

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN.

**LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA CRIMINAL
GARANTISTA EN MÉXICO.**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRA EN
POLÍTICA CRIMINAL.**

PRESENTA: LIC. MARICELA HEREDIA MACIEL.

ASESOR: DR. JULIO CÉSAR KALA.

Naucalpan de Juárez, Edo. de Méx.

Agosto de 2007.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, porque me ha permitido llegar hasta éste momento de mi vida.

A Lina Suazo Trujillo, mi Mamá Lina (abuelita materna) y a Elpidia Romero (abuelita paterna +), por ejemplificar cabalmente la ardua lucha incesante de la Mujer Mexicana como pilar principal de su familia.

A Teresa y Francisco, mis padres, por su constante apoyo incondicional en cada una de las decisiones que he tomado y su infinito amor hacia toda su descendencia.

A mis hermanas y hermanos: Maribel,
Leonor, Francisco, Juan Carlos, Benjamín,
Rosa Lina, Raúl, José Alfredo, María Teresa
de Jesús, Diana, Víctor Pablo y Sergio Salvador,
por el gran respaldo y aceptación que siempre me
han prodigado, además del enorme cariño que nos
une.

A Julia Pastén Téllez, por su paciencia
incuantificable en la espera eterna por mi
regreso y por darme la oportunidad de
encontrarme.

A Yolanda Herrera Díaz, mi entrañable amiga,
por no permitir que la distancia, la ausencia y
el olvido sean más fuertes que nuestra amistad.

A Gudelia Torres Solano y Pablo González Martínez,
mis colegas y amigos, por demostrarme que a pesar de
las adversidades, todos tenemos la fortaleza suficiente
para hacerles frente y salir adelante.

A Miryam Avendaño Reyes, colega, amiga y compañera
entrañable de la Maestría en Política Criminal por
darme la oportunidad de encontrar a un ser con
un inmenso espíritu de lucha por la vida.

A Don José Idelfonso Juan Hernández Hernández y a
su esposa, la Señora Yolanda Hernández Sánchez, por
abrirme las puertas de su casa y tratarme como a un miembro
de su familia.

A Dr. Julio César Kala, mi distinguido y apreciado Tutor,
por su gran paciencia al guiarme en el desarrollo de ésta Tesis.

CONTENIDO.

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 8 |
| CAPÍTULO I.- De la Conformación del Estado | 12 |
| 1. Del origen..... | 12 |
| 1.1. La Razón..... | 13 |
| 1.2. La Libertad | 15 |
| 2.- De los Contratantes..... | 17 |
| 2.1.- Hipotéticos..... | 19 |
| 2.1.1.- Electores..... | 19 |
| 2.1.2.- Elegibles..... | 20 |
| 2.2.- Reales..... | 21 |
| 2.2.1.- Electores..... | 22 |
| 2.2.2.- Elegibles..... | 23 |
| 3.- Consecuencias del Contrato Social | 24 |
| 3.1.- Derechos..... | 24 |
| 3.2.- Obligaciones..... | 26 |
| 4.- Formalización del Contrato Social | 27 |
| 4.1.- El Estado | 27 |
| 4.1.1.- El papel del Derecho Penal en la formalización de las consecuencias del Contrato Social..... | 29 |
| CAPÍTULO II.- Racionalidad y Derecho | 31 |
| 1.- Presupuestos | 31 |
| 1.1.- La Razón..... | 33 |
| 1.2.- La Libertad | 34 |
| 1.2.1.- Ciudadanos (Propietarios)..... | 36 |
| 1.2.1.1.- Legisladores..... | 38 |
| 2.- Exterioridad del Derecho..... | 41 |
| 3.- Concepción Penal en el Pensamiento Ilustrado | 44 |
| 3.1.- Apuntes para la Teoría del Delito..... | 48 |
| 3.1.1.- Imputabilidad..... | 48 |
| 3.1.2.- Voluntad..... | 49 |
| 3.1.3.- Responsabilidad..... | 51 |
| 3.2.- Apuntes para la Teoría de la Pena..... | 54 |
| 3.2.1.- Retribución..... | 55 |
| 3.2.2.- Prevención..... | 56 |

| | |
|--|------------|
| CAPÍTULO III.- El Pensamiento Penal en la Construcción de La Dogmática Penal..... | 59 |
| 1.- Sistemática de la Teoría del Delito..... | 59 |
| 1.1.- El Causalismo..... | 63 |
| 1.2.- El Finalismo..... | 66 |
| 1.3.- El Funcionalismo..... | 69 |
| 1.3.1.- Claus Roxin..... | 71 |
| 1.3.2.- Günther Jakobs..... | 73 |
| 1.3.3.- El Garantismo Penal de Luigui Ferrajoli..... | 76 |
| CAPÍTULO IV.- Hacia una Política Criminal Garantista en México..... | 79 |
| 1.- ¿Qué es la Política Criminal?..... | 80 |
| 1.1.- El papel que juega la Política Criminal en México | 82 |
| 2.- Nuestra Política Criminal en el Derecho Penal Mexicano..... | 89 |
| 2.1.1.- Los Delitos..... | 90 |
| 2.1.2.- Las Penas..... | 93 |
| 3.- La Necesidad de una Política Criminal Garantista en México..... | 99 |
| CONCLUSION..... | 105 |
| FUENTES DE INFORMACIÓN..... | 108 |

INTRODUCCIÓN.

Actualmente se hace necesario, más que nunca, llevar a cabo un análisis de las circunstancias en las que se encuentra inmersa la política criminal en el ámbito del derecho penal y que es aplicada en nuestro Estado político, debido a las consecuencias agresivas implementadas por la esfera gubernamental que nos excluye de la realización de toda práctica que nos lleve al reconocimiento y a hacer efectivas las garantías individuales y/o derechos humanos que ya han sido positivados con anterioridad, sólo que no existe la menor intención de ser activados en la esfera individual y, mucho menos, en la general. La política criminal en el derecho penal nos puede garantizar una convivencia de otredad entre todos los miembros del Estado político nacional pero también, nos puede predisponer fácilmente a la segregación, al etiquetamiento y al sometimiento extremo para uniformarnos al igual que el resto; esto se logra sin dificultad con el cúmulo de medidas implementadas, también, por la seguridad pública, el sistema penitenciario, las políticas públicas y las políticas sociales, lógicamente que, el sistema penal, por excelencia, se posiciona como el arma primordial para repeler toda acción realizada por el gobernado que tenga como fin, la liberación del sometimiento en el que se encuentra y dejar de ser cosificado por el sistema político y económico, mismo que debiera protegerlo de no llegar a tal situación represora y deshumanizada. Por lo que el derecho penal debiera ser transformado para sancionar sólo aquellas conductas que anulen el reconocimiento expreso y tácito de nuestras garantías individuales y/o derechos humanos pero sin caer en lo irracional y la desproporcionalidad entre el delito y la pena, así como, el hacerlas efectivas a favor de todo aquel miembro del conglomerado social sin importar la condición

económica y política en la que se encuentre cada quien. La política criminal debe, por tanto, dar ese paso, paso que se logrará con el reconocimiento de la autoconciencia y el poder que cada uno de nosotros portamos; el agrupamiento poblacional formado como un factor de poder que logrará gradualmente el cambio que se requiere para vivir realmente en democracia, para dejar de ser etiquetados, marcados, marginados en este estado político mexicano, teniendo que ver en esto el sistema económico que han venido implementando gradualmente nuestros gobernantes y que ha ido rebasando al sistema político.

Esta tesis se conforma de cuatro capítulos, de tal forma que, en el Primer capítulo que se denomina *De la conformación del Estado*, se hace una exposición de cómo se originó el Estado Político Moderno, mismo que hasta nuestros días sigue persistiendo su estructura, sus bases, aunque sus principios se hayan hecho de lado, el papel que juegan conceptos como la libertad, la razón, el contrato social, el papel del conglomerado que lo integra, el derecho penal como instrumento idóneo para sujetar las conductas de los contratantes.

El Segundo capítulo lleva por nombre *Racionalidad y Derecho*, en éste se puede encontrar la importancia y la interrelación de diversos conceptos como la razón, la voluntad, los ciudadanos, los legisladores y la exterioridad del derecho para poder fundamentar la concepción penal en el pensamiento ilustrado, concluyendo que es la visión que se sigue aplicando aún hoy en día, a pesar de que las situaciones sociales, económicas y políticas han cambiado, es decir, el deterioro del individuo en su particularidad ha tomado una relevancia muy importante para poder subordinarlo al poder del gobernante y pueda ser sujetado más fácilmente sin que se convierta en un factor de cambio que pueda repercutir en forma general en la sociedad. Además, también se lleva a cabo un análisis de algunos elementos de la Teoría del delito como son, la imputabilidad, voluntad y la responsabilidad,

ya que tienen mayor relevancia y relación con la conducta del individuo que integra a la población del Estado político; de igual forma, se exponen conceptos de la Teoría de la pena como son, la retribución y la prevención, como formas idóneas implementadas por el Gobierno del Estado político para controlar la conducta de la población en general sin importar la violación de las garantías individuales y/o los derechos humanos de los gobernados, lo importante es la predisposición al sometimiento voluntario del gobernado disfrazado en el respeto a la ley establecida para el bien de todos los miembros contratantes, sin que exista una igualdad tanto de derechos como de obligaciones para los que gobiernan como para los que son gobernados.

En el Tercer capítulo denominado *El pensamiento penal en la construcción de la dogmática penal*, se exponen las diversas corrientes de la teoría del delito como son el Causalismo, el Finalismo, el Funcionalismo, el pensamiento de Claus Roxin y Günther Jakobs así como el Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, así mismo, se analizan leyes sustantivas penales para corroborar la implementación de algunas de éstas corrientes y el sentido negativo o positivo que tuvieron o tendrán.

En el Cuarto Capítulo denominado *La necesidad de una Política Criminal Garantista en México* se lleva a cabo un análisis de lo que es la Política Criminal, su papel en nuestro país, que tipo de Política Criminal se encuentra inmersa en el nuestro derecho penal, es decir, como ha impactado en el establecimiento tanto de los delitos como de las penas en los códigos penales destinados para los fueros común y federal. Además, se da a conocer la existencia de la necesidad de un Política Criminal de corte garantista en nuestro país.

Finalmente, se da a conocer la Conclusión a la que nos llevó la investigación de la presente Tesis.

Lic. Maricela Heredia Maciel.

CAPÍTULO I.- De la conformación del Estado.

1.- Del Origen.

Es perfectamente claro que respecto a lo que toca hablar del presente capítulo, presupone que las conglomeraciones de individuos socialmente constituidas conocidas como sociedades civiles y más aún como Estados (éste último aludiendo a su connotación política) no surgieron a la par con el ser humano sobre la faz de la tierra; ya que, así como no se puede precisar de manera real el surgimiento del segundo, tampoco se puede precisar igualmente la constitución del o la primera, obvio debe parecer que el objetivo de este capítulo no es el de hacer tales precisiones ni mucho menos un estudio de la Teoría del Estado, pero sí de exponer algunas consideraciones respecto al por qué de su formación, si realmente el individuo lo hizo por comodidad o por necesidad; si lo hizo por lo segundo, qué tipo de necesidad, o como lo expresan algunos estudiosos del tema en cuestión y que se hará alusión de ellos en el desarrollo del tema, el individuo sin sociedad actúa movido más por sus pasiones que por su racionalidad, o sea, que para ser racional ¿es necesario formar parte de una sociedad o Estado civil?, de igual modo, ¿conoce realmente la Libertad?, ya que alguien por ahí externó que la libertad es la obediencia a la ley.

¿La sociedad o Estado Civil son necesarios para que el individuo sea racional y libre?, ¿No será contraproducente para el mismo individuo tales organizaciones? ya que, terminan siendo un poco más que un verdadero estado salvaje, en cuanto a la posición que ocupe cada uno actuará más de acuerdo a su interés particular y a sus instintos que a su racionalidad y, tal pareciera que la ley del más fuerte se robustece aún más gracias a los

controles sociales formales e informales que todos inconsciente o conscientemente de manera conjunta logramos establecer y aceptar.

1.1.- La Razón.

Existe un sinnúmero de pensamientos de grandes estudiosos de la Teoría del Estado que exponen la razón o razones que influyeron para que el individuo considerase ser parte de una sociedad formal con otros individuos, constituir en su plenitud un Estado Civil; cierto es que algunas opiniones convergen y una que otra se torna opuesta tajantemente a tales aseveraciones.

El individuo perteneciente a los primeros tiempos formaba parte de algún determinado grupo, sin dudarlo, por lo que atendiendo a lo expuesto por Hobbes, éste considera que **“.....de la creación en adelante del género humano jamás haya estado del todo sin sociedad”**¹, y que no es concebible que haya aparecido allí de pronto, como un relámpago, de tal manera que es aceptable el hecho de ser integrante de una sociedad, de **“la más antigua de todas las sociedades, y la única natural, ... la de la familia”**², el inconveniente que se presenta es éste tipo de sociedad u otro en el que el individuo consienta vivir de manera libre, al parecer es el de no garantizar las necesidades más apremiantes, imprescindibles para lograr su conservación, para tener esa seguridad sin estar a la defensiva con relación con otros grupos opuestos en busca del mismo fin; no me refiero a que siempre estuviera en constante lucha o fuese totalmente pacífico; sino que era incierto, era limitado porque de otra manera no puede concebirse el que el individuo buscara otra forma de organizarse y que le diera la tranquilidad de no sentirse agredido,

¹- Cfr. BOBBIO, Roberto, et. al. Sociedad y Estado en la filosofía moderna, Colección popular #330, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1986, Pág. 70.

² ROUSSEAU, J. Jacobo, El Contrato Social, ed. 13ª, edit. Porrúa, México 2002, Pág. 4.

incluso por él mismo, es decir, vivir en un estado **“ en el que los hombres viven o podrían vivir si fuesen tan razonables para respetar las leyes naturales”**³. Lo anterior formaba parte del detonante, ya que las causas pueden ser variadas, y que lo que no se puede negar es que el individuo siempre va en busca del bienestar particular, al igual que el de los suyos; consciente de que el estado en el que se encuentre si no lo alcanza, él lo sentirá pues, Pufendorf lo evidencia cuando declara que **“ ... no todos son hábiles por igual para todo, ni cada uno por sí solo estaría en condiciones de allegarse de aquello de lo que individualmente tiene necesidad”**⁴; esto lo empuja a tomar una decisión que implicará que todos aquellos que se encuentren en la misma situación que él, se comprometan a reconocer y respetar los derechos que de manera natural portan, así como la propiedad de bienes materiales, mismos debieran ser colectivos en todo momento y no particular, ya que esto es lo que hace que se inicien las pugnas por obtener el poder económico y por ende, político; con la única teleología de terminar con el constante peregrinar del que fuesen objeto; descubrir que **“ es menester salir del estado natural, en el cual obra a su antojo y convenir con todo lo demás (cuyo comercio es inevitable) en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada, y por consiguiente entrar en un estado en que todo lo que deba reconocerse como lo suyo de cada cual es determinado por la ley y atribuido a cada uno por un poder suficiente ... es menester ante todo entrar en un estado civil”**⁵, sin olvidar que, para ser parte de tal estado político existen reglas que cumplir y estar dispuesto a acatarlas, mismas que restringirán su normal desenvolvimiento, o sea, aquello que hacían por simple impulso, ahora tendrán que

³.- Cfr. BOBBIO, Roberto, et. al. Sociedad y Estado en la filosofía moderna, Colección Popular # 330, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1986, Pág 75.

⁴.- Ibid. Pág. 77.

⁵.- KANT, Immanuel, Principios metafísicos de la doctrina del Derecho, edit. UNAM, Colección Nuestros clásicos #33, México 1978, Pág. 140-141.

razonarlo tomando en cuenta las consecuencias; por lo cual la libertad sufrirá una mutación que de acuerdo a su forma de concebir las cosas se determinará si tal mutación es sometimiento o consentimiento. Para el nuevo Estado político se requerirá la **“...disposición esencial del hombre para vivir en sociedad”**⁶

1.2.- La Libertad.

La Libertad como derecho natural del individuo, al formar parte del Estado político, a mi parecer, sufre una mutación, que de acuerdo para cada miembro puede ser favorable o no, ya que unos la consentirán de buena manera y otros se someterán sin estar convencidos de que realmente lo quieran hacer, pero soportando las consecuencias en base a lo que obtendrán.

La libertad natural es transformada en Libertad civil, la transforma a aquel individuo que pasa de un estado a otro, al mismo tiempo que se transforma a sí mismo. El ¿ Por qué de esto?, bueno, citaré un concepto que Hobbes otorga a lo que debe entenderse como libertad, siendo **“ la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que con frecuencia reducen parte del poder que un hombre tiene de hacer lo que quiere; pero no pueden impedirle que use el poder que le resta, de acuerdo con lo que a su juicio y razón le dicten”**⁷, de tal manera que es lógico el hecho de que el individuo deba ceder su libertad y que tal acción reducida, determinará su comportamiento en el nuevo Estado político del que formará parte, esto a cambio del bienestar que siempre ha perseguido; entonces esa libertad civil no es más que una libertad condicionada, limitada o relativa; pues, **“renunciar a su libertad es renunciar a su condición de hombre, a los derechos**

⁶.- BRUGGER, Walter, Diccionario de Filosofía, ed. 9ª, edit. Editorial Herder, Barcelona 1978, Pág. 199.

⁷.- HOBBS, Thomas, Leviatán, ed. 4, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1990, Pág. 106.

de la humanidad y aún a sus deberes... Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, despojarse de su libertad es despojarse de su moralidad”⁸, por tanto, para formar parte del nuevo conglomerado político debe existir la posibilidad de que el individuo decida sobre ello, pero claro, esto si estamos hablando de los primeros en querer formar parte, pero no de los que ya han nacido dentro del sistema orgánico, para quienes debiera existir también esta posibilidad, esto tomando en cuenta que surge en éste como algo normal, el despertar de su verdadera libertad, su libertad natural que en la mayoría de los casos choca con la libertad civil y no queda más que etiquetarlos como enemigos del Estado político constituido, queriendo acallar éste nacimiento efímero con mecanismos de cautiverio creados con el único fin de que se adopte la conducta que ha sido establecida legalmente con o sin su consentimiento.

Desde un punto de vista meramente objetivo, la libertad se trunca, porque de no ser así, realmente el individuo se sentiría identificado con lo que pacta, con lo que determina su conducta, de tal modo que no encontraríamos en el transcurso de la historia con grandes revoluciones, cuyo objetivo ha sido cambiar la condición del hombre ante el sistema orgánico que se ha deteriorado, ratificando la ausencia de libertad perteneciente a los individuos que forman parte de él. No se debe olvidar que una vez constituido un Estado político, los que ostentan el poder hacen todo lo posible para mantener un sinnúmero de controles sociales para que la verdadera libertad no emerja al necesitarla el individuo.

Aunque hay quien menciona que **“....no puede decirse.... que el hombre en sociedad haya sacrificado a un fin una parte de su libertad exterior, natural; sino que ha dejado enteramente su libertad salvaje y sin freno, para encontrar toda su libertad**

⁸.- ROUSSEAU, J. Jacobo. El Contrato Social, ed. 13ª, edit. Porrúa, México 2002, Pág. 7.

en la dependencia legal, es decir, en el estado jurídico”⁹, me atrevo a decir que, no es dejar esa “libertad salvaje y sin freno”, sino que cambia su forma de pensar, de razonar y es allí donde reside el origen del porqué el individuo cambia su forma de ser pues es condicionado a ello si es que quiere ser parte de la sociedad, debe reflejar su capacidad de vivir en sociedad y contribuir a satisfacer las necesidades importantes que garanticen su supervivencia formando parte de la división del trabajo que de alguna manera se establece en el interior del Estado político.

2.- De los Contratantes.

Una vez que determinados grupos han decidido unirse y hacer los acuerdos correspondientes para regular la nueva sociedad que han formado, es entonces cuando tomando en cuenta las circunstancias históricas que motivaron su unión, deciden hacer un pacto; surgiendo así lo que conocemos como el Contrato Social; dejando atrás lo que fueron y entendiendo que **“ el estado de naturaleza es el estado cuyo protagonista es el individuo singular, con sus derechos y deberes, con sus instintos e intereses, en relación directa con la naturaleza de la que toma los medios para su convivencia, y sólo directamente, esporádicamente, con los otros hombres”¹⁰** y legitimando mediante el consenso el nuevo Estado político, ya sea Monárquico, Aristócrata o Democrático.

Pudiendo de esta manera, **“encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual**

⁹.- KANT. Immanuel, _Principios metafísicos de la doctrina de Derecho, edit. UNAM, Colección Nuestros Clásicos #33, México 1978, Pág. 145.

¹⁰ BOBBIO, Roberto, et.al. Sociedad y Estado en la filosofía moderna, Colección Popular # 330, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1986, Pág. 83.

cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social”¹¹ y, en el que es necesario conocer el contenido del mismo para evitar controversias, y que “estas cláusulas bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás”¹².

Se trata de que exista un equilibrio entre las partes, pero en realidad fuere cual fuere la forma de estado político, siempre habrá desequilibrios porque el que ostenta el poder determinará a su manera la posición que deberá adoptar el gobernado, mismas que siempre serán encaminadas a garantizarle constantemente su poderío. Respecto a esto, el propio Platón determinó diversas clases de gobernados que no contaban con la misma igualdad, aún formando parte del mismo pacto; concibiendo que “ **...así como en el ser humano existe una razón que domina, un ánimo que obra y sentidos que obedecen, así también en el Estado hay tres distintos elementos equiparables a aquellos: una clase dominante, la de los sabios; otra, defensora de la sociedad, la de los guerrero; y una tercera, destinada a abastecer y obedecer a las dos primeras, la de los agricultores y artesanos”¹³,** tal pareciera que esto da pie a señalar que en realidad la posición que cada individuo desee poseer será determinada con la forma de Estado político que decidan adoptar

¹¹ .- ROUSSEAU, J. Jacobo, El Contrato Social, ed. 13ª, edit. Porrúa, México 2002, Pág. 11.

¹² .- Idem.

¹³ .- Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo X, Empa-Esta, edit. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires 1977, Pág. 822.

2.1.- Hipotéticos.

Los Contratantes Hipotéticos son aquellos que supuestamente pactaron vivir en una sociedad civil, formar parte de un Estado, ceder su libertad de manera que se someten al nuevo orden legal pero, no se tiene conocimiento de quiénes fueron en realidad; de tal manera que, nosotros al formar parte del Estado y por haber nacido dentro de él, debemos aceptar la condición de gobernado sin que tengamos conocimiento de las razones que nos llevan a convertirnos en tal, ni de las opiniones de querer o no formar parte del mismo. De tal manera que, como en todo contrato hay al menos dos partes; unos son los que dirigirán al nuevo Estado político con la aprobación de aquellos que se someterán a esa dirigencia o bueno, acatarán como tal y se someterán a la parte gobernante. Es menester decir que, los contratantes hipotéticos se dividen en electores y elegidos, esto al determinar los roles que cada uno desempeñarán y por lo tanto, se calificarán como aquellos integrantes de un sistema Monárquico y Aristocráticos. El porqué, trataré de explicarlo en lo sucesivo.

2.1.1. Electores.

En el Estado Monárquico y en el Aristocrático, los Electores son Hipotéticos, ya que con estos tipos de Estado político, al ser ratificada su conformación a través del contrato social (no se entienda literalmente) se nulifica el principio de legitimidad de la sociedad política que es exclusivamente el consenso, por lo que los electores deben manifestar su conformidad con respecto al papel al que será su dirigente y el papel que desempeñe, ya que el Estado Monárquico es dirigido por un Rey y el Estado Aristocrático por un conjunto de nobles o individuos privilegiados en razón de sus bienes, de sus riquezas materiales (no siempre intelectuales) y en el que los Electores juegan un papel

meramente pasivo en relación a la toma de decisiones, ya que se someten a las leyes que les dictan, que les imponen; a esas leyes que delimitarán o nulificarán en todos los casos su libertad; en estos tipos de Estado político se estaciona definitivamente una verdadera sumisión, ya que **“el origen del Poder supremo es inescrutable, bajo el punto de vista práctico, para el pueblo que está sometido a él; es decir, que el súbdito no debe razonar con respecto sobre este origen, como sobre un derecho controvertido con respecto a la obediencia que le debe...no puede ni debe juzgar de otra manera, más que como agrade al poder soberano existente”**¹⁴.

La posición que toman los electores es de ornato, meramente pasiva porque el poder de gobernar se hereda o pasa de mano en mano, siempre y cuando estas sean bastas en riquezas, pero la pasividad termina al referirse a las labores tendientes a lograr los satisfactores del Poder Supremo y al final, si es que alcanzan, se le dan las sobras para que recupere medianamente sus fuerzas y siga siendo dependiente; por lo que para salir de este yugo, todo el conglomerado decide de manera consensuada reclamar sus derechos por la fuerza, con el poder de las armas, rescindiendo el contrato social de manera drástica para tomar un giro radical que cambie la forma de organización política, pasar a una República, a un Estado Democrático.

2.1.2.- Elegibles.

Como ya se mencionó con antelación, en el Estado Monárquico y Aristocrático, lo que se necesita es, solamente lo que para ellos se denomina, legitimidad; o sea, que el elector les otorgue su voto de confianza aunque esto haya sido de manera obligada; su voto

¹⁴ .- KANT, Immanuel, Principios metafísicos de la Doctrina del Derecho, edit. UNAM, Colección Nuestros Clásicos #33, México 1978, Pág. 149.

no es voluntario, por tal motivo es ilegítimo, porque fue producto de una imposición, de manera tal que esa legitimidad buscada se transforma en ilegitimidad, con razón sobrada, ¿ puede entonces, el gobernante de éste tipo de Estado proporcionar la seguridad que tanto anhela el gobernado, cuando el primero busca lo mismo en los segundos?, es lógico que no, pues los gobernados se convierte en esclavos en el acto mismo de la elección de vivir bajo el poder de determinado Rey, Príncipe o Grupo de nobles, ya que sólo será el medio de subsistencia de éstos; creándose del mismo modo una desigualdad entre las partes que para los que les toca ser miserables les hubiera sido más cómodo jamás haber formado parte de tal pacto ya que, siendo el Monarca y el Aristócrata los que emiten las leyes a seguir, se les conceden poderes ilimitados que, al convenir a sus propios intereses, se reflejan en el primero, por su despotismo y en el segundo, por su oligarquía; de tal manera que, se hace más fácil que un mayor número puedan llenar de comodidades a un pequeño grupo que este pequeño grupo a todo un conjunto mayor de individuos; lo único que les pueden ofrecer, es el aumento de males como la miseria, corrupción, degradación e inseguridad.

2.2.- Reales.

Esta posición puede ser vislumbrada en un Estado Democrático; ya que las partes contratantes pueden aspirar al ejercicio el poder y, en determinado momento, ambos se encuentran con las diferencias o semejanzas que otorgan tales posiciones, esto a través de elecciones en las que los ciudadanos elijan a las personas que quieren como gobernantes, elecciones que cuente con la legitimidad que otorga la mayoría, siempre y cuando ésta mayoría razone su voto y no nada más, lo emita porque es condicionada, acarreada, manipulada por un poder egoísta y particularizado, una elección en las que las instituciones

públicas destinadas para organizarlas cuenten con la confianza de la población; dejando claro que la participación del gobernado en la realización de las mismas es fundamental y se hace más que necesario lograr que tal participación se haga mediante el sorteo, ya que **“el sorteo es un medio de elegir que no mortifica a nadie, le deja a cada ciudadano la esperanza legítima de servir a la patria”**¹⁵, por supuesto que esto sólo puede pasar en el Estado Democrático.

2.2.1.- Electores.

En la Democracia, los electores ocupan un lugar determinante para elegir a sus gobernantes pero, también pueden mostrarse indiferentes ante tal acontecimiento por diversas razones; ya sea para dar a conocer su descontento, por no aprobar la manera en que se lleven a cabo los comicios o por simple desinterés en el ámbito político, éste último aspecto tiene preponderancia en nuestro país, ya que la clase política obedece más al interés de un grupo reducido y con fuerte poder adquisitivo, olvidándose de lo que han jurado ante nuestra constitución política general y, de la representación popular a la que se deben en todos los aspectos.

Es necesaria la participación del gobernado en su totalidad, ya que **“importa, pues, para tener una buena exposición de la voluntad general, que no existan sociedades parciales en el Estado, y que cada ciudadano opine de a cuerdo con su modo de pensar”**¹⁶ que elija el destino que quiere que tome su vida política. Pues las leyes emanadas respecto al ámbito en cuestión, determinarán de qué manera las hará valer sin coartar el Derecho de elección de sus conciudadanos y además al emitirlo debe pensar en el

¹⁵ .-MONTESQUIEU, El espíritu de las leyes, ed.10ª, edit. Porrúa, México 1995, Pág. 10.

¹⁶ .-ROUSSEAU, J. Jacobo, El Contrato Social, ed. 13a, edit. Porrúa, México 2002, Pág. 20.

bienestar general, porque es ahí donde radicará ese cambio; debe **“elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad”**¹⁷, esto nos remite a comprender que cada pueblo tiene a los gobernantes que merece.

2.2.2.- Elegibles.

El pueblo en su derecho ya reconocido para gobernarse a sí mismo, dándose las leyes que considere pertinentes para garantizar su preservación y bienestar, deberá elegir a aquellos individuos que de acuerdo a su desempeño como ciudadano les aseguren la estricta creación y aplicación de las leyes destinadas a mantener el orden social. Estos deben, por decirlo así, ser sus iguales en relación al status político que compartan, que realmente se sientan representados en cada acto político que realice y, en caso, de que traicione la encomienda otorgada, entonces, el mismo pueblo tiene el derecho de removerlo del cargo, porque de no ser así, de que el pueblo no actúe en su beneficio, tendrá que atenerse a las consecuencias que terminarán por convertirlo en un esclavo, provocando un retroceso en su tan ansiado estado de seguridad en todas las formas posibles, por otra parte, el o los que hayan sido electos, por su parte, será presa de lo que en un principio trató de controlar: sus pasiones, sus instintos; **“regresando al uso de la fuerza transformada en Derecho y la obediencia en deber”**¹⁸.

¹⁷ HOBBS, Thomas, Leviatán, ed. 4ª, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1990, Pág. 140.

¹⁸ .- Ibid. Pág. 6.

3.- Consecuencias del Contrato Social.

Es de entender que todo acto realizado por el individuo trae consecuencias, que pueden ser de tipo moral, ético o jurídico; en el caso del pacto social, reflejado en un contrato para una sociedad en la que aquellos derechos que naturalmente les corresponden, ahora mediante la ley se les limiten o definitivamente se les desconozca, por la razón de que no convienen en el nuevo Estado político que habrá de constituirse.

Las Declaraciones y Cláusulas que contengan el contrato deberán ser específicas, precisas y claras, no dejar duda alguna que pueda conducir a ambigüedades, tales declaraciones y cláusulas tomarán vida en una constitución política, hablando en todo el sentido de la palabra, evitando que sólo quede en letra muerta; tal constitución debe ser visible, fácil de entender, que clarifique el qué y el cómo, que no nos enfrentemos a la disyuntiva de hacer comparaciones entre **“esa constitución real y efectiva formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen la sociedad, y esa otra constitución escrita, a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la hoja de papel”**¹⁹.

3.1.- Derechos.

¿Qué tipo de Derechos contendrá el Contrato Social?, considero que deben ser todos aquéllos que determinen y permitan el total desarrollo del individuo que, en su primer estado se le hubiera hecho imposible de lograr; aquellos destinados a mejorar su

¹⁹ .- LASALLE, Ferdinand, ¿Qué es la constitución?, edit. Colofón s.a., México 1998, Pág. 25.

condición de hombre respecto a su razonamiento para adquirir cada vez una mejor forma de vida, que se le reconozca tanto la posesión antigua y una propiedad legal, una propiedad equitativa frente a los demás, la libertad y la diversidad de cada individuo, la igualdad de todos ante la ley, la determinación de tomar el lugar que más le convenga a cada quien en la División del trabajo, salvaguardar los bienes fundamentales que son: la vida, la manifestación libre de sus ideas políticas, sociales y humanas en los diversos foros, la seguridad pública, integridad física en sus bienes y ante otras naciones cuando se considere una amenaza a la política interior; el de cambiar de gobernante en dado caso, de que no cumpla con sus obligaciones sin que deban hacerse negociaciones detrás de la cortina, el de darse a sí mismo sus propias leyes a través de las personas que han elegido o están de acuerdo que desempeñen el papel de legisladores pero siempre y cuando se garanticen los medios para que el gobernado tenga conocimiento de la legislación y no se pueda responsabilizar de algún acto u omisión que desconozca que existe en la ley, el derecho de poder hacer efectivo la garantía constitucional como el Juicio de Amparo para reclamar del Ejecutivo Federal, Estatal y Municipal, como representantes del Estado Político en los tres niveles, cada una de las garantías individuales que se encuentran plasmadas en la parte dogmática de nuestra carta magna²⁰, sin limitación alguna, es decir, no nada más los actos de autoridad ya establecidos en la Ley de Amparo, sino que también las omisiones al cumplimiento de educación de calidad, salud integral, salario y vivienda dignos y decorosos, empleos, recreación y demás, de que las controversias surgidas en el interior del Estado político se resuelvan con justicia, y todas aquellas acciones encaminadas a equilibrar y mantener la preservación del individuo en su conjunto sin alienarlo.

²⁰CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada por el Dr. Rubén Delgado), ed. 17°, edit. Sista, México, 2002, pp. 1-66.

3.2.- Obligaciones.

No hay que olvidar que siempre en los Contratos hay contraprestaciones; de igual manera, para conseguir los beneficios que se persiguen en el nuevo sistema sólo podrán alcanzarse con esa reciprocidad entre los individuos que forman o formarán parte del mismo, por ejemplo: Estar obligados a hacer, no hacer, omitir y respetar lo que la ley, que se dan a sí mismos, estipule siempre y cuando se le dé a conocer, someterse y acatar las resoluciones justas que resulten de una controversia cualquiera que sea el tipo de ésta, defender a la nación al ser blanco de invasión, si así lo amerita, no romper con la paz y tranquilidad que goce el conglomerado por simple parecer, contribuir al desarrollo de la sociedad, respetar la esfera jurídica de los co-gobernados y tener la ética política, social y humana para contar con un Estado fuerte que, a largo plazo, pueda soportar y satisfacer las diversas necesidades que han sido positivadas y por ende, reconocidas como derechos en el Contrato social del que hemos sido objeto; por lo que,

“...el Estado debe darse una base segura y sólida para poder resistir a las sacudidas a agitaciones violentas que han de experimentar y a los esfuerzos que está obligado a hacer sostenerse, porque todos los pueblos tienen una especie de fuerza centrífuga en virtud de la cual obran constantemente unos contra otros, tendiendo a extenderse a expensas de sus vecinos”²¹.

De tal manera que, lo que se entiende como derechos para el Gobernado, deben saberse como obligaciones para el gobernante y viceversa estableciéndose así los elementos para que se eche a andar el Estado político, pues existen el objeto, sujetos, consentimiento, capacidad, es decir, los elementos necesarios para su constitución y que formalmente se

²¹ .-ROUSSEAU, J. Jacobo. El Contrato Social, ed. 13ª, edit. Porrúa, México 2002, Pág. 33.

reconocen como la población, el territorio, el poder que se convierte en derecho, el ordenamiento jurídico y por ende, en la soberanía.

4.- Formalización del Contrato Social.

La formalización del contrato se hace presente en el momento en que emerge el Estado político como **“una multitud de hombres reunidos por el consentimiento a la ley y asociados con el objeto de un bien común”**²² y se establecen por tanto, en una determinada demarcación para iniciar su desarrollo en todos los ámbitos necesarios, activándose sus tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que deberán garantizar tal progreso.

4.1.- El Estado.

“Es una persona que cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda realizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno para asegurar la paz y defensa común”²³; hasta este momento nos queda claro lo que debe entenderse como Estado, pero también es pertinente hacer una división del mismo para entender aún más los roles que juega; primero, debe verse como **“ una conexión social de quehaceres y; en segundo lugar, como una unidad de decisión y acción organizada”**²⁴, pues no hay que atribuirle, en el primer aspecto, su carácter moral y ético que se pretende alcanzar con su constitución y; en el segundo aspecto, el carácter jurídico que a través de una maquinaria

²² .- Cfr. Cicerón. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo X Empa-Esta, edit. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1977, Pág. 824.

²³ .- HOBBS, Thomas, Leviatán, ed.4ª, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1990, Pág. 141.

²⁴ .- SÉLLER, H. Teoría del Estado, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1942, Pág. 267.

legal se echa a andar para establecer un ambiente pacificador en la relación entre sus miembros ya que, no hay que dejar de lado que una vez **“entrando en el estado civil, cada uno renuncia al derecho de actuar por su propio arbitrio, no al de razonar o de juzgar”**²⁵; una dualidad que debe tratarse de manejar lo más coherente posible ya que, de ello dependerá alcanzar el fin del Estado político y el bienestar social, que de acuerdo con Hobbes, es la seguridad, pero es una seguridad en todos los aspectos posibles, no nada más o específicamente la seguridad pública; seguridad que en el estado original se buscaba con constancia. De éste último es más viable caracterizar al Estado **“como la organización jurídica – potestativa de una comunidad humana, tendiente a concretar en modo sistemático y efectivo la ordenación de la vida social en las condiciones y dentro del ámbito territorial determinado por factores históricos”**²⁶.

Ahora bien, para alcanzar el bien común que se persigue y anhela, tratando de que exista un equilibrio entre unos y otros individuos, así como en los diversos ámbitos; el gobernante pone en movimiento su derecho a sancionar o mejor dicho, castigar, (ius puniendi), mismo que le ha sido otorgado por los gobernados en su desesperación por no perecer ya que, se le considera como el guardián de la seguridad pública, aunque en la mayoría de las acciones tendientes a lograr tal función, termine reprimiendo a los gobernados y ejerciendo la violencia desmedida que coarta toda su integridad física y psicológica.

²⁵ .- Cfr. BOBBIO, Roberto, et.al. Sociedad y Estado en la filosofía moderna, edit. Fondo de Cultura Económica, Colección Popular #330, México 1986, Pág. 120.

²⁶ .- KELSEN, H. La teoría pura del Derecho, edit. Losada, Buenos Aires 1946.

4.1.1.- El papel del Derecho Penal en la formalización de las consecuencias del Contrato Social.

Aludiendo a Kelsen cuando señala de manera explícita que el Estado es una sociedad políticamente organizada por ser una comunidad constituida y regulada por un ordenamiento coercitivo y este ordenamiento coercitivo es el Derecho, de forma que el poder que tiene lo hará efectivo mediante el orden Jurídico, como ya se expuso anteriormente que es transformado para alcanzar un bien que en primera instancia es loable pero, ¿en qué momento puede ser transformado para alcanzar el objetivo particular del gobernante?, ¿en qué momento el Estado deja de lado la voluntad general, el bien común para deteriorarse y volver contra el gobernante lo racional convertido en irracional?, cierto es que, en el momento en que el individuo decide dejar de hacerse justicia por propia mano en aquellos momentos en los que pasó fuera del Estado político; en el momento en que forma parte de él, ésta facultad la delega al gobierno, ya que este órgano es el que se encargará de implementar mecanismos para evitar acciones que perteneciesen a la vida natural, a esa vida, vista como anacrónica, pero, como forma parte del individuo es imposible desterrarla, aunque sí disminuirla, por tal motivo la ley debe ser obedecida, sólo la ley racional y enfocada a regular la conducta del individuo en relación con los otros, siempre tratando de no afectarse entre sí, de no romper con el equilibrio que tanto se ha procurado, una ley que cumpla con no trastocar la esfera física y mental del gobernado, una ley que le haga sentir seguridad total y no, desconfianza y cambio de su identidad, de su sustancia o de su ser inherente.

Acabar con los males o vicios es querer acabar con el individuo mismo y por tanto, con el Estado político; para evitar tal infortunio (¿infortunio?) se concibieron formas de

represión para mermarlos, se hizo necesario dejar sentir el poder estatal con el objeto de mantener controlado al colectivo, de manifestar quien pone las reglas y como se habrán de aplicar, “todo en beneficio de la comunidad”, aplicar escarmientos para que los demás se eviten cometer los mismos actos, hacen ver a toda costa la necesidad de la creación y aplicación de las penas, ya que sólo así se evitaría una posible contaminación entre los individuos y se terminaría con el Estado; estatuyéndose de manera tal, que esta facultad permitida llegase a degenerarse de forma que, en vez de mantener el equilibrio, se padecieran con razón estas medidas, remarcando así lo salvaje del ser humano en todo su esplendor, surgiendo el despotismo y violencia en su máximo nivel; sin poder distinguir en el individuo la conducta natural de una conducta dolosa y premeditada dirigida expresamente a causar un perjuicio a otro u otros integrantes del conglomerado; suponiéndose indispensable el que se pudiesen controlarse con otras acciones mucho más letales.

Las consecuencias del contrato social serán pagadas con un alto costo por los individuos que en determinado momento prefiriesen formar parte del Estado político, pero tal pareciera que más les (o nos) hubiera valido vivir en su (nuestro) estado de naturaleza anterior, pues la racionalidad que debiera seguir, se torna como un sueño lejano; opacado por las pasiones del gobernante al momento que crea y aplica leyes penales tan crueles que, terminan con la seguridad del gobernado, entonces queda claro que, ni la racionalidad ni los instintos o pasiones correspondan a un Estado determinado, corresponde al individuo mismo y por ende, sólo de él dependerá lograr el bienestar conjunto con sus iguales.

CAPÍTULO II.- Racionalidad y Derecho.

1.- PRESUPUESTOS.

Es relevante tomar en cuenta que, los presupuestos que integren el cuerpo legal penal, deben ser creados basados en un contexto de acuerdo con las situaciones o relaciones sociales que se estén dando, sin dejar de lado también la ponderación de las teorías respectivas que han de servir de base a la creación de tal cuerpo jurídico penal fundamentado en el ámbito lógico con el objeto de no caer en la relajación de la ley y tornarla mística, desconocida y no respetada por aquellos a quien va dirigida, es por eso necesario, mantener un reconocimiento pleno entre el ciudadano a quien va dirigida la ley y, que ésta cubra las expectativas de la seguridad de tener una convivencia social basadas en la *otredad*¹, o sea, en el reconocimiento del otro, sin que una ley creada le pueda cancelar su humanidad o lo pueda cosificar, por el contrario, debe estar enfocada a otorgarle certeza jurídica, que tanto debe hacerse patente; no debe haber una contravención respecto a trastocar la esfera de las garantías fundamentales del individuo, mismas que han sido reconocidas de manera histórica y gradual a determinados sectores de la comunidad social (mujeres, niños, extranjeros, esclavos, ancianos, etc.).

Por otro lado, se dice que el *presupuesto* es un “**motivo o pretexto con que se hace una cosa, suposición, supuesto, intención**”² en relación a una acción que se pretenda o quiera que se realice, pero por otro lado también fomenta la nulidad de su realización, esto tomando en cuenta el aspecto histórico de las mismas.

¹ “entendida como el reconocimiento del otro y verse en el otro; es como un desdoblamiento; el otro es como nuestro espejo, es identificarse plenamente en el otro”

² Gran Enciclopedia Larousse, Tomo 16, PLI-REMA, edit. Planeta, España 1973, pág. 688.

El *presupuesto lógico*, al contrario del anterior, es **“una proposición aceptada como verdadera, que sirve como base (o premisa) en una investigación científica”**³ este tipo de presupuesto no requiere de comprobación o de medios de convención para aceptarla como tal, es algo que por su antecedente histórico, ya ha sido valorado como algo cierto, verdadero.

Desde un punto de vista objetivo, el *presupuesto* es **“en general, lo que precede y subyace como base a todo comienzo, se da previamente a él, lo hace primerísimamente posible, le da su dirección y determina su transcurso”**⁴ desde un inicio marca el punto de partida que se ha de tomar, aún sin que un determinado sujeto tenga ese conocimiento.

En el campo que nos interesa, el derecho, y tomando en cuenta lo expuesto anteriormente, el *presupuesto o supuesto jurídico* es definido como **“la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma”**⁵, apareciendo al momento de ejercerla o simplemente omitirla, el cúmulo de facultades y obligaciones que se le adjudicarán al individuo correspondiente. Es importante, hacer un análisis de los presupuestos jurídicos que forman parte de un sistema penal de una determinada nación, ya que, lo reflejante en su formación legislativa, nos darán a conocer el tipo de gobierno o la forma política en la que se fundamenta, así mismo, el sentido real de sus normas penales.

En la construcción de los presupuestos, no debe tomarse a la ligera el dejar de contrastar *el Sein y el Sollen*⁶, si es que se pretende llevar a cabo un trabajo legislativo responsable, ya que, en el momento en el que se contrasta la norma jurídica con lo fáctico,

³ Idem.

⁴ MÜLLER, Max, et. al. Diccionario de Filosofía, ed. 2ª, edit. Herder s. a. España 1981, pp. 360,361.

⁵ GARCÍA, Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, ed. 49ª, edit. Porrúa, México 1998, pág. 172.

⁶ “Ser y deber ser, son dos categorías lógicas sobre las que se asienta la distinta perspectiva de consideración sobre el fenómeno jurídico, el *sollen* tiene un carácter estrictamente formal (el *sein* son los hechos, la práctica, el quehacer humano). *Sein* y *Sollen* pueden coincidir en la realidad (si en la construcción del discurso se busca el equilibrio entre estos dos)”.

se determinará si es eficaz y efectivo; sin dejar de lado el análisis político y filosófico para ubicar el manejo del poder y su función de control y vigilancia.

1.1.- LA RAZÓN.

Es primordial el papel que juega la razón o la práctica racional en la construcción del discurso jurídico penal, ya que:

“la razón... es la sustancia; es como potencia infinita, misma la materia infinita de toda vida natural y espiritual, y como forma infinita la realización de éste su contenido: sustancia, como aquello por lo cual y en lo cual toda realidad tiene su ser y consistencia; potencia infinita porque la razón no sólo alcanza lo ideal, y lo que debe ser, sino que existe en la realidad, como ser universal, contenido infinito por ser toda esencia y verdad y materia para sí misma, la materia que ella da a elaborar a su propia actividad”⁷

Se conjunta lo positivado con la realidad; sin dejar menospreciar la utilidad general que se debiese perseguir, sin embargo, de no hacerse, el trasfondo no será más que una instrumentación de vigilancia y control constantes.

Lo racional constituye la parte en la que el individuo alcanza una plenitud y, mediante ello logra la construcción coherente de su entorno social y político; se convierte en una autoconciencia, misma que con argumentos tratará de convencer a otras, de tal manera que en su nueva microfísica del poder⁸, si en su “yo” se visualiza como el “ello” o el “nosotros”, entonces, podrá modificar la realidad en la que vive, con cambios graduales dándole un giro a su sistema social y por qué no, político.

Por consiguiente, si la razón es rebasada por los sentidos, el discurso que pueda crear, no tendrá otro objetivo más que disfrazar lo que se conozca como realidad de acuerdo

⁷ HEGEL, J.G. Federico, La Fenomenología del Espíritu, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1971.

⁸ FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, edit. Siglo XXI, México 2003.

a los fines particulares, por tanto, el mensaje tendrá una intención y no la finalidad del entendimiento en sí y para sí.

El Estado político es el único organismo en el que el individuo pueda desarrollar sus potencialidades, transformar su conocimiento y alcanzar un nivel en el que se sienta seguro y protegido. La construcción del discurso jurídico penal debe necesariamente fincarse sobre lo racional, para que desde un primer momento no se le adjudiquen objetivos y facultades para los cuales no está diseñado.

1.2.- LA LIBERTAD.

En el siglo XVIII, el 14 de julio de 1789⁹ el pueblo de París se levantaba en armas, iniciando así la reconocida Revolución Francesa, surgida por una situación de índole económica, ya que, los costos de vida aumentaron estrepitosamente, provocando descontento en las clases más desfavorecidas, por el cambio tan drástico. Esta lucha tuvo un resultado que sobrepasó lo esperado, ya que culminó con el reconocimiento de lo que se denominó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el 26 de Agosto de 1789. De esto se destaca que, el Movimiento Revolucionario se fincó sobre valores como la igualdad, la libertad y la fraternidad, mismos que fueron incluidos por la Asamblea Nacional, en la forma siguiente:

“Artículo 2.- La meta de toda asociación política es la conservación de los Derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: La Libertad, la Propiedad, la Seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 4.- La Libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límite que los que aseguran a los demás

⁹ LEFEVBRE, George, La Revolución Francesa y el Imperio, edit. Fondo de Cultura Económica, México 1995, pág. 59.

miembros de la sociedad del goce de éstos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”¹⁰

En relación al derecho de la libertad, éste fue un momento crucial para el individuo, ya que se establecía su radio de actuación, mismo que para hacerlo, debían seguir determinadas reglas que fueran dictadas por la Voluntad General¹¹, mismas que formaban parte del pacto social.

La libertad tal vez no sea el más importante derecho pero sí es uno de los que echa mano la legislación penal como una forma de control de la conducta del gobernado y, al privarlo de la misma, le cambia drásticamente el panorama, o sea, es el tipo de cambio que circula cuando se trastoca el radio de hacer u omitir del otro; es la libertad misma, sólo que cambian las denominaciones.

La libertad como derecho del individuo se convierte en un abanico de posibilidades, ya que se puede optar por el hacer o no hacer efectivo los derechos civiles, políticos y sociales. Hay una situación muy importante que necesito externar en esta sección, es decir, hablar de la libertad en nuestro orden estatal es hablar de una libertad condicionada, relativa, con un grado igual entre todos para que tal nos sea reducida o anulada; en cuestión de leyes, es frecuente que haya muchas que no contaron con nuestra aprobación o algún otra en el ámbito penal que no son más que represión plena y, se abocan a restringir aún más nuestra libertad. Realmente, las decisiones que tomamos y que hasta cierto punto nos hacen sentir bien o “satisfechos”, son una prueba contundente de que ejercemos una libertad condicionada porque realmente somos llevados a tomar tales

¹⁰ PECES-BARBA, Gregorio, et. Al, Derechos Positivos de los Derechos Humanos, edit. Debates, Madrid 1987, pp. 113-115.

¹¹ “ésta sólo atiende al interés común...Si, cuando el pueblo, suficientemente informado, delibera, los ciudadanos pudiesen permanecer incomunicados del gran número de pequeñas diferencias, resultaría siempre la Voluntad General”. Juan Jacobo Rousseau, El contrato Social.

elecciones conforme la construcción de la realidad que proyecta el Estado político en el que nos encontramos inmersos.

1.2.1. CIUDADANOS (PROPIETARIOS).

En la Constitución Política de nuestro país, se establece la figura del ciudadano, (esto como antecedente del vocablo y concepto que incluye la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) en un concepto general sin distinción de género, especifica a quién se debe considerar como tal, así como sus derechos y obligaciones; esto en el Capítulo IV denominado: De los Ciudadanos Mexicanos, así:

“Artículo 34: Son ciudadanos de la República los varones y las mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

- I.- Haber cumplido dieciocho años, y**
- II.- Tener un modo honesto de vivir.**

Artículo 35: Son prerrogativas del ciudadano:

- I.- Votar en las elecciones populares;**
- II.- Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las cualidades que establezca la ley,**
- III.- Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país,**
- IV.- Tomar las armas en el ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes, y**
- V.- Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.**

Artículo 36: Son obligaciones del ciudadano de la República:

- I.- Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo del que subsista, así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadano, en los términos que determinen las leyes.**

La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición que acredite la

ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley.

II.- Alistarse en la Guardia Nacional.

III.- Votar en la elecciones populares en los términos que señale la ley;

IV.- Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y

V.- Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado”¹²

De lo anterior, se desprende que la palabra Ciudadano engloba tanto a hombres como a mujeres, dándole el mismo status político, además de hacer un listado de los derechos y obligaciones de la misma índole. Para ser ciudadano se deben cubrir los requisitos de mayoría de edad y su forma honesta de vida sin olvidar que, tanto antes como después de ser reconocido como tal, en el rubro civil se le reconoce una capacidad jurídica, entendida como la facultad de incursionar en el quehacer jurídico, conforme le sea reconocida esta capacidad, misma que se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, activándose, ambas, en determinados supuestos.

La capacidad de goce **“es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente la posibilidad jurídica de actuar”¹³**, todo individuo la posee desde que nace, usualmente la hace valer por medio de otro mientras no tenga el status de ciudadano, no hay exclusión de la misma, puesto que la única exclusión total se configura cuando el producto nace muerto o cuando no ha alcanzado la mayoría de edad legalmente establecida;

¹² CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada por el Dr. Rubén Delgado), ed.17ª, edit. SISTA, México 2003, pp. 136-137.

¹³ ROJINA, Rafael, Compendio de derecho civil, tomo v.; Introducción, personas y familia, ed.28ª, edit. Porrúa, México 1998, pág. 158.

este tipo de capacidad inicia con la vida del sujeto y termina con la muerte, pero con la muerte sólo se extinguen los derechos y no así los deberes.

Por otro lado, la capacidad de ejercicio es aquella que

“...supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, en celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales”¹⁴

Esta forma es la que se asocia tácita y expresamente con la posición que se reconoce al ser considerado ciudadano, porque es menester tener la mayoría de edad y vivir honestamente, o sea, en este último aspecto, entender que en el momento de ser privado de su libertad por motivo de sentencia judicial es, cuando la capacidad de ejercicio se congela, pero sólo de manera relativa.

Se puede tener capacidad de goce no importando las condiciones biológicas, políticas o jurídicas del sujeto, pero no pasa así con la capacidad de ejercicio.

1.2.1.1. LEGISLADORES.

El papel del Legislador es iniciar, discutir, aprobar y publicar las leyes, siempre y cuando estén sustentadas en principios de equidad, proporcionalidad, legalidad, racionalidad, entre otros; en las cuales el objetivo sea el beneficio común de todos aquellos a quien va dirigida, ya que es el **“que legisla... forma o prepara las leyes... el que las aprueba, promulga y da fuerza a tales preceptos generales y obligatorios”¹⁵**, sin duda una gran responsabilidad y obligación para con su colectividad.

¹⁴ Ibid. Pág. 164.

¹⁵ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, edit. Heliasta, S.R.L. Argentina 1988.

En nuestra Carta Magna se encuentra establecido el procedimiento para la creación de las leyes, éste se suscribe en el Título tercer, Capítulo I, Sección II, denominada: De la iniciativa y formación de las leyes:

“Artículo 71: El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

I.- Al Presidente de la República;

II.- A los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, y

III.- A los Legisladores de los Estados.

Las iniciativas presentadas por el Presidente de la República, por los Legislaturas de los Estados o por las diputaciones de los mismos, pasarán desde luego a comisión. Las que presentaren los Diputados o los Senadores se sujetarán a los trámites que designe el Reglamento de Debates.

Artículo 72: Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución sea exclusiva de alguna de las cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones”¹⁶

Los Legisladores deben ser realmente los representantes del pueblo, del gobernado, deben defender el interés público en general, las leyes publicadas debiesen contener el consenso de la voluntad general, las leyes que sean aprobadas y publicadas debiesen ser eficaces y efectivas para promover el reconocimiento absoluto de la calidad de individuo en cada uno de los gobernados; se debe romper con la expresión conocida de que cada pueblo tiene a los Legisladores (al gobierno) que merece.

En nuestro país, el papel del legislador ha ido sufriendo cambios debido a los movimientos socio – políticos que se han suscitados en diversos momentos históricos de nuestro país pero, actualmente existe la percepción de que el gobernado no se siente identificado con lo que aprueban los legisladores, es decir, la norma no la sienten suya, por lo que, esto se ve reflejado en el resultado obtenido cuando se pone en práctica (si es

¹⁶ CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada por el Dr. Rubén Delgado), ed. 17ª, edit. SISTA, México 2003, pp. 136-137.

que se pone en práctica) alguna creación legislativa que no se relaciona, ni mínimamente, con lo fáctico, razón por la cual surge un choque tan drástico, con el cual el fruto del trabajo legislativo pasa a mejor vida, a esa vida eterna de espectro.

El Legislador se ha convertido en todo, menos en representante de la población; se ve más como un operador político que cuida los intereses particulares de su grupo partidario o del funcionario o gobernado encumbrado que tiene un interés específico en la aprobación de un determinado ordenamiento y que, le otorgó su respaldo económico cuando se postulaba para obtener un escaño.

Es muy usual que, cuando el legislador pretenda reflejar en la norma una pizca de racionalidad, equidad, proporcionalidad, servicio absoluto al pueblo o algún otro beneficio a favor del pueblo (por un lado el regalo de un centavo en el presupuesto, aumento salarial de tres centavos, etc., por el otro se le adjudicará al gobernado una deuda millonaria como la deuda externa, IPAP, o el pago de algún nuevo impuesto o derecho) es ahí, cuando más fácil puede identificarse el trasfondo que lo mueve, es decir, no es otro más que el clientelismo político para permanecer o escalar un peldaño dentro del poder gubernamental en su futuro próximo.

Los ciudadanos debemos tener más responsabilidad en elegir a las personas que desempeñarán el cargo de legisladores, informarnos de sus antecedentes éticos e intelectuales, ya que no olvidemos que ellos crearán la política criminal en todos sus aspectos que se deba aplicar, como por ejemplo, el cúmulo de leyes penales, es decir, los delitos y las penas que se nos deben aplicar, sean proporcionales y racionales tanto los unos como las otras. Es en el poder legislativo estatal o federal donde debiera constituirse una comisión especializada en Política Criminal, ya que es aquí donde debe residir definitivamente y no en algunas otras instituciones de los otros poderes de la unión.

El trabajo Legislativo se torna como un juego de ajedrez, en el que el gobernado no ocupa el lugar del rey, sino el de un simple peón. El pueblo que se presente como democrático, debe tener muy claro el gran poder que detenta, debe dar el paso a hacer efectivo algunos derechos como el derecho al sufragio, el de la libre expresión y manifestación de sus ideas ya que, al ser conciente de esto y tomar la responsabilidad que le corresponde, entonces, será capaz de provocar una transformación socio-político-cultural al conjuntar con otros individuos los mismos intereses con el objeto de surgir, realmente, como un factor real de poder dentro del Estado político, permitiéndoles crear un movimiento que cambie el rumbo, cosa que pasará en el momento que se tenga la fuerte convicción de tomar la decisión de hacerlo; en caso contrario, significará un constante retroceso que ratificará una aprobación unánime de todo lo arbitrario que pueda o esté ocurriendo en un pueblo pasivo que no se inmuta, o sea, le place vivir en el Estado político en el que está.

2.- EXTERIORIDAD DEL DERECHO.

La exterioridad del Derecho se manifiesta de tal forma que en los presupuestos jurídicos del derecho, específicamente, en el ámbito penal, que es el que nos interesa, se trata de regular las conductas de los individuos, predisponiéndolos, ya que, se analizan con anterioridad los hechos que se concretan en la realidad con más frecuencia, esto con el objeto de tener la facilidad de coaccionar, de controlar más fácil al gobernado; determinar cuales son las acciones que no convienen al orden estatal establecido pero sí al conglomerado en general sin dejar de lado que tal manifestación sea **“un acto acaecido en un determinado momento y en un cierto lugar, perceptible sensorialmente: un**

acontecimiento exterior, generalmente un comportamiento exterior, generalmente un comportamiento humano... un =sentido= inminente o adherente a este acto o acontecimiento, una =significación= específica”¹⁷, o sea, no se tratará de cualquier tipo de comportamiento, ya que para ser considerado como tal, debió estatuirse en una norma, misma que pudo serlo por seguir el procedimiento constitucional de la ley fundante, positivándola para que se convierta en vigente, con el objeto de poderla determinar y aplicar de manera coactiva.

Es menester decir, que esta exterioridad en el individuo (en el derecho penal) puede marcarse de 3 maneras:

1º.- Cuando un individuo realiza una conducta que encuadra en el supuesto jurídico positivado y vigente (actor material del hecho).

2º.- Cuando un individuo maquina la organización de un hecho delictuoso y lo materializa por medio de otro individuo (actor intelectual del hecho).

3º.- Cuando un individuo al dejar de realizar una determinada conducta, no evita el acaecimiento de un hecho delictuoso, mismo que hubiera podido evitar sino hubiese omitido tal o cual determinada conducta.

Es aquí donde se ve reflejada la característica de la exterioridad del ámbito jurídico y la importancia de tal especificación.

El derecho en sí tiene como características propias la bilateralidad, la coercibilidad, la heteronomía y por su puesto que la exterioridad; éstas permiten hacer una distinción con ámbitos como la moral y los convencionalismos sociales; de manera que se coloca a cada uno en la forma y tipo de control social al que pertenecen pero sin diferenciarse los objetivos que siguen, es decir, el sometimiento del individuo.

¹⁷ KELSEN, Hans, La teoría pura del Derecho, ed. 2ª, edit. GERNIKA, México 2001, pág. 12 – 13.

Nos interesa, específicamente, del derecho la parte de la Exterioridad que no sólo **“...busca de manera exclusiva la mera adecuación exterior, la simple legalidad, sino que atiende también a los resortes de la conducta”**¹⁸ .

A diferencia de otros controles sociales, lo que le importa al derecho es el hacer o el no hacer del sujeto conforme lo que determine la norma, de esto parte para que pueda funcionar la maquinaria jurídica, ya sea positiva o negativamente. En el derecho penal aparte de importar la conducta desplegada por el sujeto, también de manera accesoria se analiza la *intención* que el sujeto pudo emplear en la comisión de la misma, ya sea que la agrave o la atenúe, por lo que, pone al sujeto como un objeto de análisis criminal debido a la *intención* que tuvo al realizar la conducta, aspecto que surge con el fin de estudiar las causas y efectos provocados para poder determinar así, la natural elección del sujeto activo y el impacto provocado por esta conducta en la convivencia social. En el derecho civil el papel lo juega la buena fe.

El comportamiento exterior del sujeto siempre tendrá un efecto en los diversos ramos del derecho, pues finalmente, éste se constituye de normas que regulan la conducta del individuo en relación con los de su misma especie y la urgente necesidad del Estado político para generar constante violencia para controlarlos.

¹⁸ .- GARCÍA, Máñez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, ed. 49ª, edit. Porrúa, México 1998, pág. 20.

3.- CONCEPCIÓN PENAL EN EL PENSAMIENTO ILUSTRADO.

Tocante al aspecto del discurso penal determinado por la Ilustración que da paso al Estado Moderno y en la que, la racionalidad toma el primer lugar en todo aquello que trate de universalizar determinados conceptos para lograr según ellos una “unificación”, sin perder de vista que tales conceptos no vayan en contra de los principios éticos de cada pueblo, de cada ente cultural; sin tornarse tal universalización en una imposición por parte de la cultura que pueda resultar en ese momento la dominante en relación al peso político, cultural, social o económico, de tal manera que no se trate de aculturizar a la que pueda ser más vulnerable entre éstos. Lo ideal sería entablar, entre los diferentes pueblos o culturas, un diálogo en el cual pudieran intercambiar formas diferentes de producción, valores cívicos, políticos, sociales o hasta económicos pero, siempre y cuando no exista una imposición, porque en caso de ser así, se estaría hablando de anular a los otros pueblos o culturas a través de una seducción más que de una convención.

Es de gran importancia el acontecimiento histórico ocurrido el 14 de Julio de 1789 y que conocemos como la revolución francesa, movimiento social que dio pie a grandes adelantos en las diferentes áreas de las ciencias, sirviendo como antecedente intelectual a lo que tiempo más tarde respaldaría al denominado siglo de las luces, a la Ilustración (siglo XIX) teniendo como grandes exponentes a filósofos, predominando los de nacionalidad alemana y judía que dieron paso al Estado Moderno, fundamentado en un pensamiento racional, en la constante búsqueda de conocimiento que pudiese considerarse universal, que fuera reconocido e ideal para todos los individuos sin importar su nacionalidad, pero el problema de esto no era más que tratar de imponer tal conocimiento a otras sociedades, a otras nacionalidades; esto se vio reflejado en las conquistas a base de la fuerza, arrasando

con toda organización política, religiosa y hasta legal de todo un pueblo, en esto, nuestro pueblo es un claro ejemplo (ya que al parecer se aplica el lema de “sólo mi cultura, mi conocimiento y mis organizaciones son las únicas”).

En fin, el derecho penal también tuvo una visualización en el pensamiento ilustrado, para esto me voy a enfocar específicamente a dos exponentes, por un lado a Immanuel Kant, quién con el tiempo fue ferviente ideólogo del Despotismo Ilustrado¹⁹. En sus estudios en relación al tema que nos atañe, nos expone al imperativo categórico fundamentado en una moral autónoma y estableciendo **“que una ley para valer moralmente como fundamento de una obligación, debe de llevar consigo necesidad absoluta para todo ser racional”**²⁰, de ahí que el concepto que tenga, sea que la pena es un imperativo categórico (que al ser creado, se refuta y al contener tal refutación se transforma en una ley universal) con una naturaleza retributiva pero proporcional al daño que se haya causado, posicionando al estado político constituido como el idóneo para ejercer el derecho que por antonomasia le corresponde, es decir, el derecho a sancionar (es decir, a castigar) =Ius Puniendi= y lograr entre sus gobernados el fomento del *principio ético-político*²¹.

Otro aspecto que sale a colación es el estado de necesidad, al que concibe como una forma de justificar la conducta que formalmente se encuentra sancionada en la ley, pero al encontrarse un individuo en determinadas condiciones, en la que su vida corre peligro y por ende, no tiene la libertad de elegir concienzudamente ya que, por lo reducido de las

¹⁹ “Conocido también como el Absolutismo del siglo XVIII, en la que se hace uso de la ideología ilustrada por parte de las leyes absolutas para mantener su absolutismo, además de rechazar la libertad política”.

²⁰ Op. Cit. VALENZO, Pablo, Derecho Penal, Parte General, edit. Expresarte, México 1996, pág. 47.

²¹ “Construir una situación en la que se pueda vivir en autonomía”.

opciones percibidas en ese momento, es orillado a actuar lo quiera o no, es algo que no se puede evitar y en el que el instinto de sobrevivir se hace patente.

Por otro lado, Jorge Guillermo Federico Hegel logra ser un gran exponente de la Ilustración colocando a la razón, en una posición activa y en un mundo sublime que logra llevar a determinados individuos a la perfección del conocimiento diferenciándolo de los otros, surgiendo así el progreso absoluto del *pensamiento*²² y el lugar donde ha de desarrollarse, esto es, la comunidad espiritual.

En relación a la cuestión penal, Hegel aplicó el método dialéctico sustentado en tres pasos ya conocidos y, los traslada al mundo de lo espiritual, con el cual desarrolló la explicación dada al delito y a la pena, estableciendo que,

“La pena se imponía como una necesidad lógica y también tenía carácter retributivo talional, por ser la sanción a la violación del contrato: si el delito es la negación del derecho, la pena es la negación del delito y (conforme a la regla de que la negación de la negación es la afirmación) la pena sería la afirmación del derecho, que se impondría simplemente, por la necesaria afirmación del mismo”²³.

Aunque entre Kant y Hegel existiese una contraposición de conceptos, hasta cierto modo (la razón para el primero era algo pasivo, para el segundo era algo activo; para el primero lo infinito se opone a lo finito pero, para el segundo lo infinito no se opone a lo finito, sino que lo infinito es lo único que tiene realidad y lo único infinito, es la razón) tenían un punto de convergencia que consistía en destacar como máximas exponentes de la teoría absoluta de la pena, en la que ésta (la pena) es la consecuencia necesaria del delito y cuyo único fin es la retribución.

²² “La fenomenología del espíritu”.

²³ ZAFARONNI, Raúl, *Manuel de Derecho Penal, parte general*, ed. 6ª, edit. Sociedad Anónima Editorial, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires 2001, pág. 223.

La expresión del estado de necesidad, la voluntad, la libertad, y el derecho del Estado político para ejercer el castigo contra sus gobernados van de la mano en este estudio. Se concibe, pues, el estado de necesidad como una forma de justificar la conducta que formalmente se encuentra sancionada en la ley pero que, al encontrarse el sujeto en determinadas condiciones como en la que su vida corre peligro y no hay opciones que elegir y en la que, la libertad se ve anulada orillándolo a actuar lo quiera o no, es decir, es una situación que no se puede evitar.

El pensamiento Ilustrado nos ofrece la visión jurídico-penal de la retribución, misma que se hace rodear de fantasmas como la readaptación social que descansa sobre ilusos lacayos conocidos como la capacitación, el trabajo y la educación; es ahí, donde se puede corroborar que el raciocinio, en múltiples ocasiones, si no es que en la mayoría de las veces, al crear nuevas instituciones o al ser “cambiadas” no aluden más que, a una “*democracia Gatopardense*”²⁴ o recurriendo a las tragedias griegas, aquella escrita por Esquilo en la trilogía de Orestes, llamada “Euménides”, cuando la Diosa Atenas cambia a las Gorgónas, Medusas o Furias (tenían como trabajo el de perseguir y atormentar a aquellos que privaban de la vida a aquellos con los que tenían parentesco consanguíneo) a Euménides, es decir, les cambia el aspecto, tonándose en hermosas figuras y ubicándoles su mansión bajo el Areópago, al llevarse a cabo el juicio de Orestes por considerarlo matricida, la Diosa en conjunto con el jurado (integrado por las Euménides) le otorgan la inocencia; aquí podemos manifestar que ellas cambian superficialmente, pero no de fondo; en nuestras instituciones pasa igual.

²⁴ “Es aquella que al no querer cambiar o perder el poder político que ostenta, trata de cambiar superficialmente de nombre a las instituciones que en ese momento forman parte de la administración, dándole otro nombre rimbombante o que invita a una nueva era de cambios sustanciales de corte social y llenan de esperanza al pueblo por el cambio positivo que se está dando, sin descubrir que en el fondo se está aplicando el dicho: “cambiar para que nada cambie”.

3.1. APUNTES PARA LA TEORÍA DEL DELITO.

3.1.1. IMPUTABILIDAD.

Hegel en su estudio denominado *la fenomenología del espíritu* exalta la razón como el máximo status desarrollado por el individuo en relación al conocimiento; cabe señalar que el logro de tal estado, determinará la inclusión o exclusión dentro de la “comunidad espiritual” en relación a las consecuencias que puedan surgir cuando la conducta de algún miembro pueda ser encuadrada en algún comportamiento tipificado por el derecho penal como delito.

Por tanto, **“si quienes no alcanzaron el estadio subjetivo no actúan con relevancia jurídica, no pueden cometer delitos, y por ende, no pueden ser sometidos a penas”**²⁵ es ahí donde surge un estado de inimputabilidad en relación a aquellos que el propio ordenamiento jurídico ha reconocido como tales por contar con características que, casualmente tienen que ver con su desarrollo intelectual, como por ejemplo aquellos que tienen un fuerte trastorno psicológico y psiquiátrico, aquellos que son menores de edad, etc.

Ahora bien, los que entran en los parámetros establecidos por los procedimientos cognoscitivos, sí se les aplicara la correspondiente sanción en caso que así se determine; de forma que se reconocen como imputables, son sujetos de derecho que cuentan con la capacidad de goce y de ejercicio.

La imputabilidad es un elemento positivo del delito, consistente en esa capacidad de concebir y de querer realizar la conducta típica, antijurídica y culpable, siendo **“...el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor del delito,**

²⁵ ZAFFARONI, E. Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, ed. 6ª, edit. Sociedad Anónima Editorial, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires 2001, pág. 223.

al momento de cometerlo, que lo capacitan para responder del mismo, ante el Estado y la Sociedad”²⁶, de tal manera que el ordenamiento jurídico penal cuenta con los elementos del tipo penal que ante cualquier conducta o acción del gobernado, la autoridad tanto administrativo como judicial pueda estipular si se trata de un delito o de una infracción ya que, se le atribuirá la debida responsabilidad **“siempre que pueda probarse que obro con plena comprensión del alcance de su acto, así como de las consecuencias del mismo”²⁷**

Se crean mecanismos para que determinadas conductas puedan ser soportadas y no transgredan en mayor medida la esfera de la libertad de los otros, de manera que, **“no puede concebirse una conducta penalmente relevante sin exteriorización en el mundo físico, porque no podría configurar un conflicto, algo que no tiene expresión sensible”²⁸**.

La voluntad como punto primordial en éste elemento tiene su importancia, ya que el hecho realizable es volitivo cuando existe un consentimiento, un querer hacer, en esta determinación el sujeto muestra disponibilidad, se ha permitido tiempo para tomar una decisión, pues el resultado que arroja se convierte en una cuestión imputativa.

3.1.2. VOLUNTAD.

La voluntad de hacer o lograr algo es lo que motoriza a la conducta, de manera que **“...es inconcebible la conducta sin voluntad, y la voluntad sin finalidad, resulta**

²⁶ VALENZO, Pablo, Derecho penal, parte general, edit Expresarte, México 1996, pág. 96.

²⁷ OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, edit. Heliasta S.R.L. Argentina 1974, pág. 368.

²⁸ ZAFFARONI, E. Raúl, et. Al. Derecho Penal, parte general, edit. Porrúa, México 2001, pág. 435.

por consecuencia que la conducta requiere siempre una finalidad²⁹ (concepción de la teoría finalista penal) aunque podría decir que, hay ocasiones en las que queremos realizar una determinada conducta que no sabemos *el por qué* pero cuando las llevamos a cabo descubrimos lo positivo o negativo que logramos con ella; esto nos da la experiencia.

Por otro lado, en el ámbito de los delitos y de las penas, es menester que el operador del derecho deba hacer un análisis riguroso del tipo de delito realizado, la incidencia, la magnitud de lesividad, las agravantes y /o atenuantes, los antecedentes del agente activo del hecho delictuoso y la voluntad (aunque se trate de una cuestión subjetiva del actor del delito) de materializar la reparación del daño causado para que posteriormente se le asigne un sustitutivo penal que mejor corresponda y que verdaderamente cumpla el objetivo asignado.

La voluntad entendida como **“la expresión del querer de un sujeto o de varios, dirigida a la realización de un determinado acto jurídico”**³⁰ ya que, el quehacer que impone la razón facilita al sujeto para poder comprender las alternativas que se presentan frente a él, para que de manera conciente elija y prevea las consecuencias de tales elecciones, mismas que deben ser depuradas para conocer si existió un consentimiento fundado o falaz; esto se determinará cuando en el análisis de los actos, resultasen elementos como el error, la ignorancia, desequilibrio mental o minoría de edad en el individuo.

El grado de construcción de la voluntad dependerá del grado de importancia en la que se posicione la decisión, ya sea si se trata de una de carácter de necesidad o de índole

²⁹ Ibid. 339.

³⁰ DE PINA, Rafael, Et. Al. Diccionario Jurídico de Derecho, ed. 19ª, edit. Porrúa, México 1993, pág. 498.

intelectual, ya que para la primera bastará la existencia de la necesidad y de la segunda su complejidad.

En el rubro penal, por un lado, la voluntad que el agente pasivo demuestre en la realización de un ilícito ante el agente activo, disuelve automáticamente los elementos positivos del delito. No así cuando, el que la hace patente es el agente activo del delito, entonces, se accionan la instrumentación punitiva del estado y se encuadran los hechos al tipo penal respectivo para resolver la situación legal del transgresor.

El aspecto volitivo aumenta la responsabilidad que debe enfrentar el sujeto ante el Estado y al Sociedad.

3.1.3. RESPONSABILIDAD.

Hablar de este concepto, merece antes hacer una descripción filológica o lingüística de la palabra, de ésta manera se puede entender el verdadero sentido de la misma y cómo es que, de manera un poco desvirtuada o no muy precisa, se incorpora en el derecho penal como un deber jurídico, cuando en realidad se trata de un valor ético- del agente activo del delito para responder ante el agente pasivo por las consecuencias surgidas del acto delictuoso.

En un primer lugar diremos que el concepto de *responsabilidad*³¹ procede del griego *spondé* que significa “ofrenda de seguridad”; del latín *spondeo* reconocido como “hacerse garante en justicia, dar su caución personal por alguien”; hay derivaciones como *sponsus* de “esposo” y *sponsa* de “esposa”, *res-ponsio* de “garantía recíproca”, *respondeo*

³¹ Concepto tomado de los Apuntes de la cátedra denominada Teoría Jurídica Contemporánea I, impartida por el Dr. Mauricio Pilatowski Braverman, en el Posgrado de la FES – ACATLAN.

o *responsus* que significa “de los intérpretes de los Dioses, o sea, sacerdotes, a cambio de la ofrenda; también *respondere o jure* de “dar una consulta en Derecho” (el jurista es quien la da).

En un segundo lugar, enfocándonos a la traducción hebrea de la palabra *responsabilidad*³², ésta se reconoce con la palabra *AJRAYUT = HURYT*, que procede de *HJR*, o sea, “otro”, de manera que significa “ir por el otro”, viendo al otro como una bendición y por tanto, se convierte en una necesidad; llegando a significar “el asumir una madurez, una posición propia” basándose en que la *responsabilidad* que se identifica en la vulnerabilidad es constitutiva del hombre, es fundante del mismo. Surge así, en el aspecto del contrato social una *responsabilidad ética* que es la rebelión contra éste, cuando en la redefinición del otro desde el punto de vista del poder –el “otro”- nos dice hasta qué punto no debo ser “yo” y de esa manera no permitir que nos cosifiquen.

Lo anterior se ve reflejado en la proyección de los discursos que contienen conceptos cambiados de su significado elemental y manipulándolos para que parezca positivo a los ojos de la otra parte del contrato social; sin dejar de lado que, la construcción del derecho penal juega el papel elemental para tal cosificación del individuo, ahí es donde se hace patente el rol que cada una de las partes ocupa.

Se pretende ver la *responsabilidad* penal como algo muy completo, como algo integral del individuo que ha faltado al derecho del “otro”, al derecho de sí mismo, pero en la práctica no es más que un mero trámite de culpabilidad.

La *responsabilidad*, realmente, en ningún momento se siente como una carga, sino que se siente como una necesidad para con uno, como algo que da sentido a cada uno de los

³² Idem.

actos del individuo, no debe confundirse con la *obligación* que tiene un principio y un fin muy cortos; se puede medir y le significa al “otro” un deber, una carga, se siente inmerso en la esclavitud, en un sometimiento tal que lo remite a la resistencia.

La *responsabilidad* no se impone, surge como algo ético en cada ser humano y que con el tiempo en unos y en otros aumenta o disminuye gradualmente dependiendo de las condiciones de desarrollo vital y/o mental a las que se haya a lo hayan sometido ya que el asumir la *responsabilidad* **“es un acto real psíquico de la persona, no una mera vivencia, y conduce a una disposición en principio interior de emprender un camino que aboca a la descarga del agente, pero cuyo fin consciente no lo constituye sin embargo esa descarga misma, sino ante todo el cumplimiento de las exigencias nacidas de la responsabilidad y dirigidas al agente”**³³.

La responsabilidad se ha trasladado al ámbito penal transformando lo que realmente debe proyectar y lo convierten en un concepto inmerso en la realización de las conductas delictivas, ya que en su realización premeditada o no, tiende a lesionar bienes jurídicamente tutelados, de manera que, **“la responsabilidad es el deber jurídico en que se encuentra el individuo, imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado”**³⁴, surge la obligación de someterse al proceso jurisdiccional correspondiente para determinar el grado de responsabilidad. Un aspecto que cambia la adjudicación de la responsabilidad al sujeto es su estado mental y su edad al determinar si son menores, a lo cual lo convierte en inimputable por el hecho de que no se encuentra en posibilidades de medir las consecuencias, de dilucidar si el acto es perjudicial para el otro, por no concebir la magnitud de la gravedad del acto realizado o por realizar.

³³ INGARDEN, Roman, Sobre la responsabilidad, edit. Caparrós editores, Madrid 2001, pág. 17.

³⁴ CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, ed. 17ª, edit. Porrúa, México 1982, pág. 219.

Dentro de lo que es la responsabilidad, podemos diferenciar una objetiva y otra subjetiva, la primera, deviene del mismo hecho causado, del ilícito materializado, del haber realizado una conducta y obtener un resultado visible; la segunda, surge en el individuo que ha realizado la conducta delictiva, no tanto la materialización de ésta, sino de quien realizó la conducta penal; de esta última, es donde la responsabilidad **“constituye un elemento agregado, el solo efecto de garantizar el cumplimiento del deber”**³⁵

3.2. APUNTES PARA LA TEORÍA DE LA PENA.

“Pena es el castigo que el Estado impone, con fundamento en la ley, al sujeto responsable de un delito”³⁶, esto como consecuencia de haber incumplido determinada cláusula del contrato social reflejado en la constitución política de un determinado Estado Político.

Tal castigo –pena- implementado, puede tener en el fondo características y/o fines de intimidación, aflicción, ejemplificación, corrección, de justicia, de legalidad, de protección, **“debe ser advertencia y amenaza dirigida a la colectividad”**³⁷, ya que, realmente en el contrato social, las dos partes no han trabajado codo a codo en la elaboración de las reglas constitucionales por lo que simplemente, la sostenedora del poder tuvo a bien poner letras pequeñas en la mayoría de las hojas con toda la intención de no ser leídas por la parte decidida a ceder no una pequeña fracción (diría que la mayor parte o la

³⁵ OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, edit. Heliaca, S.R.L., Argentina 1974, pág. 672-673.

³⁶ AMUCHATEGUI, Griselda, Derecho Penal, ed. 2ª, edit. Oxford, México 2002, pág. 113.

³⁷ Ibid. pág. 116.

totalidad) de su libertad, con toda la confianza del mundo y también sin la importancia que debiera tener del conocimiento de su nuevo status, por lo que crece día a día su desinterés al igual que la ambición de poder del otro, de sus “autoridades”.

En el Estado moderno

“la tarea de la pena moderna es, por medio de la irrogación de un daño, frente a la elevación más rigurosa de los deberes unida al menoscabo de los bienes jurídicos, reparar el injusto grave y expiar la culpabilidad y además también (¡), en cuanto sea posible, asegurar a la comunidad estatal contra el injusto y actual (intimidar) mejorando (educativamente) al autor y a los otros miembros de la comunidad jurídica”³⁸

esto nos remite nada más y nada menos que, a su característica primordial, la retribución, aunque desconozcamos hasta qué punto pueda asomarse la justicia en la aplicación de alguna pena, sin que otros aspectos externos ajenos al ámbito penal y muy alejados del ámbito ético, hayan tenido una ingerencia significativa y hasta crucial en su emisión.

3.2.1. RETRIBUCIÓN.

La pena ha tenido una evolución³⁹ a través de la historia de la humanidad, desde la venganza privada hasta el periodo denominado como científico en el que, finalmente la pena no es más que retributiva, característica entendida como **“la finalidad de la pena que trata de corresponder con el mal señalado en la ley al causado por el delincuente”⁴⁰**. Aunque se implementen programas interdisciplinarios, en el fondo no es más que una estructura contraria y violatoria de las garantías del sujeto que es objeto disponible de tal maquinaria.

³⁸ SAUER, Guillermo, Derecho Penal, Parte General, edit. Casa Editorial Bosch, Barcelona 1956, pág. 362.

³⁹ STRAFFER, Fritz, Historia del castigo y la tortura, México 1984.

⁴⁰ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, edit. Heliasta, S.R.L, Argentina 1988, pág. 284.

La pena retributiva consiste en la privación de la libertad personal, el derecho al libre tránsito y algunos derechos políticos; no es más que un castigo infligido ya no al cuerpo, sino sobre la dignidad del sujeto, en la parte más vulnerable del mismo, tratando de que el reo tenga suficiente tiempo para meditar sobre su conducta negativa hacia la colectividad de la que formaba parte y que para ser miembro nuevamente debe cambiar su actitud.

Es duro enfrentar que la **“pena es la retribución expiatoria de una delito por un mal proporcional en la culpabilidad”**⁴¹, como que si el delito fuera un ente de oscuridad salido de lo mas recóndito del averno y que la pena fuera la realización de un exorcismo que habrá de liberar al individuo de esa posesión. Considero que para cambiar de sistema, basta vernos a sí mismos, entender que podemos ser o no ser lo que han hecho ser a los otros, los “delincuentes”, ya que, hablar de retribución, es hablar de no haber avanzado como individuos, como sociedades “modernas” o por qué no, “posmodernas”, no situamos en seguir con lo mismo pero con un sola diferencia -cualquiera- ya que sólo se resume en una venganza oficial, la venganza del agraviado investida por el Estado.

3.2.2. PREVENCIÓN.

Hasta el día de hoy hemos podido constatar, que existe la creencia de que aumentando los años a las penas y aumentando el catálogo de delitos, aumentando el número de policías y con la misma infraestructura penitenciaria, ahora muy deteriorada, se podrá frenar la comisión de las conductas reconocidas legalmente como delictivas, es

⁴¹ Op. Cit. LOPEZ, Betancourt Eduardo, Introducción al Derecho Penal, ed. 7ª, edit. Porrúa, México 1999, pág. 253.

necesaria en primer lugar, una recapitulación de las mismas para establecer su verdadera naturaleza y la forma para reestablecer el orden que hayan quebrantado.

Es importante también, en segundo lugar, distribuir la riqueza de manera en que la inmensa mayoría pueda tener una calidad de vida que le permita acceder a los satisfactores que en forma, sino total si medianamente, se puedan conseguir con facilidad; buscar la forma de que en el territorio nacional también se equilibren las fuentes de empleo y el desarrollo social para evitar la constante migración interna entre localidades municipales y Entidades Federativas así como internacional.

La búsqueda de la *prevención* en el derecho penal es igual a creer en el secreto del alquimista y querer encontrarlo sin importar los recursos materiales y el tiempo que se pueda emplear. Querer prevenir ilícitos utilizando como medios la amenaza, creando miedo o pavor queriendo lograr la *prevención general*⁴² y la *prevención especial*⁴³, no denotan más que se trata de una forma de represión brutal estatal que en cualquier momento resulta contraproducente, no olvidemos los casos de San Salvador Atenco y el movimiento magisterial de Oaxaca en los que el gobierno mexicano convirtió de un plumazo a los luchadores sociales de éstos movimientos en “delincuentes superpeligrosos” ya que, al hacer las aprehensiones algunos fueron mandados a las cárceles de máxima seguridad, esto con el objeto de mandar un mensaje a la población mexicana para que nos quedara claro que al querer defender nuestros derechos, la respuesta de nuestras autoridades siempre estará revestida de violencia cruda institucionalizada mediante el derecho penal; tal vez estemos frente a una crisis penológica, que estemos frente al final de la institución

⁴² .- “Aquella en la que su fin está dirigido a la población que aún no ha delinquido, anhelando que la norma penal cumpla con una función motivadora: evitar el delito”.

⁴³ .- “Aquella cuyo fin está orientado a la readaptación social del delincuente; la modificación de su conducta futura”.

carcelaria o en un cambio, si no es que, drástico en comparación al de ahora, podría resultar viable la sustitución de la pena carcelaria en aquellas conductas legalmente ilícitas que tienen que ver con la propiedad privada en las que sería más provechoso la restitución del bien jurídicamente tutelado y la aplicación de algún sustitutivo penal, ya que a éstos no se les ha tomado la verdadera importancia que merecen y tienen, o aquellas conductas que no tengan un fuerte impacto dañino en la sociedad.

Todos los proyectos y programas estatales que se puedan crear, deben ir enfocados a evitar la realización de determinadas conductas que desequilibren la convivencia social de todos y no de unos cuantos (de aquellos que tienen los recursos económicos y el poder político).

CAPÍTULO III.- El Pensamiento Penal en la construcción de la Dogmática Penal.

I.- Sistemática de la Teoría del Delito.

Al analizar las diferentes etapas históricas de nuestra sociedad mexicana, nos damos cuenta de las múltiples reformas que ha habido en el ámbito del derecho y en especial en el derecho penal, que es el ámbito que nos interesa en este tema, pero esas reformas no han sido precisamente para constituir un derecho penal mínimo ni democrático, sino que al contrario, se han enfocado a agudizar gradualmente el catálogo de delitos, es decir, se le han integrado elementos dispersos los cuales deben cubrirse para hacer la configuración de la conducta ilícita (en algunos lados la satisfacción del tipo penal y en otros, los elementos materiales del delito), sin contar aspectos que tienen que ver directamente con la construcción de un panorama en el que los sentimientos de temor y de inseguridad social han sido un arma para que existan variantes de una sola conducta ilícita, tomando en cuenta la intención y la responsabilidad del sujeto, la incidencia, pero dejando fuera el impacto social, la situación económica de la víctima y del victimario, el momento político en que se vive, el bien jurídico que se tutela, entre otros. Si bien es cierto que, el poder económico y las relaciones que éste genera en la reproducción de este tipo de relaciones tienen demasiada intervención en la constitución del sistema jurídico penal de nuestro país y más aun, cuando nos encontramos a bordo del barco de la globalización debido a la seguridad y certeza jurídica que exigen esos grupos de inversionistas internacionales y que ponen de condición para poder invertir sus recursos en nuestra nación, sin olvidarnos además del grupo empresarial que, al interior, presiona y maneja al

sistema Legislativo, Judicial y hasta Ejecutivo, muy a pesar y desventaja de los desposeídos que formamos un gran ejército y que día a día ve incrementada sus filas por la desequilibrada o nula repartición de la riqueza, situación que puede ser un detonante para que en vez de manifestarse en contra de la inseguridad pública y pugnar por la aplicación de las leyes penales, por la tipificación de nuevas conductas y por agravar las penas, se pudiese manifestar de manera multitudinaria por la existencia, la vigencia y aplicación de leyes capaces y necesarias para allegarse de esos bienes jurídicos tutelados que no poseen y que se penalizan de manera drástica; tal resurgimiento social, patentaría el reconocerse en los desposeídos a un factor de poder, de cambio social con lo cual se lograría equilibrar el poder estatal, se encontraría el contrapeso que se necesita para que el sistema jurídico no fuese ya un instrumento ideal para el ejercicio violento del poder Estatal y conservación del mismo, sino que sea el instrumento con el cual el gobernado haga efectivo el reconocimiento de los derechos humanos que se han considerado como fundamentales y que, a su vez como una idea Utópica, son difíciles de alcanzar.

No debe olvidarse que las diversas escuelas han tratado de buscar una sistematización de la teoría del delito y de la teoría de la pena, elementos que forman el binomio del derecho penal en general; en las que podemos encontrar que éstas han sido, la clásica, cuyo fundador es César Bonesanna, marqués de Beccaría, anexándose a ésta todos aquellos que no congeniaban con la Escuela Positivista, misma que sostenían la característica del “libre albedrío”; otra es la Positivista que mantenía la negación del “libre albedrío” y se enfocaba al “determinismo” al situar al delito como un hecho individual y social; otra es la Sociológica o de Política Criminal fundada por Franz Von Liszt que, entre otros postulados, también negaba el “libre albedrío” y que el delito encontraba sus causas en factores individuales, físicos, sociales y económicos, además de aceptar la imposición de

penas y medidas de seguridad; finalmente, la escuela Técnica-Jurídica consolidada en Italia y encabezada por Manzinni, Bataglins, Vanini, Masson y Rocco, quienes entre otras cosas exponen un rechazo a todo aquel planteamiento de raíz filosófica, aceptan al delito sólo como una relación jurídica y no como hecho natural, además toma al derecho positivo penal y/o vigente como objeto de investigación de la ciencia jurídico-penal; muestran la diferencia entre imputabilidad de la inimputabilidad, pero sin fundar la imputabilidad en el “libre albedrío”.

De alguna y otra manera, ya sea visible o en el fondo, lo que estas escuelas buscan es el poder distinguir aquello al que debe dársele el mote de “delito”, crear una estructura instrumental para determinarlo, atacarlo y hasta cierto punto lograr su supresión basándose en cuestiones meramente de esencia humanista, pero sobre todo, buscando mantener a salvo o segura la integridad del individuo y, por una cuestión muy importante, constitutiva del Estado Político, es decir, la propiedad privada, entendida como **“aquello con lo que tengo relaciones tales, que su uso por otro sin mi permiso me perjudicaría”**¹, ya que ésta es generadora de poder.

Pero, ¿cómo encontrar la fórmula necesaria para poder establecer de una manera más adecuada aquellos comportamientos que deban determinarse como delito, el tipo y cuantificación de la pena y sobre todo, las medidas de corte gubernamental que deban implementarse para lograr la prevención de los mismos tomando en cuenta otros rubros de carácter sustancial que integran la administración pública?.

¹ KANT, Inmanuel, Principios metafísicos de la doctrina del Derecho, Colecc. Nuestros Clásicos núm. 33, edit. UNAM, México 1978, pág. 51.

Está claro que la propiedad privada constitutiva del Estado político crea status de poder, sin olvidar que aparte de ésta, cada individuo forma un determinado grado de poder, lo que en su momento Foucault llamó la microfísica de poder, grado de poder que siempre se ha tratado de suprimir mediante la aplicación desmesurada del sistema penal y darnos cuenta que no ha habido cambio relevante ya que “...**un ejército entero de técnicos ha venido a relevar al verdugo**”², que se han creado sistemas de control social formales o informales dentro del ámbito jurídico penal y de corte moral que forman círculos interminables de individuos excluidos y que finalmente son aquellos que han sido despojados de su dignidad y de su propiedad privada, de su poder político y su poder “moral” que no es más que la justificación a hechos arbitrarios de aquél que detenta el poder y que lo hace cada día de la manera más hipócrita ante los otros.

Analizado la situación desde la óptica de las relaciones de poder en la que se nos presenta un panorama ya dado, en la que es imposible lograr los cambios que se puedan anhelar, lograr un equilibrio sustentado en la paridad de situaciones entre los miembros de determinado grupo social, pero que para lograr tal, es necesario tomar el papel que nos corresponde a cada uno de nosotros, sea como gobernantes, ciudadanos o como gobernados; creando cambios inicialmente en nuestro ambiente familiar, laboral o escolar, es decir, el tipo de convivencia que en el ámbito macro social nos gustaría sentir.

Para comprender los caminos que ha tomado nuestro sistema penal, analizaremos cada una de las diferentes corrientes y la conformación de la sistemática que han introducido cada una de ellas y que se han visto plasmadas en los diversos códigos penales estatales o federales, como las que sufrió el código penal de 1871, en el código penal de

² Vigilar y Castigar, edit. Siglo XXI, México 1976, pág. 19

1929, en el de 1931, en el del 10 de enero de 1994 y la del código penal del Distrito Federal de 2002.

1.1.- EL Causalismo.

Se atribuye a Franz Von List la representación de la Escuela Sociológica y como quien introduce ésta sistemática Causalista, ya que toma “...**como punto de partida de su tendencia al acto o acción humana**”³, apoyándose en las causas que hacen que surja tal o cual comportamiento, de manera que tales o cuales se puedan justificar o directamente modificar o suprimir, o sea, toda conducta tiene un “por qué”, basándose hasta cierto punto, en una explicación filosófica para construir un pensamiento meramente racional y posteriormente, aplicarlo a la realidad; teniendo claro que:

“el principio de causalidad está en conexión estrechísima con el concepto de causalidad. Se refiere a la validez de éste concepto. Cabe preguntar si debemos suponer una causa donde quiera que tiene lugar un cambio. El principio de causalidad significa la afirmación de ésta pregunta. Todo cambio, todo proceso tiene una causa; éste es el contenido del principio de causalidad”⁴

De manera tal, que todo tiene una explicación causal, por tanto es fácil aplicar estrategias que puedan fácilmente frenar tal o cual situación, en éste caso, el delito. Tal acontecimiento va aparejado con un orden natural, las conductas diversas van surgiendo al igual que los seres vivos surgen en la naturaleza, hay una razón por la cual suceden las cosas, una razón meramente lógica, natural, ya que su principal exponente Von Liszt, de acuerdo con los antecedentes metodológicos de su época (finales del siglo XIX), hace uso del método naturalístico para explicar no sólo el delito, sino que todo el derecho penal con

³ GARCÍA, Jiménez Arturo, Dogmática Penal en la legislación mexicana, edit. Porrúa, México 2003, pág. 55.

⁴ Ibid. Pág. 57.

el objeto de encuadrarlo dentro de la teoría causalista o también conocida como la escuela jurídico-penal sociológica.

Ahora, tomando en cuenta que el aspecto básico para ser objeto de estudio era la acción, en torno a ella giraba el estudio de ésta teoría en la que

“sólo se consideraba como acción para efectos penales aquella que generalmente es apropiada para producir el resultado típico, con lo cual quedaba inserto un elemento valorativo a través del cual se pudiera establecer cuándo una causa es adecuada para provocar un resultado y se dejaba atrás el criterio puramente objetivo-causal”⁵,

tomando en cuenta que no todas las acciones humanas serán contrarias al derecho penal, sino sólo aquellas que hayan sido tipificadas y en las que **“...sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal...”⁶**, sin dejar de lado que, **“sólo lo que es imputable es acción, y lo que es acción es también imputable...la imputación es el juicio por el que expresa que el acto es una acción”⁷** y que, aunque en su momento surgió una controversia alrededor de la posición que tomaría la omisión, ya que no es una acción en sí porque no se materializa sino que vive en el mundo del pensamiento (no es de este mundo) pero que el “no hacer” en determinado momento específico, sí podía entrar en el mundo de lo tipificado, o sea, “tomaba una forma fantasmal que asustaba” y se tenía que encontrar una forma de convertirla en imputable y asignarle responsabilidad penal, de navegar en el mundo de la culpabilidad; connotándola así, como una

“segunda modalidad que reviste la conducta, que consiste en la inactividad o no hacer, es configurativa de la omisión, que en el estudio de la misma se han distinguido desde sus especies: por un lado la omisión propia, también llamada omisión simple, y por el

⁵ Op. Cit. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Dolo: Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México, ed. 2ª, edit. Porrúa, México 2000, pág. 23

⁶ MEZGER, Edmund, Tratado de Derecho Penal, México 1982, pág. 237.

⁷ Ibid. 188.

otro, la omisión impropia, denominada comisión por omisión (resultado material por omisión)”⁸.

Tanto la acción como la omisión, ésta dividida en la omisión simple y la comisión por omisión, dentro del contexto causalista, tienen como motor la voluntad para que entre en el mundo de la culpabilidad, si no existe tal, entonces, estamos frente a la exclusión de imputabilidad del autor y por tanto el otorgamiento de su libertad, ya que debe quedar claro que **“la voluntad debe referirse a la voluntariedad inicial: querer la actividad, por tanto, se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad. Es lógico que el nexo debe existir es entre el sujeto y la actividad, puesto que la voluntad o el querer van dirigida al movimiento corporal”⁹**, remarcándose que los elementos integrantes de la acción:

- 1).- La voluntad o el querer, o sea, el nexo psicológicos entre el sujeto y la actividad.
- 2).- La actividad como el movimiento corporal del sujeto, y
- 3).- El deber jurídico de abstenerse que da lugar a la prohibición de realizar algún hecho tipificado, (de aquí el principio conocido como que lo prohibido, no está permitido y lo no prohibido está permitido).

En la teoría Causalista queda claro que, la voluntad tiene un papel trascendental ya que, se requiere de ella para que exista la conducta, de ahí que esta sea el nexo causal y no importe la finalidad del agente activo. Sin dejar de lado el reconocimiento del dolo como un elemento importante para determinar el grado de culpa del que cometió el ilícito, además de la figura del caso fortuito para limitarla (la culpa).

⁸ GARCÍA, Jiménez Arturo, Dogmática Penal en la Legislación Mexicana, edit. Porrúa, México 2003, pág. 78-79.

⁹ PORTE PETIT, Celestino, Apuntes de Derecho Penal, Parte General, edit. Porrúa, México 1989.

Se estudia en ésta corriente el concurso de los delitos, al igual que la autoría y la participación de los imputados para determinar su culpabilidad.

Quedando la estructura jurídico-penal del ilícito conforme Von Liszt, de la siguiente manera:

“Conducta, entendida como una voluntad exteriorizada en forma de puesta en marcha de causalidad.

Antijuricidad, entendida como causación de un resultado socialmente dañoso.

Culpabilidad, entendida como relación psicológica entre la conducta y el resultado en forma de dolo y de culpa.

Punibilidad, entendida como sometimiento a pena exterior”¹⁰,

reconociéndose así, el apego a la protección del bien jurídico tutelado **“que socialmente eran considerados como relevantes para la colectividad, salvaguardándolos de los ataques de los asociados que irrumpían con el ordenamiento jurídico al dejar de observar los mandatos contenidos en las normas jurídicas”¹¹,** debemos tomar en cuenta el origen contractual de la teoría causalista del delito en la que, desde un primer punto de vista, nos puede parecer una postura protectora hacia los integrantes sociales, pero en un segundo punto, se nos antoja como una postura represora, que de manera drástica excluye a aquellos que han realizado una conducta ilícita sin importar la magnitud.

1.2. El Finalismo.

La teoría Finalista o la teoría de la acción final, creada en los años 30's por Hans Welzel basada en la filosofía neokantiana y la psicología del pensamiento de Richard Hünigs Wals; en la que expone que **“si bien el delito parte de una acción y que ésta es**

¹⁰ ZAFFARONI, Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, edit. Cárdenas editores, distribuidores, México 1999, pp. 345-346.

¹¹ GARCÍA, Jiménez Arturo, Dogmática Penal en la Legislación Mexicana, edit. Porrúa, México 2003, pág. 151.

conducta humana voluntaria, la misma tiene una finalidad, un fin específico, no como lo explica la teoría causalista que prescinde del contenido de la voluntad pues se olvida de la propia finalidad¹², de ésta manera cambia el escenario en el que se desenvolverá la conducta delictiva, expresando que **“La misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares”**¹³; lo ético-social en el derecho penal tiene la función de contrarrestar lo totalitario del Estado que en determinado caso pudiera serlo, como se ve, el concepto de bien jurídico penalmente tutelado¹⁴ toma un segundo plano y las conductas delictivas toman otro rumbo.

El papel de la voluntad ya no es el nexo causal entre el sujeto y la actividad sino que se convierte en la finalidad, de manera que el sujeto primero en el mundo del pensamiento planea lo que quiere o desea hacer de forma concienzuda y lo pretende realizar allegándose de los medios materiales para lograrlo, de tal suerte que para lograr la conducta típica, se llevan a cabo dos pasos:

Primero: La fase mental, en la que nace la planeación y los medios para alcanzar el objetivo, o sea, se forma en el mundo del lenguaje.

Segundo: La fase de la acción, que nace en el mundo real, en el mundo de lo concreto.

“...En efecto, la teoría de la acción final lleva a sus mayores límites la evolución iniciada por la dirección teleológica en el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y del elemento normativo de la culpabilidad; pero en contra de la construcción tradicional del delito, el delito es trasladado del

¹² Ibid. Pág. 155.

¹³ WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, ed. 11ª, edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1993, pág. 5.

¹⁴ “Es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conducta que le afectan”.

campo de la culpabilidad al de la acción y consecuentemente al del injusto; precisamente con la inclusión del “contenido de la voluntad” en el concepto de la acción; lo que no implica que se haya abandonado el concepto de culpabilidad, sino que a ella se le ha dado su verdadero contenido de valoración”¹⁵.

Esta teoría visualiza de manera diferente al delito y los elementos planteados en la teoría causalista, en la que cambian de posición el dolo y la culpa, pues estos se trasladan dentro del tipo penal y no dentro de la culpabilidad, misma que se integra en esta teoría con la exigibilidad y la reprochabilidad, los efectos que se deben designar al error del tipo y al error de prohibición, la visión congruente de la tentativa, el papel de la autoría y la participación **“desde la perspectiva perseguida por el sujeto en la realización de la acción, con lo que su responsabilidad sólo estaba centrada en base a su propia reprochabilidad, haciendo congruente el sistema de la teoría del delito”¹⁶**, se concibe de una manera en que realmente se pudiera salvaguardar la integridad de la sociedad, de sus valores, sus derechos, pero no en razón del bien jurídico tutelado.

La estructura del delito en la teoría finalista se compone de:

“Conducta, entendida como hacer voluntario (final); Tipicidad, como prohibición de conducta en forma dolosa o culposa; Antijuridicidad, entendida como contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico y; Culpabilidad, entendida como reprochabilidad”¹⁷

Como puede verse, en ésta corriente se establece el elemento de la tipicidad, en la que puntualmente se determina y especifica la conducta delictiva y los elementos que deben cubrirse para que pueda haber un encuadramiento y, en ese mismo tenor, dejando descubierta la prohibición de algunos actos (acción u omisión); lo que se refiere a la

¹⁵ Op. Cit. MORENO, Hernández, Moisés, pág. 43.

¹⁶ GARCÍA, Jiménez Arturo, Dogmática penal en la legislación mexicana, edit. Porrúa, México 2003, pág. 221.

¹⁷ ZAFFARONI, Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, edit. Cárdenas editores, distribuidores, México 1999, pág.

punibilidad (elemento determinado en la teoría causalista), en ésta teoría se sobreentiende al momento de existir un encuadramiento del tipo penal en relación a una determinada conducta, ya que éste será el detonante para que se pueda aplicar la penalidad correspondiente al ser considerada como un ilícito penal.

1.3. El Funcionalismo.

La Teoría Funcionalista o también conocida como la Teoría de la Imputación Objetiva da un giro diferente al estudio del derecho penal, ya que no sólo se aboca al estudio del delito, sino que se extiende hasta la pena y las medidas de seguridad, esta teoría es **“...un sistema de Derecho Penal eficazmente estructurado sobre las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena”**¹⁸, de modo que, se enfoca más hacia un Estado político democrático, en un Estado de derecho en el que no basta la simple tipificación de las conductas delictivas, sino que también es necesario el análisis de cada uno de sus elementos, confrontarlos con la realidad que se desarrolla en la sociedad, determinar el papel que juega la pena y hasta qué punto logra sus fines, de tal forma que, para poder justificar y/o sustentar sus estudios, se considera **“...como un cuerpo doctrinario que surge de las teorías del consenso, encontrando dentro de ellas al organicismo de Durkheim y el pensamiento social sistémico de Robert Merton como antecedentes, así como la última versión norteamericana de Talcott Parsons y la postura alemana de Niklas Luhman a través de su teoría de los sistemas sociales para los cuales - como nota común - el sistema social es el eje central que permite construir y analizar al Estado, así como al Derecho Penal y sus instituciones (pena y elementos del delito,**

¹⁸ DIAZ-ARANDA, Enrique, Dolo: Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, ed. 2ª, edit. Porrúa, México 2000, pág. 79.

otros)”¹⁹, sin dejar de lado, el pensamiento neohegeliano enfocado al concepto del espíritu (el poder de la negación), se torna interdisciplinaria, constitutiva de otros puntos de vista para lograr el equilibrio entre las relaciones sociales existentes, se aboca hasta cierto punto, hacia el encuentro de una visión menos represora y totalitaria del Estado político mediante el derecho penal, se matiza (eso es para mí la palabra adecuada), ya que si algún individuo perteneciente al conglomerado quebranta el ambiente pacífico, entonces se convierte en un personaje que no atenta contra aquella persona a quien agredió o lesionó, sino que en ese momento atenta contra todo el conglomerado porque esa persona forma parte de un todo y tiene una función en el todo, ya que se produce una reacción en cadena que puede ser fatal.

En esta teoría, la acción da un giro interesante y se le observa ya no causal ni finalista, sino que se le enmarca en el ámbito de lo normativo “**delimitada por la realidad de la vida social y la evolución de los conocimientos empíricos de la época**”²⁰, ya no se ve al individuo como un simple ente u organismo natural que sólo responde a impulsos, que sólo se deja llevar por lo que siente y de esa manera se hace responsable de las consecuencias de sus actos, no es algo mecánico, algo que sucede normalmente, sino que al hacerlo conciente de sus funciones en relación con los otros, se le trata de ilustrar para que digiera los procesos de convivencia y note la relevancia de sus conductas; de esta forma, en la imputación que se le haga, se buscará causar un impacto tanto en él como en sus congéneres para que no se vuelva a repetir la realización de determinadas conductas que son lesivas para el conglomerado, surgiendo el carácter de la prevención general y la especial de los Delitos, basadas en “**la Teoría de la Imputación al tipo objetivo (lo subjetivo no tiene**

¹⁹ MEDINA, Peñaloza Sergio Javier, Tesis: Funcionalismo e imputación objetiva; para obtener el grado de Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal, México 2002, pág. 51.

²⁰ DÍAZ-ARANDA, Enrique, Dolo: Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la Reforma Penal en México, ed. 2ª, edit. Porrúa, México 2000, pág. 82.

relevancia pena) y la ampliación de la culpabilidad a la categoría de responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de la imposición de la pena²¹, aislando al responsable de determinada conducta ilícita de los demás, ya que si el comportamiento es el distintivo, entonces, es lo que lo singulariza al proyectar un cambio no ideal en el mundo exterior.

La teoría funcionalista no cambia los elementos negativos y positivos del delito, ya que siguen la misma estructura, sólo cambian de visión el deber de cuidado convirtiéndose en una excluyente de responsabilidad; el *riesgo permitido*²² se vislumbra como una causa de justificación.

Del funcionalismo surgieron dos máximos exponentes que plantearon, dada uno por su lado pero coincidiendo en el fondo, diversas cuestiones que lograron compaginarse y fortalecer así a esta teoría; Jakobs Günther con su funcionalismo sociológico jurídico y Claus Roxin con su funcionalismo moderado.

1.3.1. Klaus Roxin.

Es interesante el acercamiento que trata de hacer Roxin con relación al derecho penal y la Política Criminal con el objetivo de contrastar el delito con relación a la pena y la importancia que tendría en la construcción de un estado democrático, ya que él mismo señala que:

“en Alemania, dogmática y política criminal constituyen dominios separados, faltas de la necesaria comunicación. Tal estadio de la metodología es achacable al bipolar planteamiento propuesto por Von Liszt, que consideró la pureza analítica de la dogmática como límite

²¹ Ibid. Pág. 80.

²² “Es una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo”.

necesario de una política criminal basada en el estudio empírico del delito y de la pena, impidiendo el enriquecimiento del método dogmático por medio de la consideración de las necesidades político criminales”²³,

ya no es posible tal separación, ya que si se pretende crear lazos más fuertes en la constitución de instituciones de diversa índole en el estado moderno democrático, se deben buscar nuevas formas para contrarrestar conductas típicas creadas por el sistema para aislar a determinados núcleos de la población y, buscar soluciones viables a la sanción penal que represente una verdadera y sustanciosa recuperación individual con proyección al entorno social con relación a los valores; ya que converjo en considerar **“socialmente dañosas aquellas conductas que eliminan o afectan en modo inaceptado la capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad de la vida social, siendo admisible la aplicación de normas penales sólo cuando lo exijan las necesidades esenciales de protección de la colectividad o de los intereses vitales del individuo”²⁴**

Los objetivos que fundamentan la postura de Roxin se resume en:

- 1.- Darle claridad y ordenación conceptual a un Derecho Penal abierto y relacionado con otra ciencia.
- 2.- Hacer una referencia a la realidad en el estudio de las categorías dogmáticas, ya que la verdadera realidad existe en el pensamiento.
- 3.- Postular un Derecho Penal abierto con una significación y una construcción hacia las finalidades político-criminales convirtiendo al Estado político en un verdadero

²³ ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, artículo publicado en Problemas básicos de Derecho Penal, pág. 15.

²⁴ MEDINA, Peñalosa Sergio Javier, Tesis: Funcionalismo e Imputación Objetivo, para obtener el grado de Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal, México 2002, pág. 65.

Estado Democrático y de Derecho, además de colocar al Derecho Penal en un plano menos intervencionista, más dis-criminalizado y menos penalizado.

Determinando “**la necesidad de superar el conflicto entre lo dogmáticamente correcto y lo político criminalmente satisfactorio**”²⁵, Roxin abre un parteaguas, busca lo que realmente puede ser relevante en torno al exacerbado derecho a castigar del Estado político, trata de trasladar a éste el verdadero sentido del mandato del pueblo con relación a su seguridad Estatal e individual, concientizando que a quienes se punibiliza es al pueblo, que en la mayoría de los casos no conoce las normas que se haya dado a sí mismo, por eso no las observa porque desconoce su existencia, porque desconoce a quien realmente protegen.

1.3.2.- Günther Jakobs.

Sustenta su estudio funcionalista del derecho penal en el área de lo sociológico, partiendo de la visión sociológica de Talcott Parsons y de la teoría de los Sistemas de Luhman, donde trata de congeniar las estructuras motivacionales individuales y del sistema social que se encuentran en pautas de valor que definen las expectativas del rol de cada una de ellas, esto en el primero, y en el que el sistema social es un conjunto de valores básicos que conforman la convivencia misma que se ve reflejada en la conducta como signo de la personalidad del individuo y definiendo las categorías del delito, tomando en cuenta la contribución que presta al mantenimiento de la estructura social; en el segundo, de esta manera se presupone que la idea del bien jurídico no debe tener la relevancia que se le ha otorgado, sino que todos los intentos por mantener el orden dentro del núcleo social deben

²⁵ Ibid. 64.

enfocarse a que no se lesione el bien social, su convivencia. Nos remite a ver que la tranquilidad de todos los asociados debe sobrepasar a la individual, de manera que se posiciona en el carácter contractualista en el que el grupo humano políticamente constituido se dan las normas a sí mismos, por tanto, las reconoce suyas y las respeta, no las transgrede tan fácilmente porque sabe que atenta contra sí mismo; con esta visión busca una prevención general con tintes positivos y no represivos (negativos); dotando a la norma de tres aspectos básicos para lograr tal objetivo:

1.- La pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de las normas, pese a que sean infraccionadas eventualmente, aquí es donde se reconoce que las normas no producen en lo particular lesión alguna, me identifican como singularidad que soy y no me cosifican.

2.- La pena se dirige al ejercicio en la fidelidad hacia el Derecho; existe la responsabilidad, en un primer plano, de reconocer que la conducta externada no es muy positiva para lograr la estabilidad de la convivencia del grupo social, y en un segundo plano, el de afrontar las consecuencias que trae la conducta típica externada.

3.- A través de la imposición de la pena se aprende la conexión existente entre la conducta que infringe la norma y la obligación de soportar sus costos; lo que puede reconocerse como el ejercicio, la aceptación de las consecuencias, trasladándonos al ámbito del reconocimiento público de la lesividad de la conducta, y la sanción impuesta al que ha infringido la ley penal, con el objeto que los otros que no han cometido tal situación, no las realicen, es decir, lograr la prevención general.

Jakobs vislumbra al Derecho Penal como garante de la permanencia del sistema social en el que cada individuo juega un rol y forma parte del todo, no aísla a la

singularidad, sino que la reconoce y la concatena con las demás; entonces, si es así, a éstas se le presupone a realizar conductas típicas, antijurídicas y culpables establecidas.

Pese a que Jakobs mediante sus análisis puntuales que hace del Derecho Penal consistente en **“contradecir a su vez, la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”**²⁶ se ha visto envuelto en debates de gran relevancia, que lo han colocado en suma contradicción con sus ideas iniciales, mismas que han sido reflejadas en las ponencias de 1985 y 1999, en el que en la primera hace una fuerte y sustanciosa crítica al derecho penal alemán, tachándolo de “Derecho Penal del Enemigo”, en el que el Estado Político queda muy lejos de ser un Estado de Derecho, se convierte en un Estado represor, totalitario, en el que se considera al individuo infractor de la ley penal como un “enemigo”, no sólo de la sociedad en un primer momento, sino que de todo el Estado político; maximiza su conducta, lo proyecta como (aludiendo al concepto de Jakobs) no persona para propinarle la más despiadada de las penas (¿la pena de muerte tiene vital importancia?), estatuye lo que se puede considerar como un Estado policía, en el que cualquier movimiento ciudadano puede ser considerado como amenaza en potencia y el manejo del pánico se capitaliza (caso EE.UU) para la nulificación de los mínimos derechos del “delincuente”.

En la segunda ponencia de 1999 surge algo sorprendente, Jakobs externa que el Derecho Penal Alemán es un derecho justo y además se justifica, dice: **“...la pena, prevista y considerada legítima en un Estado de Derecho no resulta suficiente en algunos ámbitos de la criminalidad... únicamente aquellos que se comporten en general como personas, y yo añadiría, como ciudadanos, serán tratados como personas, esto es, como**

²⁶ JAKOBS, Günther, Sociedad, Norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional, pág. 11.

ciudadanos²⁷, maneja los extremos, en éstos términos cualquiera puede ser considerado como “enemigo del Estado” y por ende, él se pone de parte del “Derecho Penal del Enemigo”, no determina su postura y crea el concepto de “no persona”, cosifica al individuo, lo reduce a un simple costal de hojas secas; finalmente se puede llegar a la conclusión de que se puede aplicar su misma regla para llegar al verdadero fondo de su asunto, es decir, “contradecir, a su vez la contradicción de sus discursos”.

1.3.3.- El Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

Es Luigi Ferrajoli, nacido en Florencia, Italia en el año de 1940, a quien se le atribuye la creación de la corriente reconocida como el Garantismo Penal que se fundamenta en el reconocimiento de los Derechos Humanos del individuo para pasar a los de la persona y en la que los concatena con la Democracia²⁸; se forma un binomio entre estos dos aspectos sustanciales, se trata de hacer efectivas las garantías tanto individuales como constitucionales. Se busca frenar el poder estatal desmedido, truncar el totalitarismo que germina en algunos puntos ocultos del Estado Político “democrático” y dar paso a la constitución de un verdadero Estado de Derecho.

Es menester delimitar nuestro campo de acción en relación con el Garantismo, ya que existen tres acepciones que analizan este sistema; la primera desde un punto de vista penal expone que, se trata de

“...un modelo normativo de derecho...el modelo de la “estricta legalidad”...en el plano epistemológico se caracteriza como un

²⁷ MIR PUIG, Santiago, et. Al. La Política Criminal en Europa, edit. Atelier, Barcelona 2004, pág. 109.

²⁸ “En la que el principio de igualdad y de la legalidad se conjugan –como la otra faz de la misma moneda– con el segundo fundamento político de la independencia del juez: su función de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso”.

sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos”²⁹

ya que no debemos olvidar que el estado político a través del derecho penal ejerce violencia entre los contratantes, de manera que, se pretende minimizar tal ejercicio (el derecho penal mínimo).

Otra acepción, desde el punto de vista de la teoría y la crítica del derecho, se analiza al galantismo como “...una teoría jurídica de la ((validez)) y de la ((efectividad)) como categorías distintas no solo entre sí, sino también respecto de la ((existencia)) o ((vigencia)) de las normas”³⁰, en la que se contrapone la validez a la efectividad, para analizar su correspondencia o definitivamente su divergencia al enfrentar la norma penal vigente con el quehacer social.

La otra acepción y última que se hace del garantismo desde la filosofía del derecho y crítica de la política, es aquella que “**designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos**”³¹ sustentando así la legitimidad y deslegitimidad de la norma penal y en la que se requiere la suficiente capacidad crítica del individuo para determinar y aprobar la una o la otra basada en la construcción teórica de la norma, respondiendo las cuestiones del “qué” y “cómo” es esta.

²⁹.- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, edit. Trotta, México 2000, pp. 851,852.

³⁰ Ibid. Pág. 852.

³¹ Ibid. Pág. 853.

Es lógico que el punto de vista que nos interesa es el primero, el del campo penal y es preciso decir, que este sistema garantista debería esclarecer el sentido que le otorga a conceptos como ciudadanía y persona, ya que pudiesen parecer hasta cierto grado discriminatorias frente a los individuos que la misma constitución los considera como tal, de modo que deja fuera a los que no entran dentro del concepto, además de anularlos, de hacerlos inexistentes en el mundo del derecho, lo anterior debido a la definición teórica que asigna a los derechos fundamentales es que

“son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ((todos)) los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por ((derecho subjetivo)) cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ((status)) la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas”³²,

además de las debidas exclusiones, se propone como ya se ha expuesto, que se tome como base, como parámetro para medir la justificación loable de cualquier ley y hacerla válida, vigente y efectiva, a los derechos fundamentales, éste debe ser el crisol, de manera que pueda ser rechazada toda norma penal (en nuestro caso) que atente o que su naturaleza sea contraria a éstos, por tal motivo los Derechos humanos y/o garantías individuales planteados en la carta magna deben considerarse como la ley del más débil, el equilibrio existente en cada ser humano, pugnar por un derecho penal mínimo y por una extensión de las libertades individuales, por el reconocimiento frontal y fidedigno de los Derechos Fundamentales Positivados.

³² Op. Cit. Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías: La ley del más débil, ed. 3ª, edit. Trotta, México 2002, pág. 37.

CAPÍTULO IV.- Hacia una Política Criminal garantista en México.

Abordar el tema de la Política Criminal siempre constituirá una disyuntiva en torno a la forma de abordarla, ya que puede ser desde el punto de vista de las relaciones de poder que se dan entre el gobernado y el gobierno del Estado político, mismo que patenta su poderío mediante el establecimiento de un sistema normativo que parezca ser benévolo con los gobernados, aunque en realidad éste sea desconocido y arbitrario, o sea, una mera simulación de las garantías individuales y/o derechos humanos, o también, de la inexistencia de éste, es decir, de una relación equitativa o hasta de corte proteccionista por parte del que ejerce el gobierno y por tanto, lo que decida o mande legalmente siempre será benéfico para el conglomerado en general, será siempre por el bien común, o finalmente, analizarla desde la perspectiva de que la Política Criminal es como debe ser y no puede ser de otra manera.

Partiendo de lo anterior, es importante plantear nuestra postura en relación a determinar el contexto con el cual se analizará la Política Criminal existente en nuestro país, así como determinar el concepto que se manejará de la misma en el presente trabajo, por lo que considero de suma importancia puntualizar, que vamos a *analizar la ley a contrapelo*¹, es decir, examinar desde una postura de negación lógica el discurso político legal planteado por el poder gubernamental nacional en relación a la Política Criminal que está aplicando y, concluir si lo maquillado de bienestar general que imprime en su discurso se materializa.

¹ WALTER, Benjamín, La Filosofía de la Historia, pág. 125.

1.- ¿Qué es la Política criminal?.

Así como en otras áreas de estudio, también en la Política Criminal se presentan contradicciones conceptuales en relación a definirla, de hecho, hasta el determinar su objeto de estudio; la balanza se mece para ambos lados, pero lo que debiera ser más importante, es que tanto la concepción teórica fabricada en el interior de los grupos de especialistas en la materia que se alinean al sistema gubernamental fuerte del momento como, preferencialmente, la de aquellos que tienen una visión garantista, siempre vaya enfocada con la visión de contrarrestar la violencia creada por el Estado político y/o poder desbordado del mismo, ya que la reconocida y aplicada por el Estado político se encuentra inmersa en la ley, por lo que esta ley, de manera gradual debiera ir quedando ad hoc con la realidad sociológica en la que se encuentran inmersos los gobernados que habrán de acatarla, por lo que debe ser de fácil divulgación y entendimiento con el objeto de ir reduciendo los cuerpos normativos hasta prescindir de ellos. Por lo que se hace necesario, no nada más que se vea a la Política Criminal como el **“conjunto de las tendencias y disposiciones dirigidas a la adecuada aplicación del Derecho Penal”**², de acuerdo con Sax, porque tendremos que delimitar qué tipo de aplicación adecuada del derecho penal sería esa, si sería a pié y juntillas sin importar las consecuencias de represión agresiva en contra del gobernado y en nombre de la justicia y el bien común, conceptos más gastados que los pantalones del campesinado mexicano, o sería a favor de la no violación de los derechos humanos y/o garantías individuales del gobernado que lucha por la defensa de tales derechos y/o garantías, de la no cosificación y exclusión, a favor de darle un cambio garantista a nuestro derecho penal y concatenarlo con otras áreas de la ciencia para

² ZIPF, Heinz, Introducción a la Política Criminal, Argentina 1989, pág. 3.

provocar un cambio integral en el desarrollo social; asimilar qué nos comunica o pretendiera hacer la élite del poder gubernamental correspondiente, qué es lo que no se hace en la práctica, qué se simula. Tener presente a la política criminal como “...**el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y, por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación a la cuestión criminal**”³ significaría predisponer la actuación de los gobernados a determinadas conductas arbitrarias y limitar la ejecución de sus derechos humanos y/o garantías individuales; considero que la Política Criminal al constituirse como una rama de la ciencia⁴ debiese situarse por encima del quehacer gubernamental, es decir, que no la utilice éste como una herramienta de control social formal e informal sino que realmente pueda funcionar como ese puente pacificador y protector del conglomerado social, independientemente de que se desenvuelva científicamente al tener gran ingerencia en las políticas implementadas en la seguridad pública, en las de seguridad social, en las políticas públicas y, específicamente en el derecho penal, que es el que nos interesa, con el objeto de depurar el catálogo de delitos, de recapitular el sentido retributivo de la pena y los sustitutivos de ésta, de replantear de fondo el sistema penitenciario y poner a consideración la inexistencia de los principios en los que éste se fundamenta y lo hace funcionar, de esclarecer y delimitar las funciones, facultades, objetivos y fines correspondientes al campo de la seguridad pública como función estatal, de auxiliarse de otras disciplinas de estudio como una criminología crítica y no clínica y de la sociología, entre otras, con el único objeto de determinar las causas de las conductas que sean lesivas de gran impacto negativo hacia la colectividad y que

³ BUSTOS, Ramírez Juan, Memoria del 1er. Congreso de Estudiantes de Derecho Penal, edit. Universidad de Guanajuato, México 1998, pág. 13.

⁴ Entendida la ciencia como un todo y que la medicina, la biología, la matemática, etc., son ramas de ésta, son las partes que la forman.

desestabilizan las relaciones de convivencia tanto interna como externa, así como el desarrollo del individuo en los diferentes ámbitos, establecer una tercera vía para solucionar determinados conflictos que se ubican en el ámbito penal, cuando no deberían pertenecer a éste, recurriendo a la autocomposición, de manera gradual iniciar la despenalización de conductas delictivas y disminuir, hasta desaparecer, la privación de la libertad como pena.

La Política Criminal podría significar un medio efectivo para equilibrar el poder entre el gobernante y el gobernado, ya que no debe olvidarse que el Estado político es, por antonomasia, generador de violencia en contra de sus miembros a través de las leyes que establece, específicamente a través de las leyes que constituyen el sistema penal.

1.1.- El papel que juega la Política Criminal en México.

En nuestro país la Política Criminal es vista como un conjunto de medidas que aplica del Estado político para abatir la delincuencia, se remite a ser conocida oficialmente como una simple oficina en las instalaciones sede del gobierno Estatal o Federal, que se encarga, prácticamente, de la seguridad pública y no va más allá de esto; además tiene un significado meramente instrumental conforme el fin oculto, el de mantener el poder, establecido por el Estado político, ya que no debe dejarse de lado que **“si la política criminal se genera en los parámetros de un Estado democrático y de derecho, resulta obvio que la justificación de su instrumentación deba ser en los términos de un derecho penal mínimo o garantista”**⁵, por lo que no podría concebirse de otra manera.

En nuestro país se da el reconocimiento oficial de la Política Criminal cuando se inicia la segunda etapa del Instituto Nacional de Ciencias Penales en el decreto de fecha

⁵ GUDIÑO, Galindo Julián Jesús, Conferencia digital de Política Criminal y Seguridad.

nueve de Abril de 1996, siendo Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León, por lo que la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento en su sesión Ordinaria de ese mismo año, dictaminó favorablemente la propuesta de la Procuraduría General de la República para crear el INACIPE como un organismo descentralizado de la administración pública Estatal, como lo hace patente en su artículo dos:

“El instituto tendrá por objeto la formación y profesionalización altamente especializada de servidores públicos en las áreas de seguridad pública, procuración y administración de justicia y en ejecución de sanciones; la formación de investigadores, profesores, especialistas y técnicas en las diversas áreas de ciencias penales y de la política criminal; la realización de investigaciones sobre los principales problemas nacionales en estas áreas, y la información y difusión de los conocimientos sobre ellas”⁶

conforme este decreto y sus estipulaciones se puede analizar a la política criminal como un área muy aparte de la seguridad pública, de la procuración y administración de justicia, del derecho penal y por qué no decirlo aunque no se señale, también del derecho penitenciario y las políticas sociales; se olvida que la política criminal debiese abarcar todas esas áreas con el fin de concatenar los diversos objetos de estudio y poder brindar así un programa de acción más apegado a la realidad sociológica de nuestro país sin limitar o anular nuestros derechos humanos y/o garantías individuales; ya que actualmente ya no es posible postergar el análisis de los diversos ámbitos (económico, religioso, cultural, social, político, demográfico, etc.) en conjunto para obtener soluciones integrales y no aisladas, como sucede en la actualidad.

Por otro lado, al seguir analizando los ordenamientos sustanciales y reglamentarios de los tres niveles de gobierno encontramos que en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, creada por decreto de fecha de publicación del

⁶ Decreto de creación del Instituto Nacional de Ciencias Penales de fecha nueve de Abril de 1996.

treinta de Abril de 1996, podemos constatar que la política criminal se enfoca solamente al ámbito de la seguridad pública y la primera etapa de la parte procesal del derecho penal, además de que se plantea como atribución del Procurador General de Justicia del Distrito Federal:

“Art. 9.- Las atribuciones relativas a la realización y aplicación de estudios, propuestas y lineamientos de política Criminal en el Distrito Federal, comprenden:

I.- Recabar, sistematizar y analizar la información generada en incidencia delictiva;

II.- Promover las reformas jurídicas en el ámbito de su competencia y las medidas que convengan para el mejoramiento de la seguridad pública, y de la procuración e impartición de justicia;

III.- Investigar y determinar las causas que dan origen a los delitos, precisar los lugares de su comisión, desarrollar estadísticas criminales y conocer el impacto social del delito y su costo;

IV.- Promover la formación profesional y el mejoramiento de instrumentos administrativos y tecnológicos para la investigación y persecución eficaz de los delitos;

V.- Estudiar y analizar las medidas de *política criminal* adoptadas en otras ciudades, tanto de la República Mexicana como en el extranjero, e intercambiar información y experiencias sobre ésta materia;

VI.- Participar en el diseño de los proyectos del Plan Nacional de Desarrollo y de los Programas correspondientes, en los términos de las normas aplicables, y

VII.- Intervenir en la evaluación de los programas de procuración de justicia en el Distrito Federal”⁷

De tal forma que, por un lado se establece claramente el papel que desempeña la política criminal dentro de este órgano gubernamental con proyección externa y, por otro lado, quedan establecidos los rubros o campos de acción que difieren en la conjunción de esfuerzos.

⁷ Leyes y Códigos de México, Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ed. 51ª, edit. Porrúa, México 1997, pp. 215-216.

Otro ejemplo de la posición que ocupa la política criminal en nuestro país la encontramos en el Estado de Guerrero, ya que el quehacer que se le ha asignado es prácticamente reciente en la estructura funcional estatal y, encontraremos que forma parte de la Secretaría de Seguridad Pública, como se puede observar en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Guerrero, donde:

“Capítulo Tercero: De la competencia de las Dependencias del Estado.

Art. 24.- La Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, es el órgano encargado de conducir y proporcionar los servicios de seguridad pública en el ámbito de su competencia; protección civil, prevención y readaptación social, asistencia y apoyo a reos liberados; de coadyuvar en el diseño e implantación de las Políticas Estatales en materia criminal y de prevención del Delito, fundando sus acciones en la integridad y derecho de las personas, en la preservación de las libertades y la paz públicas y el respeto a los derechos humanos, correspondiéndole el despacho de los asuntos siguientes:

VI.- Garantizar y mantener la seguridad, el orden público y la vialidad, así como coadyuvar en el diseño, implantación y evaluación de la Política Criminal del Estado;...”⁸

Como podemos ver, la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana es la única dependencia que tiene competencia en coadyuvar en el diseño, aplicación y calificación de las diversas acciones que dentro de la Política Criminal del Estado se aprueben, pero ese “coadyuvar” se aplica entre sí, dentro de sus propios órganos, entre sus direcciones administrativas y no fuera de ella; esto se puede constatar en el Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana:

⁸ Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Guerrero, última reforma del 13 de Julio de 2004, Periódico Oficial número 58.

“Capítulo II.- De la estructura, funcionamiento y organización de la Secretaría.

Art. 5.- Para el estudio, planeación y despacho de las atribuciones que le competen, la secretaría de seguridad pública y protección ciudadana, contará con las unidades y áreas administrativas siguientes:

I.- Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana;

III.- Subsecretaría de Operación y Control;

a) Dirección General de Información y Política Criminal”⁹

Además, dentro del mismo reglamento podemos constatar las atribuciones correspondientes a las Direcciones de la Subsecretaría de Operación y Control para una mejor comprensión de la posición y la función que desempeña la Política Criminal, es decir, dentro de la concepción práctica:

“Capítulo IX.- De las direcciones de la Subsecretaría de Operación y Control.

Art. 27.- La Dirección General de Información y Política Criminal será la encargada de conformar el Sistema Estatal de Estadística Criminal conforme a lo dispuesto por la ley de la materia, se auxiliará de los Departamentos de Política Criminal, de Análisis Criminológico y de Estadísticas, tendrá las siguientes atribuciones:

I.- Sistematizar los datos y cifras relevantes sobre servicios de tránsito, protección civil, seguridad preventiva, procuración y administración de justicia, sistemas de prisión preventiva, de ejecución de sentencias y de tratamiento de menores y los factores asociados a la seguridad pública;

II.- Promover los criterios de Política Criminal para mejorar la procuración de justicia; supervisar la actuación de la policía, prevención, la ejecución de sanciones y al Consejo Tutelar para Menores Infractores;

III.- Investigar y determinar las causas que dan origen a los delitos, precisar los lugares de su comisión, conocer el impacto social que producen y su costo y desarrollar las estrategias que

⁹ Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, Estado de Guerrero, pp. 6-7.

apoyen su prevención y el combate a la impunidad, en coordinación con las unidades administrativas competentes;

IV.- En coordinación con las Direcciones Generales formular estudios y recomendaciones que propicien la actualización y el perfeccionamiento del Sistema Penal y de sus disciplinas auxiliares, así como elaborar proyectos de modificaciones a la Legislación Penal del Estado, a fin de propiciar el mejoramiento de la procuración y administración de justicia;

V.- Promover la comunicación e intercambio de experiencias con instituciones Nacionales y Extranjeras para la cooperación y fortalecimiento de acciones en materia de Política Criminal y de ejecución de sanciones;

VI.- Participar en el diseño instrumental de Planeación por lo que se refiere a la Seguridad Pública y Prevención del Delito en el Estado, en los términos del artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de su Reglamentaria;

VII.- Recabar y sistematizar la información generada en materia de incidencia delictiva de la Procuraduría General de Justicia del Estado, de la propia Secretaría y de los Municipios;

VIII.- Organizar y desarrollar mecanismos permanentes de coordinación y comunicación con las unidades administrativas generadoras de información criminal, a efecto de unificar y definir criterios, mecanismos y estrategias para su obtención precisa y oportuna;

IX.- Formular, en coordinación con la unidad administrativa o dependencia competente, las Estadísticas sobre hechos denunciados y demás acciones relativas a la prevención del delito y a la procuración de justicia, así como de tránsito, readaptación social y Protección Civil, que correspondan;

X.- Realizar estudios, programas y evaluación en coordinación con autoridades competentes a los sistemas penitenciarios y pospenitenciarios para prevenir la reincidencia.

XI.- Recopilar y mantener al corriente la información obtenido del Consejo Tutelar para Menores, respecto de su funcionamiento y actuación en el procedimiento, medidas de orientación, de protección y de tratamiento de menores.

XII.- Organizar y desarrollar un programa de recopilación, análisis, procedimiento, emisión, sistematización y difusión de la información obtenida de las diferentes dependencias y unidades administrativas sustantivas a la Secretaría;

XIII.- Presentar al Consejo Estatal los datos y cifras que le sean requeridos, así como rendir los informes que conforme a la ley de la materia corresponda;

XIV.- Autorizar la emisión de información y validación de reportes, boletines informativos y estadísticos generales y vigilar su oportuna distribución a las distintas unidades administrativas de la Secretaría, par su consideración en la toma de decisiones; y

XV.- Las demás que señalen otras disposiciones legales o le confiera el titular de la Secretaría, así como los que competan a las unidades que se le adscriban¹⁰

Como puede verse, en el Estado de Guerrero la Política Criminal tiene participación en diversos rubros como son la Procuración y administración de Justicia, sistema penitenciario y el sistema tutelar de menores, policía, criminología, derecho penal y; aunque pareciera algo fuera de lugar y se tratase, además de un error gráfico, también tiene injerencia en la protección civil y tránsito pero sin explicar cuál es su papel, qué tipo de acciones implementará, en qué benefician los programas empleados en estos dos últimos rubros, cuál es el objetivo que tiene la Política Criminal para abordar estos temas; o sea, el no comprender el significado de ésta o no delimitar claramente su papel, tiene como resultado hacer una mezcolanza de funciones difusas y por ende, desorganizadas en la que no tiene eficacia y desvirtuando su verdadera misión; ésta confusión sucede por el simple hecho de otorgarle a la Política Criminal un sentido meramente práctico – funcional conforme su concepción primaria, tomarla de manera literal, como la simple y llana administración de lo criminal, del crimen, el de buscar las diversas formas de control y abatimiento de éste partiendo de estudios producto de disciplinas que integran la misma esfera funcional en la que el organismo gubernamental ha colocado a una Política Criminal, esencialmente, administrativa, una función de escritorio y por que no decirlo, de ínfima importancia.

Por lo que, no es extraño que en nuestro país, en múltiples momentos, se tome a la Política Criminal como sinónimo de Seguridad Pública, siendo que, la primera se encuentra muy por encima de la segunda y, puede, ante todo, servirnos como un medio eficaz para dar

¹⁰ Ibidem. Pp. 26-28.

un cambio gradual y certero a los sistemas penal, penitenciario y de tutela de menores infractores, hasta lograr convertirlos en instituciones de composición en algunos casos que así se requiera y, además terminar con el sistema de la pena carcelaria o prisión, de tal forma que al individuo (sancionado por realizar una conducta que lesione con gran impacto a la sociedad, o sea, tenga un alto costo negativo) no se le cosifique al recluirlo entre cuatro paredes, al convertirlo en un ser pasivo sino que se pueda buscar la forma de resarcir el daño causado; no sin antes garantizarle a la población una forma de vida de confort y bienestar generalizado, esto con el objeto de que no puedan transgredirse los derechos humanos y/o garantías individuales, que han sido reconocidas, entre sí.

2.- Nuestra Política Criminal en el Derecho Penal Mexicano.

La Política Criminal reconocida y aplicada en nuestro país tiene ingerencia directa en la constitución y transformación de nuestro derecho penal vigente, ya que si partimos de que la primera no es más que una política criminal administrativa, utilizada simplemente como una herramienta práctico – funcional basada en estudios provenientes de áreas que se encuentran dentro de la misma burbuja administrativa y que padece de no analizar su objeto de estudio desde un punto de vista que esté por encima del sistema del cual forma parte, razón por la que no es posible concatenar otros aspectos diferentes y ajenos al área a la cual pertenece y, poder así, darle un giro al papel represor que desempeña el Derecho penal.

2.1.- Los Delitos.

Entendiendo que el catálogo de delitos no es más que una réplica del catálogo de pecados propagado por la religión cristiana, con la diferencia que en este último, todo aquél que los transgreda será juzgado de igual forma, ya sean viejos, jóvenes, mujeres, hombres y hasta niños, etc., independientemente de la posición económica, política, social y /o cultural de cada quien; situación que lo coloca en una postura de aplicación equitativa independientemente del status personal de cada cual, aspecto del que carecen las instituciones gubernamentales.

De tal forma que, establecemos al delito conforme los lineamientos de las diferentes corrientes o teoría penales formando un sincretismo legal en éste rubro, al que se matiza tratando de hacerlo funcional conforme los tiempos que se viven, aunque su aplicación práctica deje mucho que desear, sin olvidarnos que es combinado con principios que no forman parte del mundo de lo concreto como la ética, la justicia, entre otros, ingredientes del que puede adolecer en gran medida el operador del derecho penal y el derecho penal mismo; otra situación importante es que ya no se debiesen encontrar acciones ciudadanas posicionadas como delitos, tal es el caso del adulterio (en algunas Entidades Federativas), las injurias y todos aquellos ilícitos penales que se siguen por querrela, ya que éstos podrían solucionarse de manera conciliatoria o conforme las reglas de la composición, trasladarlas al ramo civil o administrativo, esto con el objetivo de terminar con el etiquetamiento negativo que provoca ser sentenciado en el ramo penal, y por supuesto, nuestra política criminal que se aplica actualmente, tiene mucho que ver en esto, ya que se le ha aislado de la realidad en la que se vive y por ende, de los fenómenos sociales que se están desarrollando hoy día, por lo que simplemente cumple el papel de la violencia institucionalizada; por lo que podemos ratificar que nos regimos por una corriente inmersa en el sincretismo penal, aunque en la

teoría se podría pensar que nos rige la corriente finalista, por la construcción que se hace del delito partiendo de los elementos como la

“Conducta, entendida como hacer voluntario (final); Tipicidad, como prohibición de conducta en forma dolosa o culposa; Antijuridicidad, entendida como contradicción de la conducta prohibida con el orden jurídico y; Culpabilidad, entendida como reprochabilidad”¹¹

en nuestra legislación mexicana, de igual forma, lo podemos constatar en la ley sustantiva penal a nivel Federal, que establece:

“Art. 7.- Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales. En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio precedente.

Art. 8.- Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Art. 9.- Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y, Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó, siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”¹²

Es por demás señalar que en el articulado plasmado con antelación podemos encontrar una conducta materializada por una acción u omisión, ya sean dolosa o culposa, es decir, la cuestión externa del actuar, el hacer o no hacer, la elección que se toma en un momento determinado, de tal forma que mediante la publicación del Catálogo de lo que han llamado y aprobado como delito, se limita el actuar del gobernado; por otro lado, también se

¹¹ ZAFFARONI, Raúl E., Manual de Derecho Penal, Parte General, edit. Cárdenas Editores distribuidores, México.

¹² CÓDIGO Penal Federal Vigente, pp. 2-3.

encuentra la tipicidad inmersa en este artículo, ya que para que una acción u omisión deba ser sancionada por las leyes penales, primero se deberá o deberán expresar que tipo de conductas u omisiones serán sancionadas y esto, conforme a la intencionalidad del activo, es decir, si es dolosa, la sanción será más fuerte que si es sólo culposa; en esta misma tesitura se hace presente la antijuridicidad por el simple hecho de realizar la conducta u omisión que se sanciona por las leyes penales, ya que esto constituiría actuar en contra del sistema jurídico penal establecido, quebrantándolo; finalmente el elemento de la culpabilidad con el objeto de que el “condenado” se entere del mal que hizo y que, la sociedad tenga conocimiento que al que cometa un “delito” le pasará lo mismo y puede ser aún peor, sin contar con la marca moral y social que llevará consigo, gracias a los antecedentes penales, mecanismo que sirve para separar a los individuos útiles al sistema económico formalmente establecido de los inútiles.

En ese mismo tenor, encontramos que en Querétaro se define puntualmente lo que se reconocerá como delito, utilizando los conceptos sincretizados: “**Art. 9.- El delito es la conducta típicamente antijurídica y culpable**”¹³, al igual que el Código Penal vigente para el Estado de Guerrero, que establece en su “**Art. 11.- Delito es la conducta típica, antijurídica y culpable**”¹⁴.

Se construye el delito desde una perspectiva de corte teleológica, es decir, que cuando un ciudadano realiza una conducta, tipificada como delito, de forma voluntaria, ya sea ésta omisiva o de acción, siempre habrá un objetivo que alcanzar, un fin en sí que se desea lograr, es por ello que se tiene por sentado que el “delincuente” está conciente de lo que hizo; la responsabilidad del comportamiento del gobernado es suya y nada más, por lo

¹³ CÓDIGO Penal vigente para el Estado de Querétaro, edit. SISTA, México 2004, pág. 38.

¹⁴ CÓDIGO Penal y de Procedimientos Penales Vigente para el Estado de Guerrero, edit. Nueva Luz S.A. DE C.V., México 2002, pág. 13.

que el aparato gubernamental no tiene que ver en ello sino que al contrario, elabora un sistema jurídico penal basado en una política criminal ad hoc al pueblo que dirige.

Debemos tomar en cuenta que la construcción del delito está muy lejana de concatenar positivamente a nuestra sociedad mexicana, de dejar de etiquetar y relacionar con el “delito” a la gran masa económicamente débil, de proteger los intereses del gran capital tanto en la tipificación de conductas como en la aplicación de la misma y, sobre todo, de dejar de limitar, el ya limitado, el comportamiento del gobernado. Para darle un cambio a la tendencia del delito, se hace emergente cambiar el tipo de política criminal que se está empleando.

2.2.- Las Penas.

“¿Cuál es el fin político de las penas? El terror de los otros hombres”¹⁵ además del fin meramente retributivo que tiene la pena en nuestro país; por lo que la verdadera aplicación de los sustitutivos penales consistentes en la conmutación de la pena de prisión, que es tan marcada y real, se nos antoja tan lejana como exterminar la pobreza extrema en nuestro país, además de que la función de la pena de prisión, específicamente en la actualidad que vivimos, no significa más que una mera forma de aislar al gobernado no apto para contribuir al desarrollo del modelo económico que se ha implementando en México, es decir, descartar definitivamente a un individuo, primero recluyéndolo en una especie de réplica de la sociedad donde habitaba pero, aún más agresiva y, segundo, si es que logra salir de prisión, “marcándolo de por vida” con los antecedentes penales, al querer formar parte del entramado económico, acción con la cual se fortalece la tesis de que la vanagloriada readaptación social solo es una falacia de este Estado Político moderno.

¹⁵ BECCARIA, César, De los delitos y de las penas, edit. Aguilar, Madrid 1976, pág. 96.

La posibilidad de que la pena de prisión para los delitos “no graves” desaparezca y, que para los delitos “graves” deje de convertirse en cadena perpetua, aunque nuestros órganos gubernamentales no se cansen de decir que la cadena perpetua no existe en México, no se antoja posible, al contrario, pareciera que se recrudecerá aún más al escuchar los discursos de aquellos que aspiran a ocupar algún puesto de elección popular, ya sea a nivel Municipal, Estatal o Federal, al manifestar, con un convencimiento puro, que se aplicará mano dura a la delincuencia, que sólo los seres humanos tienen derechos y no las ratas, que se promoverá la aplicación de penas más severas para el secuestrador y el narcotraficante, pero eso no es todo, hay algunos más radicales y con tal de obtener el beneplácito de la mayoría, proponen la pena de muerte para el violador, otros prometen crear Fiscalías especiales para la protección de los menores, etc., etc., lógicamente que tales promesas se sustentan en los acontecimientos delictivos del momento, esto no importando si se pasa por alto el respeto a los Derechos humanos y/o garantías individuales, reconocidas en nuestra ley suprema, al no abrir el campo óptico y buscar soluciones precisas y congruentes para evitar en lo más que se pueda, la realización de conductas calificadas como “delito” y que tengan gran impacto negativo hacia nuestra sociedad. Debemos tener en cuenta, que si estamos inmersos en un sistema económico agresivo, no será fácil cambiarlo, motivo por el cual debemos ir más a fondo para conocer el por qué de los robos, asaltos, secuestros, trata de personas, pornografía y prostitución infantil, peculado, evasión de impuestos, etc., de tal forma que se facilite reacomodar el sistema de penas que se aplicará, ya que estos “delitos” tienen un sentido meramente económico (la finalidad que se persigue), además de mejorar las condiciones de vida tanto de quien pudiera ser la víctima o el victimario, por lo que a la Política Criminal también le tocará desempeñar también un papel preventivo de conductas lesivas, del tipo anteriormente mencionado.

El seguir teniendo como máxima que el aumento de los años de la pena de prisión es y será una solución falible para mermar la realización de delitos que tengan un trasfondo económico, no significa más que el aparato gubernamental no tiene ni la más mínima intención de construir una sociedad de vanguardia en torno a la forma de vida armónica entre los gobernados, de su identidad y diversidad individual, darle el verdadero sentido al Estado político constituido, evitando que se dé un vuelco negativo que impacte negativamente en el régimen constitucional que tenemos, sino es que ya lo ha dado, cambiando los principios que lo fundamentan e irlos amoldando gradualmente conforme a sus intereses políticos y argumentando que por el bien de todos se ha tenido que hacer; debemos estar concientes de que se vislumbran nuevos cambios tocante al Estado político moderno (algunos hablan del posmoderno) relacionado a su régimen constitucional, cuando se manifiesta que

“...el viejo constitucionalismo predominantemente liberal, hegemónico desde los tiempos de la Revolución francesa, articulado bajo la forma de Constituciones-marco y en cuanto tal, refractario de las ingerencias de la moral en el derecho, pero sobre todo, apuntado sobre la triada libertad, igualdad y fraternidad, toca su fin...más que sustituirlo, dicho constitucionalismo habrá de ser complementado por uno nuevo, más abierto a la integración entre derecho y moral y articulado en tal sentido, en forma decidida, bajo la forma de una Constitución-derrotero, el cual habrá de aportar una nueva triada axiológica, cual es representada por los valores de la seguridad, la solidaridad y la diversidad”¹⁶,

el visualizar a los derechos humanos y/o garantías individuales reconocidos, como una forma de cambio para saldar una pena impuesta, específicamente la libertad de tránsito, nos regresa a aquella época en la que de forma corporal se “pagaba” la pena, sólo que ahora la

¹⁶ OROZCO, Iván, et. al., Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal, ed. 2ª, edit. Editorial Temis S. A., Santa Fé de Bogotá, 1999, pág. 19.

forma de “pago” cambió pero, se sigue actuando sobre el individuo en sí; no es más que la venganza del Estado Político.

La estrategia empleada por el aparato gubernamental de nuestro país se basa pues, en la privación de la libertad de tránsito, como acción primordial y, la fijación de la cantidad numérica que tardará esa privación, como acción secundaria; como si tales acciones contribuyesen a que vaya a la baja la incidencia y reincidencia delictiva. Por ejemplo, el Código Penal del Estado de Guerrero demuestra las diversas justificaciones para ir aumentándole años a la realización de una sola conducta que se ha calificado de delictuosa:

“CAPÍTULO III.- CORRUPCION Y PROSTITUCIÓN DE MENORES E INCAPACES.

ART. 217.- Al que procure o facilite a un menor de dieciocho años de edad o a quien tenga capacidad para comprender el significado del hecho a realizar actos de exhibicionismo corporal o prácticas sexuales, al consumo de enervantes, estupefacientes psicotrópicos, sustancias tóxicas o bebidas embriagantes, a la práctica de la mendicidad, a formar parte de una pandilla, asociación delictuosa o delincuencia organizadas o a cometer hechos delictuosos, se le aplicará de cinco a diez años de prisión y de ochocientos a mil ochocientos días multa.

Al que emplee a un menor de dieciséis años en lugares que por su naturaleza sean nocivos a su formación moral como cantinas, cabarets o prostíbulos, se le impondrá prisión de uno a tres años y de cuarenta a doscientos días multa. En caso de reincidencia se ordenará además, la clausura del establecimiento.

Cuando los actos de corrupción se realicen reiteradamente sobre el mismo menor o incapaz y debido a ello adquiere los hábitos o vicios del alcoholismo, del consumo de enervantes, estupefacientes psicotrópicos, sustancias tóxicas, se dedique a la prostitución o prácticas homosexuales o en formar parte de una asociación delictuosa o delincuencia organizada, la sanción será de ocho a catorce años de prisión y de mil doscientos a dos mil trescientos días multa.

Para los efectos del presente artículo, deberá considerarse como empleado en cantinas, cabarets y prostíbulos, al menor de dieciséis años que por un salario, por la sola comida, por comisión de cualquier estipendio, gaje, emolumento o gratuitamente preste sus servicios en tal lugar.

No se entenderá por corrupción de menores a incapaces los programas preventivos, educativos o de cualquier índole que

diseñen e impartan las instituciones públicas, privadas o sociales que tengan por objeto la educación sexual, educación sobre la función reproductiva, la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes, siempre que estén aprobados por la autoridad competente”¹⁷

En el mismo ordenamiento podemos encontrar otros delitos que siguen la misma mecánica de acción en torno al aumento de la pena de prisión por converger diversos elementos que han sido dotados de años y multas extras a la misma conducta delictiva. Aunque en el mismo ordenamiento se estipule en qué consistirá la pena de prisión, cuánto durará y dónde se compurgará y cual será la mínima y la máxima duración de ésta, pero es posible que en una sentencia condenatoria se sobrepase la máxima duración de años debido a las penas extras de la cual están dotados los elementos que convergen en la realización de un mismo “delito”, de tal forma que se señala en el artículo

“25.- La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración mínima será de tres días y la máxima de cincuenta años y se compurgará en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señales el órgano ejecutor, ajustándose a las resoluciones judiciales y a la legislación aplicable”¹⁸

cabe hacer mención que no se hace alusión a la aplicación de penas adicionales a la que se señala como pena máxima, es claro que esta última puede hasta rebasar los cincuenta años establecidos aunque no se exprese, ya que tomemos en cuenta que la pena máxima del homicidio cometido de manera dolosa contra algún familiar por afinidad o por consanguinidad tiene como pena máxima cuarenta años, ahora, si a este delito se le suman otros que se cometan en la realización de tal ilícito, lo establecido por el artículo 25 no lo eximirá de la acumulación de los más de 50 años.

¹⁷ CÓDIGO PENAL y de Procedimiento penales vigente para el Estado de Guerrero, edit. Nueva Luz S.A. DE C.V., México 2002, pp. 144-145.

¹⁸ Ibidem, pág. 22.

En la misma vertiente de aumento excesivo de la pena, se encuentra el Código Penal Federal que establece en su

“LIBRO PRIMERO, TÍTULO SEGUNDO, CAPITULO II. PRISIÓN.

Art. 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, sólo podrá imponerse pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

La privación de la libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea”¹⁹

aunque en este ordenamiento se especifique la duración mínima o máxima y además, la excepción con la que pueda aumentar en un momento dado, hay que estar concientes de que ha habido casos en los que han aplicado hasta cerca de cien años de cárcel aunque ya se haya señalado la máxima cantidad de años y se manifiesta a voces ensordecedoras que la cadena perpetua es inexistente en nuestro país.

Haciendo una comparación entre conductas que establecen los códigos penales del Estado de Guerrero y el Código Penal Federal, encontramos que la cantidad numérica reconocida de la pena no tiene que ver necesariamente con la proporcionalidad del daño causado y por lo que, la racionalidad de la pena queda nulificada, al encontrar que el homicidio doloso cometido en contra de un familiar por afinidad o consanguinidad, a nivel estatal, se punirá desde los veinte a los cuarenta años y, el delito de Genocidio reconocido en el artículo

“149-bis. Comete el delito de Genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente uno o mas grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrarse por cualquier medio

¹⁹ CÓDIGO Penal Federal electrónico.

delitos contra la vida de los miembros de aquellos, o impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

Por tal delito se impondrá de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos”²⁰.

En lo que se refiere a los delitos contra la salud, se establece una pena mínima de diez años y una máxima de veinticinco años; es clara la desproporcionalidad de penas que se aplican en los dos ámbitos, ya que existe un factor muy importante que se debiese tomar, la reversibilidad o irreversibilidad del daño y la magnitud del mismo.

3.- La necesidad de una Política Criminal Garantista en México.

Parto de la concepción de que nuestro país es un Estado político creado siguiendo los lineamientos del Estado Moderno que surgió en la Ilustración, en la época de las Luces, ya que se constituye tomando como base el bien común (traído a colación por nuestros “políticos” actuales) y reglamentando la convivencia social mediante la visión de la voluntad general, esto sólo lo establecido en el contrato social que no es más que, la carta magna que nos rige pero, sabemos que ésta es solo un papel en el cual se plasma una letra muerta, misma que hasta ahora no hay esperanzas políticas, legales ni sociales que indiquen su resurrección, si es que en algún momento vivió.

Nos encontramos inmersos en un Estado político en el cual el contrato social se ha hecho a un lado y sólo nuestros dirigentes lo invocan para preservarse en el poder, poder que los hace añejarse en sus posiciones de privilegios, de sometimiento del conglomerado y más aún, de aislamiento para la nula visión analítica, ya que mientras una población desconozca

²⁰ Idem.

de su verdadera posición de cambio en, este, nuestro Estado político mexicano, no se podrá constituir como un verdadero factor de poder para contra restar la opresión de todos aquellos a los que les ha cedido su poder de decisión, mismos que no lo detentan sino que lo venden, como amerita en este sistema mercantilista, a aquellos que son los verdaderos dueños de los medios de producción y que, finalmente, son los que fijan el contenido de las leyes que limitarán, no liberarán, nuestra convivencia y desarrollo social.

Desde siempre, la forma eficaz de mantener etiquetada a la población es a través del sistema penal, es decir, éste va separando a los “malos” gobernados de los “buenos”, de aquellos que sirven al sistema económico de aquellos que sólo son una carga.

Como ya ha quedado expuesto, en nuestro país la Política Criminal sólo es administrativa y nada más, por lo que, tanto el establecimiento de los delitos, de las penas, las medidas de seguridad pública empleadas como los lineamientos donde se finca el sistema penitenciario, carece de toda conciencia ética para con los gobernados, es cierto que, el derecho se emplea como un conjunto de indicaciones conductuales que deberán seguir los gobernados sin ningún miramiento y sin cuestionar, porque son para “*nuestro bien*” cuando no son más que represión, la violencia del Estado contra la humanidad del gobernado-sometido, con el objeto de mantenerlo controlado, mantenerlo dentro de los parámetros establecidos para lograr el orden convivencial, mantener el poder de dominio por parte de los que son dueños de los medios de producción porque, quién sino ellos son los que trazan las conductas que deben etiquetarse, quién sino ellos son lo que trazan las conductas de lo que debe ser, de lo que es estético, pacífico, bueno, etc., y relacionarlos con sus antónimos y su relación despreciable porque finalmente, con el alto índice de pobreza en nuestro país, ellos son los que, por darle tanto valor al aspecto económico, han fomentado la tipicidad de conductas que afectan al patrimonio y al dinero.

Es claro que se ha echado de lado el verdadero sentido de la constitución del Estado político, se maquilla hasta la exageración al sistema penal, al manifestarle al pueblo que la pena de muerte es efectiva, sin expresar que en los países que la han implementado es nulo el resultado obtenido; que la cadena perpetua es lo mejor, sin decir que tampoco es beneficiosa para la convivencia de los reos y mucho menos para la convivencia social. El incremento del miedo o del terror social que aplican nuestros gobernantes mediante los medios de control social formal e informal nos predisponen a la aceptación tácita como expresa del sistema penal carente del respeto a las garantías individuales y/o a los derechos humanos positivados o no en nuestras leyes, aunque ese mismo sistema penal agresivo se nos aplique a nosotros mismos, pero esto es algo que no se analiza al escuchar el discurso “efectivo” por parte de aquellos que elegimos para que nos “protejan”.

El juego del poder implica la puesta en marcha de una conciencia moldeadora de “buenos” gobernados, en nuestra situación nacional, éstos buenos gobernados son aquellos que no forman parte de la inmensa mayoría de pobres o de pobres en extremo, ya que finalmente, éstos últimos son los que enfocarán su energía para delinquir y obtener los benefactores mínimos, por lo tanto, los pobres son los principales enemigos del Estado político, Estado constituido por los dueños de los medios de producción.

El discurso de dotar de felicidad a todos los gobernados está bien manejado conceptualmente para introducir y lograr la aceptación de la incompatibilidad de los binomios que se contraponen tratando de anular lo diverso, lo diferente y, hacer énfasis en lo negativo de éstas diferencias, como por ejemplo, a la felicidad es la desgracia, a lo bueno lo malo, a lo deseable lo repugnante, a lo rico lo pobre, lo rico como “buenos gobernados” y lo pobre como “lo delincuente”.

Por lo que establecer un sistema penal plagado de violaciones a las garantías individuales y/o derechos humanos del gobernado no constituye un problema para el gobierno nacional; el problema se constituye para los gobernados, para las clases medias y bajas, ya que son los destinatarios directos para que se pueda aplicar la ley penal; todo empieza con que ésta se aplicará de manera general y además, su desconocimiento no eximirá a alguien para que no la cumpla; por lo que se agrava la situación, ya que en nuestra población hay tanto desconocimiento de las leyes por la inmensa cantidad que existen, por el poco fomento para su difusión y además, el sistema gubernamental se ha encargado de utilizar a los mass media con el único fin de que distraigan con programas carentes de contenido que desarrolle el aspecto analítico del gobernado y en su lugar, se encarga de distraerlo, de alejarlo de los verdaderos temas que cambiarían el rumbo total de todo nuestro sistema legal ya que, empezariamos a reconocernos como autoconciencias marcadas con la otredad. Lógicamente que este tipo de sociedad implicaría un desvanecimiento de las instituciones gubernamentales, cambiaría el rumbo de la organización política; el poder y la libertad que cada uno otorgó a un solo grupo para que nos dirigiera, regresaría a cada quién y de esa forma, los valores dados al sistema económico se convertirían en nada; es ahí cuando realmente surgiría un Estado Democrático, sería el momento en que viviríamos la verdadera Democracia.

Por lo que la política criminal que se aplica actualmente, es represiva, el gobierno nacional se especializa y está conciente que **“en la aplicación de los modelos reactivos de poder se ignora la complejidad de los problemas y se estima que las situaciones irregulares tienen solución en la ideología político- jurídica dominante”**²¹; es por ello que

²¹ PAVARINI, Massimo, et. al., Tres puntos de vista convergentes, edit. Ediciones Coyoacán S.A. DE C.V., México 2006, pág. 202.

al surgir un movimiento ciudadano, el gobierno echa a andar la maquinaria violenta y represiva, típica del Estado, consistente en los controles sociales formales como el ejército (aunque no debiera ser así), la policía, los centros ocultos del poder que se desarrollan tras la fachada de la legalidad estatal, y sobre todo, el sistema penal, ya que éste se ha convertido en el idóneo instrumento de aislamiento o segregación de aquellos que descubren su posición de poder poblacional, por ejemplo: Los integrantes del Movimiento Magisterial de Oaxaca, los trabajadores de SICARTSA , en Lázaro Cárdenas, el Movimiento Zapatista (ya mermado), los campesinos de San Salvador Atenco, por citar a algunos; en estos movimientos se aplicó el sistema penal para que el resto de los mexicanos veamos que defender y exigir el respeto y cumplimiento de nuestras garantías individuales y/o derechos humanos no es algo muy coherente sino que al manifestarnos con tal fin, nos convertirá en “delincuentes” y además, de los más peligrosos, de los que se recluyen en cárceles de máxima seguridad debido a que, atentan contra la soberanía y el bienestar nacional, por lo que son o serán (seremos) nuestros enemigos (nuestros propios enemigos!!); surge la prevención general negativa en todo su esplendor para contrarrestar los efectos alentadores que pudiesen despertar en la conciencia de los otros, esos otros que son bombardeados por programas irrelevantes o alguna noticia amarillista, por parte de los mass media al servicio del gobierno, con el único fin de que se olvide muy pronto la represión aplicada; el olvido, aspecto explotado al máximo por la autoridad violenta para desaparecer, apenas raquítica conciencia analítica del conglomerado, el asomo de autoconciencia repeladora del sometimiento burdo de quien detenta el poder faccioso y fascista actual.

La política criminal debiera estar cimentada en las garantías individuales y/o derechos humanos; regulando así el catálogo de delitos para que se combatiera la corrupción gubernamental, la no satisfacción de las multicitadas garantías individuales y/o derechos

humanos plasmad@s en nuestra carta magna, por parte del orden gubernamental, dejar de aplicar el sistema penal y penitenciario como correctivos lacerantes del gobernado.

La política criminal nacional no es más que otro control social establecido, ya que está carente de **“el establecimiento de los derechos humanos, en la dimensión política legislativa de los órdenes jurídicos modernos (que) reconoce expresa o tácitamente la exigencia de satisfacer las necesidades humanas fundamentales”**²², por lo que el Estado debiera cambiar su, muy alabado y defendido, derecho a castigar por el del derecho a cumplir con la satisfacción de nuestras garantías individuales y/o derechos humanos, en toda la extensión de la palabra, mismas que están plasmadas en nuestro contrato social, tales como el derecho a la educación, a un trabajo y salario dignos y decorosos, a una vivienda digna, a la atención médica de calidad, a manifestarnos, y demás, por lo que debieran punirse las conductas contrarias a lograr lo anterior, ya que tales omisiones son las que verdaderamente hacen mella, por lo que debieran verse como las verdaderas transgresiones del sistema social, las verdaderas faltas graves y peligrosas, los auténticos ilícitos penales y por tanto, en esa misma tesitura, quién las vulnera debiera ser considerado como el verdadero enemigo estatal, tomando en cuenta que **“el paradigma garantista es, sin embargo, el mismo: la incorporación de vínculos sustanciales, no importa que consistan en deberes positivos (de hacer) en vez de negativos (de no hacer), a las decisiones de los poderes públicos”**²³, darle un giro al sentido de la estructura establecida, lograr el desdoblamiento del sistema legal, más aún, del sistema penal.

²² Ibidem. Pág. 195. El paréntesis es nuestro.

²³ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Garantías: la ley del más débil, ed. 3ª, edit. Trotta, México 2002

CONCLUSIÓN.

Estamos constituidos como un Estado político que tiene como fin lograr la seguridad para todos, pero no debe limitarse éste concepto a la seguridad pública, sino que se refiere a todo tipo de seguridad como la social, política, legal, cultural, etc., por lo que se pugna para obtener el bienestar de todos los que se han asociado en este contrato social a través de que el gobernante haga efectivas las garantías individuales y/ derechos humanos que se hacen patentes en la carta magna, en nuestro caso, mexicana, desgraciadamente en esta concepción contractual, los únicos que parece que tienen el status de ciudadanos son sólo aquellos que figuran en el papel de propietarios, los que han tenido acceso a la propiedad privada, los dueños de los medios de producción, mismos que establecerán el sistema normativo, los demás serán discriminados por no contar no ese carácter. Por tanto, los propietarios tienen el derecho de ser electos o elegir a aquellos que llevarán los destinos del Estado político, a los que le cederán parte de su libertad, considero que la cesión se circunscribe a la totalidad de la libertad del individuo, ya que mediante el sistema legal predispondrán su comportamiento, le ceden parte de su poder o mejor dicho, todo nuestro poder, y lo recuperamos cuando repelemos al sistema represor y violento ya sea, solos u organizados.

Nuestro sistema penal se encuentra inmerso en un sincretismo de teorías o corrientes penales que en diversas épocas han funcionado y se han relevado entre sí; aunque esto signifique lograr el éxito al aplicarlo y mucho menos, la efectividad y eficacia, al parecer no es más que el instrumento idóneo para que el Estado político logre controlar, marcar y mermar la conciencia del individuo que lo transgrede.

El que nuestros gobernantes no respeten y hagan efectivas las garantías individuales y/o derechos humanos positivados, nos hace formar parte de un Estado político represor y violento, con todo lo que esto conlleva, ya que al tenerlas, por parte de nuestros dirigentes políticos, como letra muerta no nos dice más que todo será una simulación aceptada por todos nosotros, aceptada en contra de nuestra dignidad.

Por lo que toca a la política criminal establecida en nuestro régimen, dista mucho de ser garantista, de ser fundada en el seno de una estructura democrática, al contrario, nos remite a una política criminal, meramente, administrativa, sin otro papel que cumplir que el de un control social formal agresivo que se hace patente en la conformación y aplicación del sistema penal, del sistema penitenciario y del sistema de seguridad pública aplicado en los tres niveles de gobierno. La política criminal garantista debiera subir de nivel para que fuera posible su existencia, debiera constituirse una comisión especializada en el poder Legislativo a nivel federal y estatal, ya que esa ahí donde se crean las leyes en todos los ámbitos, es necesario que deje de formar parte de las atribuciones de algunas instituciones del poder ejecutivo, ya sea estatal o federal.

Se hace necesario, la activación de todos los factores de poder existente en nuestra sociedad mexicana con el objetivo primordial de contrarrestar la violencia emitida por nuestro Estado mexicano, restarle agresividad poco a poco el sistema legal, sobre todo penal, para que como individuos perteneciente a este conglomerado, nos convirtamos en una autoconciencia repelente del Estado transgresor de nuestras garantías individuales y/o derechos humanos, se hace patente ser más reactivos que pasivos, ser más concientes que manipulables, hacer un frente común para que se haga efectivo el reconocimiento a nuestra dignidad, a ser reconocidos como seres humanos, a pugnar por la otredad, por el desdoblamiento del sistema legal penal a nuestro favor, porque la política criminal que se

establezca sea de corte garantista y no excluyente, agresiva, represora, violenta y simulada; logrando esto, lograremos cambiar nuestro sistema penal basado en sancionar las conductas que atentan contra nuestras garantías individuales y/o derechos humanos positivados, lograremos que se despenalicen ciertas conductas que pueden solucionarse con la autocomposición y por ende, formar parte del derecho civil o familiar, que exista realmente una proporcionalidad y racionalidad entre el delito y la pena impuesta, que la pena de prisión deje de ser retributiva por antonomasia, la pena a aplicar, que se materialicen los sustitutivos penales, pero sobre todo, que la racionalidad moderada en la política criminal permite construir estrategias de política pública penal de corte garantista; lógicamente que en éste cambio tiene mucho que ver la comprensión y aplicación de la democracia, en su verdadero sentido, pero este cambio será gradual, ya que dependerá de la autoconciencia que logre cada individuo de sí mismo, del entendimiento del papel que juega en este sistema orgánico y la defensa férrea de sus garantías individuales y/o derechos humanos.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

- AZUARA, Leandro, Sociología, ed. 16ª, edit. Porrúa, México 1998, pp.358.
- AMUCHATEGUI, Grisel, Derecho Penal, ed. 2º, edit. Oxford, México,2002.
- BUSTOS, Ramírez Juan, Memoria del 1er. Congreso de Estudiantes de Derecho Penal, ed. 1ª, edit. Universidad de Guanajuato, México 1998.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, ed. 1ª, edit. Heliasta S.R.L., Argentina 1988. Pp. 344
- CASTELLANOS, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, ed.17ª, edit. Porrúa, México 1982, pp. 339.
- DE PINA, Rafael, et. al. Diccionario Jurídico de Derecho, ed. 19ª, edit. Porrúa, México 1993, Pp. 525.
- DIAZ, Enrique, Dolo: Causalismo, Finalismo, Funcionalismo y la reforma penal en México, ed. 4ª, edit. Porrúa, México 2002, pp. 270.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Garantías: la ley del más débil, ed. 3ª, edit. Trotta, México 2002.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, ed. 1ª, edit. Trotta, México 2000.
- FOUCAULT, Michel, Vigilar y Castigar, ed. 1ª, edit. Siglo XXI, México 2003, pp.314.
- GARCIA, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, ed.49ª, Edit. Porrúa, México 1998, pp.444.
- GARCÍA, Jiménez Arturo, Dogmática Penal en la Legislación Mexicana, ed. 1ª, edit. Porrúa, México 2003.
- GUDIÑO, Galindo Julián Jesús, Conferencia digital de Política Criminal y Seguridad.

- HEGEL, Federico, La Fenomenología del Espíritu, ed. 1ª, edit. F.C.E. México 1971.
- HOBBS, Thomas, Leviatán, ed. 2ª, edit. F.C.E., México 1990, pp. 618.
- JAKOBS, Günther, Sociedad, Norma y Persona en una teoría en Derecho Penal Funcional, Artículo.
- KANT, Emmanuel, Principios metafísicos de la doctrina del Derecho, ed. 1ª, edit. UNAM, México 1978, pp. 222.
- KELSEN, Hans, La teoría puro del Derecho, ed. 2ª, edit. Gernika, México 2001.
- LEFEVBRE, George, La Revolución Francesa y el Imperio, ed. 1ª, edit. F.C.E., México 1984.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, ed. 1ª, edit. Porrúa, México 1994.
- MEDINA, Peñaloza Sergio Javier, Tesis: Funcionalismo e imputación objetiva, Para obtener el grado de Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal, México 2002.
- MEZGER, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, México 1982.
- MIR PUIG, Santiago, et. al. La Política Criminal en Europa, ed. 1ª, edit. Atelier, Barcelona 2004.
- MORENO, Hernández Moisés, Tratado de Derecho Penal, México 1994.
- MÜLLER, Max, et. al., Diccionario de Filosofía, ed. 2ª, edit. Herder s.a. España 1981.
- OROZCO, Ivan, et.al., Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal, ed. 2ª, edit. Editorial Temis S.A., Santa Fé Bogotá, 1999, pp. 285.
- OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales, ed. 1ª, edit. Heliastra, S.R.L. Argentina 1974, Pp. 797.

- PAVARINI, Massimo, Control y Dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, ed. 1ª, edit. Siglo XXI, México 2003, pp. 223.
- PAVARINI, Massimo, et. al., Tres puntos de vista convergentes, ed. 1ª, edit. Ediciones Coyoacan S. A. DE C.V., México 2006, pp. 309.
- PECES-BARBA, Gregorio, et. Al. Derecho Positivo de los Derechos Humanos, Ed. 1ª, Edit. Debates, Madrid 1987.
- PILATOWSKI, Braverman, Mauricio, Apuntes de la Cátedra de Teoría Jurídica Contemporánea I, impartida en la FES – ACATLÁN.
- PORTE PETIT, Celestino, Apuntes de Derecho Penal, edit. Porrúa, México 1987.
- ROBLES, Gregorio, Epistemología y Derecho, ed.1ª, edit. Pirámide S.A. Madrid 1984.
- ROJINA, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Introducción, Persona y Familia, ed. 28ª, edit. Porrúa, México 1998, pp.553.
- ROUSSEAU, J. Jacobo, El Contrato Social, Ed. 13ª, Edit. Porrúa, México 2003, pp. 226.
- ROXIN, Claus, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, Artículo publicado en Problemas Básicos de Derecho Penal.
- SAUER, Guillermo, Derecho Penal, Parte General, ed. 1ª, edit. Casa Editora Bosch, Barcelona 1956.
- STRAFFER, Fritz, Historia del castigo y la tortura, ed. 1ª, México 1984.
- VALENZO, Pablo, Derecho Penal, Parte General, ed. 1ª, edit. Expresarte, México 1996, pp.146.
- WALTER, Benjamín, La filosofía de la Historia.
- WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, ed. 11, edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1993.

- ZAFRARONI, Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, ed. 1ª, edit. Cárdenas Editores Distribuidores, México 1999.
- ZIPF, Heinz, Introducción a la Política Criminal, ed. 1ª, Argentina 1989.

LEGISLACIÓN.

- CÓDIGO Penal y de Procedimientos Penales Vigente para el Estado de Guerrero, ed. 1ª, edit. Nueva Luz S.A. DE C.V., México 2002.
- CÓDIGO Penal vigente para el Estado de Querétaro, ed. 1ª, edit. SISTA, México 2004.
- CÓDIGO Penal Federal Mexicano electrónico.
- CÓDIGO Penal Federal Mexicano Vigente.
- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Comentada, ed.17º, edit. SISTA, México 2003, pp.374
- Decreto de creación del Instituto Nacional de Ciencias Penales de fecha nueve de Abril de 1996.
- Leyes y Códigos de México, Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ed. 51ª, edit. Porrúa, México 1997.
- Ley Orgánica del Poder Ejecutivo del Estado de Guerrero, última reforma del 13 de Julio de 2004, Periódico Oficial número 58.
- Reglamento Interior de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, Estado de Guerrero.