²⁴ Con relación a ese tema véanse las obras de G. Jakobs, que desarrolla el funcionalismo sistémico con el postulado de que la misión del derecho penal es asegurar por sobre todas las cosas la vigencia de la norma, sin otra referencia ontológica o material legitimadora, mas que la defensa del sistema social, tesis que desarrolla a partir de la teoría funcionalista sistémica de Luhman.

sanciones, de igual forma resulta imprescindible sea toma en cuenta para los efectos de los fines de las penas, ya que este concepto nos indica no solo que se protege, hasta donde, y en ocasiones es útil para responder para que se proteja y en su caso se sanciona.

B).- Límite del ius puniendi. No sólo en lo relativo al criterio de proporcionalidad es útil, sino que el concepto de bien jurídico resulta esencial para que el Estado cuente con facultad punitiva, por lo que así, solo habrá de emitirse una ley penal en razón de proteger bienes jurídicos y no de otra especie o con ausencia de éstos.

C).- Orientador teleológico. Esta función se refiere a un sentido interpretador de los tipos penales, considerándose que “el bien jurídico es el concepto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos..”¹²⁵ Lo anterior se hace evidente cuando en los catálogos punitivos se clasifican los tipos penales de acuerdo a los bienes jurídicos protegidos.

¹²⁵ Jescheck Hans HOb.cit.p.352.

A reserva de incurrir en la omisión de referir algunos otros principios que deben ser tomados en cuenta en la construcción dogmática de las normas penales, consideramos que si bien podrían aludirse algunos otros criterios, en una construcción interna del derecho, con coherencia y correspondencia directa con los principios que en el área política hemos referido como propios del modelo estatal ideal, la consideración de los principios antes abordados consolidarían la construcción del derecho penal propio de ese modelo político, por ende la ausencia de alguno o de más de éstos implica la presencia de un modelo estatal que no se puede calificar de derecho, en el concepto moderno.

4.4 PRINCIPIOS OPERATIVOS DEL SISTEMA PENAL.

Por otra parte, con relación al funcionamiento del sistema punitivo encontraríamos otra serie de principios que arrojarían a los principios políticos y sistemáticos anteriormente señalados en una coexistencia necesaria y congruente en aras del respeto de los derechos fundamentales del hombre y de una realidad punitiva racional. Tales principios serían esencialmente los siguientes:

- a) Principio de presunción de inocencia.

b) Principio de jurisdiccionalidad.

c) Principio de defensa adecuada.

Como podrá verse, los anteriores principios nutren al derecho penal y al sistema punitivo de tal suerte que cada uno de ellos va apuntalando limitantes al ius puniendi o a la llamada potencia puniendi, de tal modo que en una relación dialéctica entre el Estado y el hombre mismo establece límites de actuación del primero sobre el segundo, brindándole mayor seguridad y tornándose más respetuoso de los derechos fundamentales. Debemos reconocer que la referencia a los anteriores principios desde luego no implica la totalidad de los criterios limitadores del poder punitivo, son quizás los más importantes, pero sin duda se podrían agregar algunos más que afinarían más el pretendido Estado de Derecho.

A diferencia de los principios intra sistemáticos, que son los que en nuestro concepto han de nutrir la parte esencial del sistema (el propio derecho penal), en su operación el sistema ha de respetar otros criterios que conformarían, conjuntamente con los anteriores principios, integralmente al sistema penal "inteligente" que permitiría la exclusión del Estado de policía. Dichos principios complementarios son los siguientes:

a) Principio de presunción de inocencia. En la aplicación fáctica de las normas penales, la ley y los ejecutores del sistema han de actuar reservando cualquier consecuencia afectiva para las personas involucradas en los procedimientos penales hasta en tanto no se realice la acreditación plena del hecho delictivo atribuido y la responsabilidad penal, ya que imponer cualquier tipo de medida que afecte el margen de libertad del individuo implica, desde luego, imponer una violencia estatal injustificada y por ende deslegitimada. Medidas restrictivas como la prisión preventiva, han de ser reguladas de forma que su uso se restrinja a casos de excepción y no a una regla de aplicación general.

b) Principio de jurisdiccionalidad. Esta garantía implica el hecho de que toda consecuencia penal ha de ser resultado de la verificación efectiva de un procedimiento penal, ante un tribunal competente para tal efecto, en el cual se observen todas las reglas procesales dispuestas para el mismo, lo que implica que las penas (o medidas de seguridad) han de ser resultado de una decisión judicial en la cual en respeto del principio de legalidad intrasistemáticamente hablando, se compruebe la existencia del hecho, de su carácter delictivo y de la intervención del gobernado en alguna de las formas que le impliquen un grado de

responsabilidad penal, de tal suerte que la consecuencia dispuesta se encuentre justificada procedimentalmente.

e) Principio de defensa adecuada. Hasta donde hemos señalado, los principios enunciados han sido referidos en relación o bien al derecho penal mismo o a la forma de actuar de los ejecutores del sistema, sin embargo atentos a la dinámica procedimental instaurada en un sistema acusatorio, conlleva la factibilidad de que los sometidos al procedimiento penal han de poder contar, en todas las etapas del mismo, con una efectiva institución de defensa, es decir con una figura especializada en la materia, que tenga la posibilidad de realizar todas las acciones pertinentes para rebatir, en todo caso, los elementos fácticos y legales que justifican el enderezamiento del procedimiento en su contra, o bien, para vigilar que los ejecutores del sistema no se excedan de los marcos legales que les corresponden, es decir se requiere la instauración de una institución garante de la legalidad sustantiva y operativa del funcionamiento del sistema.

Sin duda se podrían recopilar muchos más principios que afinarían la forma y el funcionamiento del sistema punitivo, criterios que filtren de mucho mejor manera la violencia estatal a los límites menos irracionables posibles y hagan permisible la realización del modelo estatal que sea respetuoso de la

libertad e igualdad de los individuos, ya que de lo contrario, sin tomar en cuenta tales premisas en la construcción interna y externa del sistema, la factibilidad de que se cometan abusos y arbitrariedades sería permanente, el derecho penal no se convertiría en un contenedor del poder, sino en un factor más de la violencia estatal perdiendo la función que le da importancia, y que es precisamente la de brindar seguridad jurídica a través de racionalizar la violencia penal inherente en todo Estado.

4.5 LA PROGRAMACION LEGAL DEL MODELO DEL ESTADO MEXICANO.

Ya habíamos precisado que la ley es la que establece la estructura y programación del funcionamiento de todo el sistema penal, desde la creación misma de la ley penal hasta la ejecución de las consecuencias penales. Ahora bien, es en la ley suprema de un país, o sea en su Constitución política en la que se establecen las bases estructurales y los principios orientadores del subsistema punitivo, la esencia de la constitución es la distribución del poder y el establecimiento de principios encauzadores y limitadores del mismo. Al

remitirnos al contenido de nuestra ley suprema podemos aseverar que el Estado Mexicano se erige como un Estado de Derecho.

En efecto, si como lo habíamos señalado el Estado de Derecho es un modelo estatal en el que campee el principio de legalidad, la división de poderes, tenga un origen y una finalidad democrática y que procure la satisfacción y la defensa de los derechos fundamentales de los gobernados, de acuerdo a las bases estructurales del Estado Mexicano en éste confluyen, por lo menos legislativamente todos y cada uno de esos criterios.

Por una parte, se da una división de poderes, estableciéndose en el artículo 49 de la Constitución Política que “El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, disponiéndose además precisiones normativas para salvaguardar el funcionamiento autónomo de cada uno de ellos, aún y cuando se procura una relación de coordinación, pero no de dependencia entre ellos.

Si bien es cierto que existen dos grandes sistemas de gobierno: el parlamentario y el presidencial, en nuestro sistema de gobierno, si bien es cierto que los detentadores del poder son tres y se encuentran separados formalmente, el realce político que el sistema le concede al titular del ejecutivo permite

identificarlo como un régimen presidencial, en el cual la preponderancia que históricamente ha tenido el presidente de la república sobre los otros dos poderes ha vulnerado materialmente esa separación, dato que se refleja en las dependencias del ejecutivo sobre otras con las que inter-relaciona.¹²⁶

Por otra parte, se establece además que la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo, quien tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno, lo que le da las bases democráticas de su conformación, que se reafirman al señalar que, entre otras obligaciones del Estado, éste será democrático “considerando la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.¹²⁷

A diferencia de otros países que en su Constitución Política establecen de manera clara el modelo de Estado que adoptan, en el Estado Mexicano las características del mismo se van desprendiendo de diversos preceptos, de tal

¹²⁶ Sobre el tema véase la obra denominada “El Presidencialismo Mexicano” de Carpizo M. Jorge. Siglo XXI Editores. México. 1998, en el que desarrolla un análisis de las características del Estado Mexicano particularmente en lo relativo al poder ejecutivo.

¹²⁷ Inciso a. de la fracción II del Artículo 3°. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

suerte que como hemos referido, en un apartado de la misma se establece el principio de la división de poderes, mientras que la legitimidad de su origen y sus modificaciones se hacen depender de la voluntad popular, lo que le da el cariz democrático requerido en el concepto moderno del Estado de Derecho.¹²⁸

Así mismo el carácter social del modelo estatal se va conformando en distintos pasajes de la Ley Suprema del país. Los primeros artículos de la Carta Magna, aún y cuando se definen como garantías individuales, no dejan de tener un marcado contenido social, más que individual; la educación, la prohibición de esclavitud, el derecho al trabajo y el derecho a la asociación, entre otros, se encuentran referidos, evidentemente a un individuo socialmente considerado y no a una protección de sujetos particulares. Por si ello no quedara lo suficientemente claro, con un matiz más social se incluyen regulaciones relativas a la distribución de los ingresos y la riqueza que referidas al desarrollo económico del

¹²⁸ La Constitución Política Española de 1978 (al igual que la Alemana) ha señalado de manera precisa el modelo estatal que adoptan, estableciendo en su artículo 1º: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que pugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político..."

país que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución.¹²⁹

Por otra parte, la garantía de jurisdiccionalidad se encuentra también establecida formalmente, ya que en párrafo segundo del artículo 14 de la CPEUM¹³⁰ lo establece claramente al señalar que “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”, de tal suerte que se establece como exigencia fundamental el filtro jurisdiccional para legalizar la afectación de los derechos de los gobernados.

Con tales referencias constitucionales, es indiscutible que en el plano constitucional el Estado Mexicano se establecen las bases para la construcción

¹²⁹ Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”

¹³⁰ CPEUM=Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de un Estado de Derecho, con los matices de socialidad y democracia que le son propios hoy día, datos a los que se le agregan, en un apuntalamiento de su carácter democrático, la existencia de un pluripartidismo político en ejercicio de la libertad de creencias y de asociación, fenómeno que hoy más que nunca se ha tornado una realidad política de nuestro país, de tal suerte que de acuerdo con la Constitución Política el Estado Mexicano es legítimo, al emanar de la voluntad del pueblo, es democrático y social al buscar la realización de la libertad y la igualdad de todos los mexicanos, concibiendo a éstos como individuos con capacidad de asociación y decisión, libertad que solo puede ser coartada a través del ejercicio jurisdiccional en el que cada hombre sea oído en juicio como premisa para que el Estado le restrinja sus derechos, como requisito para que el Estado, en su caso, aplique su poder punitivo sobre éstos.

Con relación a ese tópico el Dr. Moreno ha señalado que su percepción al respecto es que nuestra Constitución plantea un Estado de Derecho, que es un Estado democrático porque todo el poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste; precisando textualmente que en su opinión “el Estado viene a ser , por tanto, una entidad, una estructura, creada por el mismo pueblo, el que le ha asignado una serie de funciones, las que se deben realizar, naturalmente para su beneficio, no puede entenderse de otra manera. Entre esas

funciones fundamentales se encuentran: la seguridad social, la seguridad jurídica, la justicia, la educación, la salud, el respeto de la dignidad humana y las libertades individuales, etc.”¹³¹

Las anteriores apreciaciones son compartidas por los constitucionalistas nacionales y extranjeros, y de ello se desprende que a nivel constitucional el Estado mexicano no se erige como un Estado absolutista, un Estado autoritario y tirano, ya que cuenta con directrices en las que el respeto por los derechos fundamentales es su principal objetivo, estableciendo, fórmulas institucionales y legales que restringen el poder punitivo.

4.5.1 EL SISTEMA PENAL MEXICANO A LA LUZ DE LA LEGISLACION CONSTITUCIONAL

Con las anteriores bases legales de la Carta Magna sobre la conformación del modelo estatal se construye el aparato punitivo y se establecen las bases para su funcionamiento. Por principio de cuentas en la propia Constitución Política han insertado una serie de principios que establecen los criterios orientadores

¹³¹ Moreno Hernández. M. Ob. cit. p. 45.

del sistema penal, algunos se expresan de manera clara y otros se desprenden del contexto de todos ellos. Así pues, como ya lo habíamos anotado, encontramos el principio de jurisdiccionalidad, que como criterio genérico se había ya apuntado en el modelo estatal, resulta incuestionable que constitucionalmente se desprende como principio básico en la materia punitiva, que solo mediante una actividad jurisdiccional, o sea del órgano estatal encargado de aplicar la ley, se podrá justificar la imposición de una pena, así mismo establece de manera clara que esa facultad solo le es propia a los Jueces, de tal suerte que el Estado se irroga la potestad punitiva, desechando del modelo social la venganza privada.¹³²

En el plano operativo además de establecer la creación de los tribunales penales y la facultad punitiva de los jueces, se dispone de una diversa institución, de un agente ejecutivo que “alimenta” de casos a los tribunales penales y que cuenta con la función formalmente descrita como la de “perseguir al delito”, en una extraña mixtura de representación de la sociedad y al mismo tiempo de la víctima, de tal suerte que la tarea investigadora y la consecuente acción penal le es exclusiva a ese órgano del poder ejecutivo que

¹³² Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial...”.

se conoce en nuestro sistema como Ministerio Público.¹³³ En la propia Carta Magna se prevé la institución de la Defensa, a la que se le asignan ciertas facultades controladoras y compensadoras, en cierta medida, de la omnipotencia con que el Estado se presenta ante el sujeto que es sometido por el sistema, estableciendo una trilogía procedimental en la que se desarrolla la dinámica jurisdiccional. Luego entonces, atentos a las bases antes señaladas podemos aseverar que la Constitución Política, en el plano operativo, establece las bases de un sistema procedimental en el que un miembro del Estado, el Ministerio Público investiga y acusa (en la expresión más amplia de la palabra), existe contemplada la figura de la defensa, con presencia y facultades en cada momento procedimental y un Juez, otro servidor estatal, que es el único facultado para imponer penas, siendo esa la programación orgánica de la Constitución para la solución de los conflictos sociales que son captados por la legislación penal.

También en el plano constitucional es donde en nuestro sistema se establece el principio de legalidad como principio fundamental en la materia

¹³³ Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos "...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...".

penal, así como una serie de garantías del sometido al poder punitivo todas ellas constitutivas de limitantes y condicionantes de la actuación del poder estatal en lo concerniente a la acción penal, en las que se procura la salvaguarda de la libertad y el derecho de defensa.¹³⁴

¹³⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Artículo 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida., de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata...

Art. 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A.-Del inculcado:

I.- inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio público, el Juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberá ser asequibles para el inculcado.

En circunstancias que la Ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el Juez podrá revocar la libertad provisional;

II.- No podrá ser obligado a declarar. queda prohibida y será sancionada por la Ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III. Se le hará saber en audiencia pública y, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo;

En la ley fundamental también se han incluido figuras procesales que se exigen acreditar fundada y motivadamente para poder activar resoluciones judiciales que restringen la libertad de las personas: El cuerpo del delito y la responsabilidad penal son las figuras jurídico procesales en las que el principio

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndosele el tiempo que la Ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación.

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar un defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la Ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

B.-De la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica: ser informado de los hechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite ser informado del derecho del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuenta, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño;

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley, y

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

de legalidad ha de concretizarse para la acreditación del hecho delictivo de que se trate y en consecuencia se justifique legalmente la afectación de los derechos del gobernado a través del sometimiento a un procedimiento y en su momento a sufrir una pena.¹³⁵

Por lo antes señalado es que podemos asegurar también que en el plano formal el Estado Mexicano, es un Estado de Derecho ya que los principios que le son característicos a ese modelo estatal son receptados por nuestra Carta Magna, la división de poderes, el principio de legalidad, la legitimada por el origen y la protección de los derechos fundamentales, siendo que en la materia punitiva, el sector o subsistema penal cuenta con las bases legales para la construcción y realización de los principios antes referidos y que dan vida a un moderno Estado de Derecho.

¹³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

artículo 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que fune y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del cuerpo del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste...

Hemos de acotar aquí que tenemos de aceptar que en términos generales la Constitución Política del país perfila la construcción de un Estado de Derecho, ahora bien, en la materia punitiva es donde en nuestro concepto resulta esencial su realización, ya que es esa área estatal donde la realización de tal modelo político habrá de encontrar un nicho en el que el respeto de sus lineamientos resalten notorios y palpables en la actuación de las autoridades y en la seguridad jurídica, puesto que es el sector en que el Estado puede invadir en mayor o menor medida la vida y la libertad de los individuos a través de su arsenal punitivo y que tradicionalmente en la época moderna mediante la prisión, libertad que a final de cuentas constituye el motor del resto de la vida social. Por ello, aún y cuando el programa constitucional proporciona las bases de la seguridad social, de educación, de salud, de economía, etcétera, no se lograría nunca la realización del Estado de Derecho si esas bases no se complementan con un aparato de justicia penal armado y con un funcionamiento ajustado en la medida de lo posible, a los principios que le dan origen y que son los ideales.

4.5.2 REFLEXIONES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA PENAL MEXICANO.

Habíamos mencionado al inicio de este trabajo que la época actual es un tiempo de cambios, de nuevas formas, de argumentos más reflexivos, pero sobre todo de un sentido crítico. Al momento de escribir estas líneas en México se vive un momento de transición, la expectativa de una transición y la alternancia política histórica es la experiencia nueva que se vive y se siente en cada corazón compatriota, la incertidumbre sobre el cambio de modelo estatal subsiste y por ende de mejores expectativas de vida. Ante ello subsiste una realidad que difícilmente cambiará en corto plazo y aún en mediano plazo, una realidad que provoca el desencanto y la desesperanza de que las autoridades y concretamente las autoridades penales cumplan por lo menos con las exigencias normativas vigentes.

Sobre el tema, tanto expertos en la materia como el hombre común consideran que se vive un momento de crisis y con relación a las razones de esa crisis, el Dr. Moisés Moreno ha recopilado algunas opiniones sobre el particular en las que expresa la observación de que en el sistema de justicia penal no todo

marcha bien, sistematizando dichas razones de la siguiente manera: La existencia de leyes penales obsoletas (tanto sustantivas como procesales y ejecutivas) que, además de no adecuarse totalmente a los principios que la propia Ley Fundamental establece, ya no responden a las necesidades actuales ni se corresponden a las concepciones de la ciencia penal y la política criminal moderna. Deficiente administración de justicia penal, en su sentido amplio que a su vez es atribuible a que en el enjuiciamiento penal mexicano vigente existen resabios inquisitivos, que posibilitan mayor arbitrariedad por parte de quienes intervienen como agentes del poder; a que no existe un órgano judicial realmente autónomo y absolutamente imparcial; la jurisprudencia es a menudo contradictoria e inconsistente; y a que existe complejidad y lentitud de los procedimientos, en virtud de obsoletas e incongruentes normas y viciadas prácticas procesales. No hay estabilidad en los jueces, ni seguridad jurídica para ellos, que puedan posibilitar un verdadero arbitrio judicial; existe una gran burocracia y notoria e innegable corrupción administrativa, que encierran a la justicia en callejones sin salida. Se ha señalado también que existe un deplorable Estado de las prisiones, donde, además de la superpoblación carcelaria se da un abuso de poder, corrupción administrativa y desvinculación con los otros sectores

del sistema de justicia. Finalmente apunta que hay un abuso del recurso de la prisión preventiva y una falta de planificación integral de la política criminal.¹³⁶

En efecto, la realidad penal deja mucho que desear, la ley y la forma en que es aplicada conllevan una serie de aspectos negativos hacen que la realidad penal sea muy distinta de lo que se podría esperar en un Estado de Derecho y a la programada constitucionalmente. Desde nuestra perspectiva y en una apreciación semejante a la del Dr. Moreno nosotros encontramos que por un lado en el proceso de globalización y de modernidad social el fenómeno criminal ha invadido áreas del hacer humano que no han sido reguladas o que lo son de manera incompleta e imperfecta, ello en razón de que no habían sido realizadas en épocas pasadas, pues se advierte que ante la vertiginosidad de la vida moderna de un día para otro, surgen un sinnúmero de acciones humanas, algunas de las cuales sin duda van cargadas de un disvalor humano y social que merece el reproche penal pero que no se han atendido normativamente. La corrupción ha invadido todos los segmentos del sistema penal, mayormente en los sectores policíacos, ministeriales y relativos a la prisión; la impunidad es una constante en nuestra sociedad, las ejecuciones sin captura de los responsables son la nota

¹³⁶ Cfr. Moreno Hernández M. Ob cit. pp.52 y ss.

constante de los diarios; la existencia de figuras delictivas y de normas ejecutivas obsoletas distrae al aparato penal de cuestiones relevantes; basta observar los criterios directivos, si los hay, en cada uno de los segmentos del sistema punitivo para advertir en seguida la falta de una programación político criminal integral. Todo lo anterior constituye un lastre que aumenta día con día la ya de por sí pesada carga de la tarea que el sistema penal tiene encomendada.

El peligrosismo es una influencia que difícilmente se logrará erradicar del pensamiento de los legisladores y los operadores fácticos del sistema punitivo, lo cual sería deseable por lo menos en las áreas legislativas y judiciales y si bien de la legislación sustantiva ha desaparecido la referencia a la peligrosidad como fundamento de la graduación de las penas, los jueces irremisiblemente, por la ancestral y arraigada cultura positivista, reconducen sus reflexiones a la idea de la peligrosidad, o en el mejor de los casos, aún aludiendo al diverso concepto de la culpabilidad, inconscientemente siguen dando preponderancia a los aspectos de la personalidad del procesado y a los cuestionables informes de los estudios de personalidad como sustento de la graduación punitiva. La instrumentalización del hombre no es una práctica que se vislumbra erradicable en corto plazo ya que los criterios de prevención general negativa aún siguen esgrimiéndose en la

actuación de los jueces, caso en el cual se utiliza al hombre como instrumento para buscar un sentimiento en el resto de la colectividad; el sistema procedimental penal aún resulta inquisitivo en algunos de sus aspectos, sobre todo en la etapa de la averiguación previa; el poder judicial sigue dependiendo en buena medida, por lo que hace a la cuestión presupuestal, orgánica y operativamente, de la voluntad del Ejecutivo; en torno a la inseguridad en la aplicación de las leyes, se han reconocido fenómenos de corrupción judicial no solo por motivos económicos sino por sometimiento y complicidad de intereses políticos.¹³⁷ La cárcel es y seguirá siendo un foco de contaminación criminal y de desculturización, y la rehabilitación, es un sueño quimérico e irrealizable a través de la prisión, por lo menos en las condiciones en que hoy la conocemos; la reincidencia es la evidencia más palpable de su fracaso como la noble institución de que se presume; el procedimiento penal es por su forma de operación un proceso de selección criminalizante de la población, que lejos de

¹³⁷ Con relación a ese fenómeno Alejandro Bringas y Luis Roldán Quiñones, habiéndolo vivido en carne propia escribieron la obra denominada "Las Cárcenes Mexicanas" donde señalan que: "con el fin de obtener una visión más profunda del fenómeno, es necesario agregar un elemento que explica el mecanismo de la fabricación de delincuentes: la existencia de un staff de jueces de consigna... Los jueces de consigna son aquellos individuos sin escrúpulos que realizan el "trabajo sucio" de encontrar culpable a como dé lugar al ciudadano que le indiquen. Se distinguen sustancialmente de los demás administradores de justicia por que en sus juzgados se radican los "casos importantes" para ser procesados en función de las instrucciones que reciban, ya sea ayudando al inculcado a evadir el peso de las leyes, o para dictarle sentencia condenatoria al margen de su culpabilidad. ("Las cárceles mexicanas" Edit. Grijalvo. México. 1998. pp.48 y 49.)

confirmar las ideas positivistas de Lombroso, le corrobora ese carácter selectivo que los criminólogos críticos le atribuyen; la incertidumbre en la aplicación de la ley es una constante, en los tribunales de fuero común y federal la interpretación de la ley es un ejercicio particular y asistemático; así mismo el abuso de la prisión preventiva evidencia la violación del principio de inocencia ya que ésta se erige en una verdadera pena sin delito y sin delincuente.

Como lo hemos apuntado hoy día se viven situaciones incorrespondientes con el modelo estatal ideal, ya que se tolera la existencia y actuación de grupos guerrilleros fuera de todo marco jurídico e incluso existen regiones del país inaccesibles para las autoridades legítimas de la federación; se pasan por alto actos delictivos de sectores sociales inconformes; se hacen declaratorias judiciales que no se han de cumplir por conveniencias políticas (como por ejemplo órdenes de aprehensión contra jefes guerrilleros); la idea de la tolerancia social ha conducido a muchos fenómenos de anarquía, en que las autoridades no actúan y no ejecutan las disposiciones legales vigentes, todo ello en función de las expectativas de los momentos electorales que se vivan y del efecto de la aplicación o no del poder político y el propio derecho, nadie puede negar que en muchos casos la ley misma es aplicada en uno o en otro sentido,

en razón, no de cierto principio de derecho o criterio jurisprudencial, sino de otros intereses o conveniencias; la inseguridad e inestabilidad de los jueces por el efecto político de sus decisiones ha sido una situación amenazante que en algunos casos se ha tenido que ponderar en la función cotidiana no solo de dichos servidores, sino de la mayoría de los ejecutores penales; la delincuencia organizada ha invadido al propio gobierno en el que altos funcionarios se han visto involucrados en actos delictivos que generalmente no son sometidos a un procedimiento penal y en algunos casos tienen un desenlace extraño y trágico que impide el conocimiento completo de los involucrados y el alcance de los actos delictivos realizados.¹³⁸

¹³⁸ Con relación a la situación del sistema de justicia en nuestro país la preocupación no solo se ha reflejado en los trabajos de los juristas especializados, los medios de comunicación incluyendo la prensa han abordado recientemente el tema, como lo hace el periodista Luis Rubio en su artículo denominado: "¿Estado de Derecho?" en el que realiza un análisis en el que expresa circunstancias coincidentes con las de los doctrinarios, que incluye aspectos de nuestra propia propuesta señalando en lo medular que: "A los mexicanos nos encanta hablar del Estado de Derecho, aunque todos sabemos que vivimos en un estado de indefensión y, frecuentemente, — indefensión jurídica—. Nos referimos a la interminable colección de leyes y reglamentos con que contamos, y que nunca atendemos, excepto, cuando algún funcionario opta por la arbitrariedad en pleno. Las leyes y reglamentos están ahí no para proteger a la población sino para acosarla, mediatizarla e impedir que se transforme en una ciudadanía pujante, vigorosa y exitosa. El momento político que estamos viviendo constituye una oportunidad excepcional para sentar los cimientos de un Estado de derecho en pleno... La vigencia de un Estado de Derecho se fundamentó en tres características esenciales: a) la garantía política y jurídica de los derechos individuales y de propiedad; b) la existencia de un poder judicial eficiente que disminuya los costos de transacción y que limite en forma efectiva el comportamiento predatorio de las autoridades, especialmente las burocráticas; y c) la existencia de un ambiente de seguridad jurídica consistente en que los ciudadanos puedan planear la realización de sus propios objetivos en un contexto de reglas conocidas y con certeza de que las autoridades no usarán el poder coercible en su contra y en forma arbitraria...". Domingo, 18 de febrero del 2001, Periodico Reforma. Página 19 A.sección editorial.

Ciertamente hablar de los fenómenos que se viven día con día en el sistema penal mexicano implicaría, para que fuese un dato objetivo, que se analizara a detalle el marco legal vigente y la operación cotidiana de cada uno de los agentes del sistema, de los policías, de los Ministerios Públicos, de los juzgadores y de los carceleros, de tal suerte que al final del camino analítico se pudiese corroborar el enviciamiento del sistema penal que no se revela contra las críticas de los pensadores modernos, que de alguna manera sigue siendo un área de poder que se arma, se aplica y se justifica en razón y con motivo de modas teóricas que solo envuelven en un velo de formalidad una realidad que dista mucho de ser reflejo de lo programado constitucionalmente.

Sin duda el análisis del funcionamiento del sistema penal mexicano merecería un estudio multidisciplinario y extenso que abarcaría varias obras, empero existen realidades que no exigen mayor esfuerzo de captación que lo que el hombre medio percibe, sobre todo cuando se parte de una base teórica como de la que hemos ido formando nuestro desarrollo teórico -el Estado de Derecho-; así pues, sobre la base de lo todo lo antes expuesto se advierten algunas reflexiones que deben ser tomadas en cuenta para que en su momento se pueda cuestionar y enderezar el camino de la vida institucional para la

construcción de un sistema penal más congruente y la consecución de metas más ambiciosas en las que se brinde una mayor seguridad jurídica y un margen más amplio de respeto por los derechos fundamentales de los gobernados. Para lo anterior podríamos proponer que se partiera de ciertas bases ideológicas:

Debe concebirse al derecho penal como un instrumento de poder.

El Estado no realiza sus fines con la mera creación de la ley.

Al derecho penal y al funcionamiento del sistema penal debe concebirse como el reflejo de una línea de pensamiento y de una política general de gobierno.

La política gubernamental en materia de justicia penal es correspondiente con la línea política general.

La Dogmática penal es la esencia que nutre al Derecho Penal y al sistema penal y en la construcción dogmática de los delitos y de las penas se habrán de tomar en consideración los fines político criminales.

La forma y sistemática del delito ha de entenderse como una expresión esquemática de una decisión política, que permite más o menos márgenes de libertad del individuo.

La práctica del sistema penal en cada uno de sus sectores corrobora y ratifica al modelo estatal.

Como expresión de poder el derecho penal tiene un discurso que tiende a justificar la existencia de ese aparato teórico represivo.

Finalmente, después del desarrollo temático que hemos realizado a lo largo del presente trabajo sobre los tópicos nucleares del sistema penal y el Estado de Derecho, creemos estar en condiciones de formular las conclusiones de las observaciones realizadas.

CONCLUSIONES:

1. En la actualidad el derecho penal vive una etapa de reformulación metodológica y una redimensionalización de la dogmática.
2. La política criminal es la disciplina que hoy se vincula a la dogmática penal buscando una racionalización y vinculación de ésta con la realidad.
3. En la evolución de la dogmática penal se ha denotado la búsqueda de un sistema coherente que contenga al poder punitivo en la mayor medida posible.
4. En el discurso jurídico penal existen conceptos paradigmáticos equívocos o parciales.
5. Se estima que en el funcionamiento del sistema punitivo se realiza el Estado de Derecho al aplicarse la ley.
6. No cualquier tipo de ley es constitutiva del Estado de Derecho.
7. El Estado de Derecho, en el sistema punitivo se concibe parcialmente como un Estado en el que esencialmente campea el principio de legalidad.

8. El concepto moderno del Estado de Derecho implica no solo el imperio de la ley, además de su origen democrático, en la materia penal implica un sistema racional en el que la construcción dogmática de los delitos conlleve el respeto de la dignidad y la libertad del hombre, impidiendo el desbordamiento irracional del poder punitivo estatal.

9. En la realización del modelo estatal a través del sistema de justicia es imprescindible que se tomen en cuenta los distintos fundamentos y fines de la pena.

10. El sistema penal en cada uno de sus subsistemas realiza en su funcionamiento el modelo estatal al que corresponde.

11. Cuando en el funcionamiento del sistema penal se vulneran los principios político criminales propios de un Estado de Derecho -extra o intrasistemáticos- se da una ruptura del Estado de Derecho y se cae en un Estado totalitario.

12. En atención a la evolución de la Teoría del Estado y del propio derecho penal, el paradigma tradicional del Estado de Derecho, como un mero Estado de leyes se ha roto, de tal modo que la ley penal en su creación y

aplicación ha de respetar los principios que sustentan al moderno Estado de Derecho, por lo que si bien se pudiera respetar el principio de legalidad de manera estricta, eso es una condición necesaria pero no suficiente para realizar el pretendido Estado de Derecho.

13. No existe un Estado de Derecho realizado de manera plena e inmanente, sino que éste se realiza –por lo que hace a la materia punitiva- en cada momento en que el sistema penal va operando y se rompe en cada ocasión en que en la creación o en la aplicación de la ley penal se violan sus principios afectándose los derechos fundamentales de los gobernados.

14. En la Constitución Política del país se programa un Estado de Derecho, su conformación, su carácter democrático, social y declarativo de los derechos fundamentales de los gobernados, así como de sus garantías específicas en la materia penal, permiten la construcción y la operación de un sistema penal propio de ese modelo estatal.

15. Las leyes sustantivas deben encontrar su ámbito de regulación en base a la preexistencia del bien jurídico y al principio de inocencia, tomando como base la conducta (Derecho Penal de autor) y teniendo como referente

básico de punición a la culpabilidad, por lo que se deben de dejar fuera de esas leyes las consideraciones típicas y punitivas relativas a la peligrosidad.

16. Las leyes procesales, deben ser congruentes con las sustantivas e incluir las disposiciones derivadas del principio de inocencia y sobre todo han de establecer un equilibrio procesal en las partes, dejando a salvo la independiencía y autonomía del poder judicial para ejercer plenamente su facultad jurisdiccional en su sano equilibrio de poderes.

17. La ejecución de las penas (específicamente la de prisión) y el ordenamiento jurídico que la regulan, debe basarse en la procuración exclusiva de fines terapéuticos, aplicando los tratamientos conducentes solo en la medida de que estos no sean impuestos contra la voluntad del sujeto y en todo caso cumpliendo con una finalidad preventivo especial negativa.

BIBLIOGRAFIA

Alvarez, Josefina. "La cárcel ante el tercer milenio", "Entre el temor y la Esperanza".

Orlando Cárdenas Editores. México.

Aniyar de Castro, L. "La realidad contra los mitos". Universidad de Zulia.

Maracaibo. 1982.

Argenis Rivera Encinoza. "La dialéctica de la función policial en América Latina" en el

trabajo "El derecho penal y la criminología" No. 9. Bogotá, Col. Universidad Externado

1980.

Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Edit. Temis. Bogotá, Colombia.

1994.

Baratta, Alessandro. "Criminología Crítica y crítica del Derecho Penal". Edit. Siglo

XXI México. 1983.

Beccaria, Cesare. "De los delitos y de las Penas". Ed. Alianza. Madrid. 1998.

Bergalli, Roberto . "El pensamiento criminológico. Estado y control social" Edit. Temis .

Bogotá, Col.

Bringas, Alejandro y Roldán Quiñones, Luis "Las cárceles Mexicanas". Editorial Grijalbo. 1998.

Burgoa Orihuela, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano". Edit. Porrúa. México. 1991.

Bustos Ramírez, Juan J. y Hormazábal H. "Lecciones de Derecho Penal" Editorial. Trotta. Madrid. 1997.

Bustos Ramírez, Juan. "Control Social y Sistema Penal". Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1987.

— "Lecciones de derecho penal". Edit. Trotta. Madrid. 1997

— "Política criminal y dogmática" libro homenaje a Hilde Kaufmann. "El poder penal del Estado". Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1985.

— "Política Criminal y Estado" ensayo. Chile 1996.

— "Control Social y Sistema Penal". Impreso por Limpergraf, S.A. 1987.

Carpizo M., Jorge. "El Presidencialismo Mexicano" Siglo XXI Editores. México. 1998.

Muñoz Conde, Francisco. "La objeción de conciencia en el derecho penal". En el libro homenaje a Claus Roxin. Bosch edit. Barcelona. 1997.

Correas, Oscar. "Introducción a la Sociología Jurídica". Ediciones Coyoacán. México 1994.

De La Barreda Solorzano, Luis. "Abolir la Prisión: un cántico de sirenas" "El Sistema Penitenciario Entre el temor y la esperanza" Cardenas Edit. Méx., 1991.

De Carreras, Francesc. "El Estado de Derecho como sistema". Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1996.

Durand Alcantara, Carlos. "Derechos indios en México...derechos pendientes". Universidad de Chapingo. Texcoco México. 1996.

E. Gimbernat, Ordeig. "Estudios de derecho penal" ¿tiene futuro la Dogmática Jurídico Penal?. Edit. Tecnos. Madrid 1990.

Ferrajoli, Luigi. "El Derecho Penal Mínimo" Revistas -Poder y Control- No. 0 Barcelona, 1986.

- "Derecho y razón" (teoría del garantismo penal). Edit. Trotta. Madrid. 1998.

Foucault, Michael. "Vigilar y castigar". Edit. Siglo XXI. 1990. México.

García Pelayo, Manuel. La transformación del Estado Contemporáneo. Alianza Editorial . Madrid..1977.

González Rivera, Guillermo. "En tomo a la definición del paradigma" Cuadernos de posgrado. Universidad Nacional Autónoma de México. ENEP Acatlán. Póublicación semestral. serie A. No. 11 enero- junio .1998. primera edición.

Habermas, Jürgen. Factidad y Validez". Editorial Trotta, Madrid, 1998.

Hegel.G.W.F. "Filosofía del Derecho".Universidad Nacional Autónoma de México".México D.F.1985.

Heinz Zipf. "Kriminalpolitik". edición española. EDERSA. 1979.

Herrera y Lasso, Manuel. "Estudios Constitucionales". Primera serie. Editorial Jus México.1986.

Huertas Sandoval, E. "El sistema penal y la criminología crítica" Edit. Temis. Bogotá, Col. 1989.

Jakobs, Gunther. "Derecho Penal"-parte general-. Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, S. A. Madrid. 1995.

Jescheck. Hans Heinrich. "Tratado de Derecho Penal". -Parte General-, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde (1981). Casa Editorial Bosch. Barcelona 1978.

Kelsen, Hans. "Teoría pura del Derecho " Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. 1996.

Kuhn, Thomas S. "La estructura de las revoluciones científicas". F.C.E. México 1995.

Larrauri, Elena. "La Herencia de la Criminología Crítica" Siglo XXI de España Editores 1991.

López B. Durand Alcántara, Carlos. "Derechos indios en México...derechos pendientes". Universidad de Chapingo. 1996.

López Betancourt, Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Edit. Porrúa.. México. 1996.

Mir Puig, Santiago "El derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho" Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994.

Molas, Isidre. "Derecho Constitucional". Tecnos. Madrid. 1998.

Moreno Hernández, Moisés. "Breves consideraciones en torno a la reforma penal sustantiva de 1984" .Inacipe. 1984.

— "Crónica Legislativa" "Estado de Derecho Mexicano" "Bases para la Política Criminal del Estado Mexicano"

— "Política criminal y Reforma Penal" Editorial Ius Poenale. 1999.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, M. "Derecho Penal" -parte general- Tirant lo Blanch Libros. 1993. Valencia. España.

Novoa Monreal. "El derecho como obstáculo al cambio social". Siglo XXI. 1987.

Patricio, E. Marcos. "El diseño de la investigación y la usurpación de la teoría". Estudios políticos. No. 9 vol.II. FCE . julio-septiembre.

Pavarinni, Massimo. "Control y Dominación". Edit. Siglo XXI . 1982.

Quintero Olivares, G. "La justicia penal en España" Aranzandi Edit. Pamplona 1998.

Recaséns Siches, Luis "Vida humana, sociedad y derecho". Edit. Porrúa Mexico . 1952.

Rico, José María. "Crimen y justicia en América Latina". Edit. Siglo XXI. México 1981.

Righi, Esteban. "Política Criminal y normas penales". Manuscrito UNAM. ENEP Acatlán. 1984.

Roxin, Claus. Derecho Penal -parte general- . tomo I. Edit. Civitas.Madrid. España.1997.

— "Iniciación al Derecho Penal de hoy" traducción de Muñoz Conde, Universidad de Sevilla, 1981.

— "Problemas Básicos del Derecho Penal" y dentro de éste "Sentido y límites de la pena estatal". Trad. Luzón Peña. Edít. Reus. Madrid. 1976.

— "Sentido y límites de la pena estatal" en "Problemas Básicos del Derecho Penal".Edit. Reus. Madrid. 1976.

Sánchez Sandoval, Augusto. "De la premodernidad político jurídica de los países periféricos a la posmodernidad político jurídica primer mundista".ENEP. Acatlán. 1995.

Sánchez Vázquez, Adolfo. "La ideología de la neutralidad ideológica" .Textos de antología sobre problemas filosóficos. Morelia, Michoacán.1975.

Sandoval Huertas, Emilio. "Sistema penal y criminología crítica" Edit. Temis. Bogotá, Col. 1989.

Silva, Jesús Ma. "La política criminal en la dogmática". En el libro homenaje a Claus Roxin. Bosch editor. Barcelona . 1997.

Weber, Paul. "Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena" revista Poder y Control.

Zaffaroni, E. Raúl. "Tratado de Derecho Penal". Cárdenas Editores 1988.— "En busca de las penas perdidas". Edit. Temis. Bogotá, Col. 1990.

TEXTOS LEGALES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política Española.

DIARIO CONSULTADOS

Periódico Reforma. Domingo 18 de febrero del 2001.