



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN
NICOLÁS DE HIDALGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

TESIS

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, ¿UN RIESGO SOCIAL?

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA:
LIC. EN DER. FÉLIX LÓPEZ ROSALES**

**ASESOR
DRA. EN DER. ROSA MARÍA DE LA TORRE TORRES**

Morelia, Michoacán, Marzo de 2011



**DIVISIÓN DE ESTUDIOS
DE POSGRADO
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES**

AGRADEZCO

A Dios
por darme vida y salud para seguir
construyendo sueños y realidades

A mi esposa Gloria
a nuestros hijos Viridiana Yunuen,
Félix Manuel y Gloria Elizabeth,
por su apoyo incondicional
para seguir desarrollando mi vida profesional

A mis maestros Rosa María de la Torre Torres,
José Becerril Leal, Carlos Escalera Montaña,
José Solórzano Cazares, Francisco Quiroz Martínez y
Emanuel Roa Ortiz

A mis queridos amigos que siempre estuvieron
al pendiente de darle forma al trabajo
César Ulises, Inelvo y Oli

Así como a quienes me llenaron de coraje
para no dejarme vencer por la apatía:
maestra Maribel Julisa y señora Mary Torres

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, ¿UN RIESGO SOCIAL?

INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que se presenta a continuación intitulado *El Derecho penal del enemigo, ¿un riesgo social?*, surge de la preocupación constante de ver día a día noticias y más noticias de cómo la ola delictiva va en aumento, pese a los programas que implementan los gobiernos para combatir este cáncer, pero que el índice delictivo no disminuye, sino por el contrario, tanto se eleva la cifra de delitos y delincuentes, como también, surgen nuevas y sanguinarias formas de cometer los hechos delictuosos.

El tema es desarrollado de manera que permita adentrarnos en el estudio de la rama del Derecho público, del que deriva el Derecho penal, por lo que en tal sentido, corresponde al Estado, velar por que se apliquen las normas jurídico penales de manera justa y equitativa; ordenamiento punitivo que se va abordar también, a través de la historia, tomando en cuenta diversas opiniones y aportaciones que hacen algunos juristas.

En el primer capítulo veremos la conceptualización del Derecho en general, para llegar al concepto del Derecho penal, tratando de encontrar las respuestas del porqué se dice, que el Derecho penal es un ordenamiento jurídico arbitrario, deshumanizado y en qué se sustenta el Estado, para hacer uso de éste con miras a mantener el orden social, cuando puede utilizar otras medidas para disminuir o prevenir conductas delictivas, evitando al máximo la agresión a los bienes jurídicos tutelados.

Por último, se estudia el concepto del *Derecho penal del enemigo*, introducido por Günther Jakobs en 1985, término que originó una serie de críticas, pero que en la actualidad ha tomado vigencia con todos los acontecimientos y reformas constitucionales que en materia penal se llevaron a cabo en nuestro país el 18 de junio de 2008, otorgándose más garantías constitucionales a los procesados, bajo el principio de *indubio pro reo*, pero al mismo tiempo, para ciertos grupos delincuenciales, como es la delincuencia organizada, existe una flexibilización en sus garantías individuales.

Por lo que tampoco se dejó pasar por alto hablar de Luigi Ferrajoli, considerado padre del *garantismo penal*, ya que sus aportaciones se encaminan a orientar que la aplicación del Derecho penal, se debe dar bajo los principios fundamentales de la legalidad, la proporcionalidad de la pena, el respeto a la dignidad humana, protegiendo en todo momento los derechos fundamentales de

los imputados, atendiendo a los límites que le fija su Constitución y demás leyes aplicables, evitando los abusos y las arbitrariedades tanto de las agencias investigadoras, como del propio Estado.

En el segundo capítulo, correspondiente al marco histórico, abordamos las etapas por las que ha atravesado el Derecho penal, sus evoluciones y también una retrospectiva en países que adoptaron el Derecho greco-romano, como los que adquirieron el sistema jurídico del *Common Law*, lo que permitirá generar una cultura más amplia de este Derecho sustantivo, encontrando además, las respuestas del porqué castigar y en qué se justifica el Estado para sancionar a sus gobernados.

Se estudia también el Derecho penal en el contexto internacional, es decir, hablamos de países donde permeó el Derecho greco-romano, así como el *common law* o *derecho anglosajón*, encontrando diversas denominaciones con que es tratado el Derecho punitivo, el que es y sigue siendo un sistema coactivo, del que hace uso el Estado para poder castigar a los delincuentes, legitimando incluso, medidas penales que van más allá de las practicadas dentro de un Estado Democrático de Derecho.

El desarrollo de este segundo capítulo, permite darnos cuenta que el Estado, sea cual fuese su forma de gobierno, cuenta con un ordenamiento jurídico que le sirve como instrumento, que le permite castigar conductas delictivas, pero también, para sostenerse en el poder, coacciona y aplica castigos y medidas inoportunas, tanto precautorias como preventivas, lo que nos lleva también, a asentar algunas de las opiniones que Thomas Hobbes escribió en el *Leviatán*, y que nos hace recordar el Derecho natural.

En el tercer capítulo se trata lo referente a los límites penales, principios que ayudan a contener la fuerza estatal y represiva con que cuenta el Estado, para echar andar toda su maquinaria en contra de sus gobernados y mantener así, no sólo el orden social, sino como se dijo en el párrafo anterior, mantenerse en el poder, pero lo peor de todo, es que los que son presa fácil para ser alcanzados por el Derecho penal, son y siguen siendo los más desprotegidos, que es el sector más vulnerable, por lo que tiene vigencia lo dicho por César Beccaria.

Se habla de los derechos fundamentales del hombre, de las garantías individuales que deben ser reconocidas en las constituciones, las que tienen que ser tanto protegidas como promovidas por los propios gobiernos, lo que en muchas de las ocasiones no se da, toda vez, ya que son las propias autoridades las que más pisotean los derechos humanos, por ello la preocupación de que se

evite al máximo esa indiferencia por respetar dichas prerrogativas y se obligue el gobierno a tutelarlos evitando su constante violación con acciones gubernamentales amparadas en la seguridad nacional o intereses de las minorías.

En este capítulo, se ve la importancia que revisten los derechos humanos y el respeto de las garantías individuales, contra el uso y abuso desmedido del Derecho Penal, ordenamiento que sin límites, su aplicación se vuelve cada vez más peligrosa, por lo que se apela a la implementación de un Estado de Derecho más democrático, de lo contrario, estaríamos aceptando no solamente la práctica de la *expansión del Derecho Penal*, para calmar las exigencias sociales, sino también, tipificar toda clase de conductas desplegadas por los individuos, y con ello, saturar los códigos penales de tipos penales.

No podemos soslayar que la industrialización y la globalización, han contribuido en los avances tecnológicos y científicos que redundan en beneficios sociales, como bien lo dice Jesús-María Silva Sánchez, pero lo negativo de ello, es que surgen nuevos riesgos por las distintas formas de actuar de la delincuencia organizada en el afán de traspasar fronteras y hacer uso de las vías de comunicación, lo que ha permitido conocer de manera rápida, precisa y amarillista, como actúa, creándose un ambiente de miedo social y un desprecio por las instituciones del Estado y de quienes las dirigen.

Por lo anterior, creemos que la aplicación del Derecho Penal, debe ser dentro de todos los causes legales, evitando el abuso del mismo, su arbitrariedad, la desproporcionalidad de penas o que éstas vayan en contra de la dignidad de las personas, por lo tanto, se pugna que tal ordenamiento sea la *ultima ratio*, pues existen otras medidas y otros ordenamientos jurídicos que pueden ser usados para lograr el mejor equilibrio social.

Por último, en el capítulo cuarto centramos la investigación en descubrir si el *Derecho penal del enemigo*, es en verdad un riesgo social, por tal motivo quisimos hablar de las penas privativas de la libertad, los fines de éstas, así como de su evolución, buscando su humanización, dándonos cuenta que sólo han servido para castigar y ser ejemplo para aquellos que pueden cometer delitos en un futuro.

Dentro del mismo, se habla de la prevención general y la prevención especial, de ello, se ve que no se han logrado los objetivos buscados por el legislador, ya que ni han infundido en el individuo temor o miedo por los castigos que se le pueden imponer, y por el contrario, los delitos van en aumento,

imprimiéndose mayor saña y crueldad en su ejecución y, las cárceles no han logrado tampoco, la readaptación social.

El discurso político se encamina a promover el aumento desmedido de las penas de prisión, pecuniarias, aun cuando estas no han logrado inhibir al delincuente y los gobiernos amparados en el poder legislativo, buscan crear y lo han hecho, *normas especiales o excepcionales* para grupos terroristas o para la llamada delincuencia organizada, sin resultados positivos, ya que la incapacidad gubernamental vulnera derechos humanos, crea zozobra y más inseguridad.

La creación de un Derecho penal especial, da como resultado que en las acciones implementadas contra la delincuencia organizada, se justifiquen medios o modos empleados ilegales, la flexibilización de las garantías individuales, como ya se dejó asentado en el primer y tercer capítulo, por lo que queda en entre dicho, si tiene vigencia o no, el respeto al bien jurídico tutelado por el Derecho, como lo es el derecho de la vida, a la integridad física y la libertad de los individuos.

Es innegable que en los hechos, se refleja un alto índice delincencial, con esas formas de ataque crueles y sanguinarios, con armamento de punta, mucho mejor que los utilizados por los cuerpos policíacos y en ese ataque frontal, no solamente del Estado contra los grupos delincuenciales, sino entre éstos últimos por pelear o ganar territorio, es decir, mercado, se percibe que impera una cultura de barbarie y que ya no importa quien la haga, sino quien la pague, sean autoridades, delincuentes o civiles.

Por último, si bien es cierto que la aplicación del Derecho penal, en muchos casos se da de manera desmedida y desproporcionada, es indispensable que se esté a la *última ratio*, esto no quiere decir que se esté de acuerdo en que desaparezca el Derecho punitivo, el cual es y seguirá siendo necesario para sancionar a los individuos que han cometido conductas delictuosas.

Lo que se debe anteponer ante los embates estatales, es que éste sea más humano, más preventivo y más eficaz, pero que también, el Estado cumpla con su obligación de mejorar el nivel de vida de todos sus gobernados, sobre todo, de las grandes mayorías, se erradique la corrupción institucional y se ataquen las causas por las que el individuo en muchas de las veces se ve forzado a delinquir y no solamente los efectos como sucede siempre, invirtiendo más recursos económicos en hacer más y más cárceles, pero descuidando el campo y las ciudades donde impera la pobreza.

INTRODUCCIÓN	Páginas I
ÍNDICE	v

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO PENAL Y LÍMITES AL IUS PUNIENDI

1.1. Concepto de Derecho	1
1.1.1. Derecho penal	4
a) Concepto formal y material	5
b) El Derecho penal como derecho público	7
c) Fragmentariedad y accesoriedad del Derecho penal	8
1.1.2. Derecho penal positivo	9
1.1.3. Derecho penal subjetivo	11
1.2. Principios que rigen el Derecho penal	12
1.2.1. Principio de legalidad	13
a) Garantías de legalidad	16
1.2.2. Principio de máxima taxatividad legal e interpretativa	18
1.2.3. Principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido	19
1.2.4. Irretroactividad de la ley penal como principio derivado de la legalidad y del estado de derecho	20
1.2.5. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	21
1.2.5.1. Bien común y bien jurídico penal	21
1.2.6. Principio de Estado de necesidad	26
1.2.6.1. Estado de necesidad y colisión de deberes	29
1.2.7. Principio de humanidad	30

1.2.8. Principio de culpabilidad	32
1.2.9. Principio de proporcionalidad	35
1.3. Presunción de inocencia ó modelo garantista de Luigi Ferrajoli	38
1.3.1. Convencionalismo penal y estricta legalidad	40
1.4. Derecho penal del enemigo	45

CAPÍTULO SEGUNDO

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

2.1. Antecedentes del Derecho penal	50
a) Venganza privada o venganza de la sangre	51
b) El tali3n	52
c) La composici3n	52
d) La venganza divina	53
e) La venganza p3blica	54
f) 3poca de las luces o periodo humanitario	55
g) Periodo cient3fico	57
2.1.1. Grecia	58
2.1.2. Roma	63
a) 3poca primitiva	63
b) Las quaestiones	64
2.2. Derecho penal comparado: greco romano y <i>common law</i>	66
2.2.1. Francia	66
2.2.2. Alemania	69
a) 3poca germ3nica	70

b) Época franca (450-900 d-C)	71
c) Derecho penal en la Edad Media (900-1500)	71
2.2.3. Inglaterra	76
2.2.4. España	81
a) Derecho penal de Hispania romana	82
b) Derecho romano preclásico y vulgar	82
c) Derecho de España visigoda	83
d) Derecho canónico	84
2.2.5. Argentina	86
2.2.6. Colombia	89
2.2.7. Estados Unidos de Norteamérica	93
2.2.8. México	95
a) Los Aztecas	96
b) Los Mayas	99
c) Época colonial	100
d) Época independiente	101

CAPÍTULO TERCERO

PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL

3.1. Derechos fundamentales	104
3.1.1. Derechos humanos	112
3.1. 2. Derechos constitucionales	118
3.2. ¿Derechos humanos o garantías constitucionales?	119
3.3. Derechos humanos en México	120

3.3.1. Generación de los Derechos humanos	121
a) Primera generación	121
b) Segunda generación	122
c) Tercera generación	122
3.4. Derechos constitucionales en materia penal	123
3.4.1 Concepto de lo legítimo y lo legal	127
3.4.2. Determinación de legitimación y lo ilegal	130
3.4.3. ¿Es posible legitimar el abuso del Derecho penal?	131
3.4.4. Legitimación material del Derecho penal	133
3.5. Peligrosidad del Derecho penal	137
3.5.1. Límites al Derecho penal	138
3.5.2. El Estado de Derecho	141
3.5.3. Sin Estado de Derecho no existe democracia	143
3.6. Expansión del Derecho penal	144
3.7. La globalización en el marco jurídico penal	148
3.8. Primera razón	151
3.8.1. Principio de mínima intervención	152
3.8.2. Violación del principio de la última ratio	153

CAPITULO CUARTO

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, ¿UN RIESGO SOCIAL?

4.1. La pena	157
4.1.1. Fines de la pena	159
4.1.2. Penas privativas de la libertad	161

4.1.3. Penas y medidas de seguridad	163
4.2. El Derecho penal como derecho un garantizador	165
4.2.1. Teoría de la retribución y expiación	166
4.2.2. Teoría de la prevención general	167
4.2.3. Teoría de la prevención especial	169
4.2.4. Teorías unificadoras retributivas	172
4.2.5. Teorías unificadoras preventivas	173
4.3. El aumento desmedido de las penas, ¿logra inhibir el delito?	174
4.3.1. ¿Qué hacer para lograr la prevención del delito y evitar la sanción penal?	176
4.4. Aplicación del Derecho internacional en casos de Terrorismo y delincuencia organizada	177
4.5. ¿Existe una real guerra en México y se justifica la militarización?	180
a) Concepto de guerra	185
b) Guerrillas	190
4. 6. Violencia política	191
4.7. Derecho penal del enemigo, ¿un riesgo social?	194
4.8. Penas denigrantes en la legislación penal	204
4.8.1. Código penal federal	205
4.8.2. Código penal de Colima	205
4.8.3. Código penal de Sinaloa	205
4.8.4. Código penal de Michoacán	206
4.9. Convención de Palermo	207
CONCLUSIONES	210
PROPUESTAS	213
FUENTES DE CONSULTA	215

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO PENAL Y LIMITIS AL IUS PUNIENDI

1.1. Concepto de Derecho. En el capítulo que se inicia intitulado: *Derecho penal y los límites al ius puniendi*, se habla del concepto de Derecho, así como del Derecho penal, los fines que encierra el mismo, las teorías de la pena y descubrir si efectivamente, las penas privativas de libertad cumplen con la función de readaptación y reinserción social y lo que es el tema central de la investigación, del *Derecho penal del enemigo*.

Resulta necesario, entrar al estudio del papel que juega el Derecho penal dentro de toda sociedad y saber de dónde proviene el término *Derecho penal del enemigo* –usado por Günther Jakobs en 1985- conocido también como Derecho penal de nuevo cuño, así como el riesgo que encierra su aplicación.

Cuando me refiero al Derecho en general, cabe la interrogante de dónde o cómo se originó el Derecho. ¿Para qué sirve y que función desempeña en la sociedad? Quizás, una de las primeras respuestas, sería que surge dentro de la organización social con la finalidad de mantenerla unida y organizada, para que sus agremiados lleven una vida solidaria y armónica, objetivo fundamental del Estado y del género humano, de acuerdo a la teoría *iusnaturalista*.

En la práctica, pareciera ser que el Derecho y sobre todo, el Derecho penal, le funciona al Estado como instrumento o arma de control social, con el cual pretende imponer temor o miedo a sus gobernados, mantenerlos sometidos a las acciones gubernativas, y los que más sufren los embates del normas penales, es el sector más vulnerable, es decir, el más pobre económicamente.

Eugéne Petit expone que “el hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desenvolver sus facultades naturales. Esta libertad está limitada por el respeto de la libertad de otros. De aquí la necesidad de reglas que garanticen a

cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad. Esto constituye el derecho en su acepción más extensa”.¹

Una de las respuestas la da Eugéne Petit, cuando expresa que la libertad de cada individuo está limitada por la libertad de otros, pudiendo decir, que mi derecho termina donde principia el del otro, la libertad que cada uno tenemos, debe ser respetada tanto por los demás, como por el propio Estado.

De lo anterior, vemos como el Derecho busca con sus normas de carácter vigente y coactivo, mantener el respeto y el orden social.

Otra respuesta es que la mayor parte del Derecho mexicano proviene del Derecho *greco-romano*, de formación milenaria y en este sentido Luis Jiménez de Asúa “lo sitúa en el año 753 antes de Jesucristo, en que se funda Roma, hasta el 553 de la Era Cristiana, que culmina en los últimos textos del Emperador Justiniano”.²

Dice Jiménez de Asúa, que “esos mil trescientos años han sido divididos, en tres grandes épocas: la Monarquía, hasta el año 510 antes de Jesucristo; la República, que abarca cinco siglos, hasta el año 31 antes de nuestra Era, y el Imperio que comprende el mismo número de centurias que la etapa republicana y termina el 553 después de Jesús”.³

Dentro de las etapas mencionadas, aunque no se menciona el Derecho penal, no queda duda que éste ha existido desde que se tiene noción de la historia del hombre, lo que se confirmará en el segundo capítulo.

Otra nota trascendente, es la principal característica del primitivo Derecho, que es el carácter público con que considera el delito y la pena: el primero, *como violación de las leyes públicas*; la segunda, *la reacción pública contra el delito*. No escapan las huellas del carácter sagrado del Derecho penal: *la expiatio* y *execratio capitis*, y la *consacratio honorum* (expulsión del reo de la comunidad religiosa y reconciliación del pecador arrepentido con la divinidad).⁴

¹ Petit, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Novena edición Francesa y ampliado con notas originales por el D. José Fernández González, editorial Nacional, México, DF., 1975, p. 15.

² Jiménez de Asúa, Luís, *Tratado elemental de Derecho penal*, Tomo I, concepto del derecho penal y la criminología, historia y legislación penal comparada, 5ª edición, editorial Losada, Buenos Aires, 1964, p. 280.

³ *Ídem*.

⁴ *Ídem*.

Otra respuesta sobre el Derecho penal y la función que desempeña, la brinda Guillermo Floris Margadant cuando se refiere a la recepción del Derecho romano, señalándole grandes diferencias cronológicas y de intensidad de país a país. Diciendo que “en los principales países europeos, Inglaterra del lado de mínima intensidad y Alemania del lado máximo, admitieron la influencia del *Corpus iuris* en su derecho positivo”.⁵

El mismo Floris Margadant, asienta que “en las Universidades del mundo occidental, hasta fines del siglo XVIII, el Derecho se estudiaba en forma del *Corpus iuris y sus comentarios y del derecho canónico*. En la práctica forense, las obras germánicas, seguían jugando un papel importante (*Las Costumbres*, en Francia; *el Espejo de Sajonia*, en Alemania; *el Fuero Real*, en España, etc.), interpretadas por juristas imbuidos en el derecho romano y el espíritu de su aplicación se alejaba cada vez más de su origen germánico”.

Hace una cronología jurídica del Derecho romano: “España, desde la conquista de los romanos, durante las guerras púnicas o desde su pacificación en tiempos de Augusto, gozó del régimen jurídico romano y aun después de la invasión de los visigodos, los ciudadanos romanos que vivían en España conservaron su propio derecho, codificado en *Breviario de Alarico*”.

Las disposiciones del Derecho romano que no estaban incorporadas al código, no fueron reconocidas en la práctica de los tribunales. Los visigodos vivían bajo el *Codex Euricianus* de 470, de Derecho germánico. En 654, el rey visigodo Recesvinto promulgó el *Fuero Juzgo* o *Liber iudicum*, válido para romanos y bárbaros, con contenido germánico y elementos romanistas, que abrogó formalmente el *Breviario de Alarico*”.⁶

A la gran cantidad de fueros locales, se impone el nuevo Fuero Juzgo a los españoles. Pero entre 1256 y 1263, Alfonso el Sabio elaboró las famosas *Siete Partidas*, inspiradas en la Escuela de Bolonia. Un siglo después, esta obra llega a ser derecho supletorio (1348). Contiene en gran parte, derecho romano, combinado con algunos elementos de derecho canónico y germánico.

⁵ Margadant., Guillermo Floris, *Derecho Romano*, 19ª edición, editorial Esfinge, Naucalpan, Estado de México, 1993, p. 85.

⁶ *Ídem*.

Además de las Partidas de carácter romanista, encontramos en España el derecho *justiniano*, que a través de estudios universitarios, llega a ser derecho supletorio en caso de silencio de las leyes especiales y de las Partidas. “El único país de Europa que no participó en este movimiento de recepción, fue Inglaterra, aunque no faltan influencias romanistas en su derecho”.⁷

De lo anotado, reviste la importancia que tuvo el ordenamiento jurídico greco-romano en gran parte del mundo latino, de ahí que nuestro sistema jurídico no haya escapado a la conquista del mismo.

La palabra derecho de acuerdo con Efraín Moto Salazar, proviene de “la voz griega *directus*, que significa lo *derecho*, lo *recto*, lo *rígido* y que puede usarse en dos sentidos: como facultad reconocida al individuo por la ley para llevar a cabo determinados actos, o como conjunto de leyes o normas jurídicas, aplicables a la conducta social de los individuos”.⁸

Podemos asegurar entonces, que el Derecho penal no sólo sanciona conductas, sino que también segrega a los individuos de su grupo social con penas privativas de libertad, las que van más allá de lograr una verdadera readaptación social y lo peor: no logran ser reinsertados satisfactoriamente en la sociedad, ni siquiera aceptados en su mismo núcleo social.

1.1.1. Derecho penal. De acuerdo a las definiciones que se han venido formulando a través de la experiencia y la práctica, el Derecho penal, es el conjunto de normas jurídicas que conllevan una pena o sanción al hecho cometido, tomando en cuenta la descripción tipificada como delito que tiende a imponer sanciones al delincuente, ya sea de prisión, pecuniarias o de pérdida de derechos.

Constitucionalmente, es facultad del Estado a través de uno de sus poderes, dictar y aplicar las leyes penales, correspondiendo al legislativo la competencia de crear el Derecho mediante normas penales de carácter *público*,

⁷ Margadant, Guillermo Floris, *opcit*, p. 86.

⁸ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, editorial Porrúa, México, 1983, p. 9.

coactivo y al poder Judicial dictar sentencias sean éstas condenatorias o absolutorias y al poder Ejecutivo, hacer efectiva las resoluciones judiciales.

Se hace alusión a criterios teóricos que servirán de base para encontrar el concepto de Derecho penal y los casos en que se habla de un Derecho penal del ciudadano y de un Derecho penal del enemigo.

a) Concepto formal y material. Dentro del concepto formal Claus Roxin dice que “el Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección”.⁹

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto en cuanto al concepto formal cita a Franz Von Liszt quien señala: “es el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena como legítima consecuencia”.¹⁰

Claus Roxin asienta que entre los presupuestos del Derecho penal, se cuentan las “descripciones de conductas delictivas como el homicidio, lesiones, hurto, así como también las disposiciones sobre error, capacidad de culpabilidad, legítima defensa, y se refiere a la pena y medida, a las penas principales y a las penas accesorias”.

Por lo que siguiendo su exposición, anotamos lo siguiente:

1. Pena y medida son el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, y significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones —pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.

2. Penas principales y accesorias. La pena privativa de libertad y la de multa, corresponde a las penas principales y la de privación del patrimonio y la del derecho de conducir, corresponde a las penas accesorias.

⁹ Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general*, tomo I, Thomson Civitas, 2003, Madrid España, p. 41.

¹⁰ De Toledo Ubieto, Emilio Octavio, *Sobre el Concepto del Derecho penal*, Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid 1984, p. 3.

La diferencia entre pena principal y accesoria, consiste en que las principales pueden imponerse en su caso por sí solas, mientras que las accesorias se imponen junto con la condena a una pena principal; por consiguiente, nadie que haya cometido un delito de circulación puede ser castigado sólo con privación del derecho de conducir, sino que la imposición de dicha privación va unida a que se le condene a una pena privativa de libertad o de multa.¹¹

El concepto anterior, se refiere a la pena privativa de la libertad, de mayor castigo para el individuo y la de medida de seguridad, para los que padecen trastorno mental y no son capaces de entender y comprender su conducta y la de corrección, para los menores, la rehabilitación o reinserción social, que se busca para los que han delinquido.

Este autor proporciona un concepto más claro, al hablar de hechos delictivos y de las consecuencias jurídicas a que se puede hacer acreedor quien es autor de los mismos y respecto al concepto material del Derecho penal manifiesta:

“el Derecho penal trata de las conductas conminadas con una pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa de la Justicia penal y se denomina Derecho penal material, que debe delimitarse de otros campos jurídicos que sólo junto con el, regulan legalmente todo el campo de la Justicia penal y hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos.”¹²

Los más importantes campos jurídicos vecinos son el Derecho procesal penal, el de la medición de la pena, el penitenciario, el Derecho penal de Justicia Integral para Adolescentes, la Psicología Criminal, la Victimología y la Criminología.

Por tanto, “el Derecho procesal penal contiene preceptos que regulan el esclarecimiento de hechos punibles y el derecho del Estado (*ius puniendi*). El de la medición (o determinación) de la pena, comprende las reglas que son decisorias en la clase y cuantía de la pena a imponer. En el penitenciario, se añade al hecho punible el proceso penal y la determinación de la pena que contiene las

¹¹ Roxin, Claus, *opcit.*, nota 9, pp. 41-42.

¹² *Ibidem*, p. 44.

disposiciones legales sobre el cumplimiento de la de prisión y las medidas privativas de la libertad”.¹³

El Derecho penal se reconoce como el conjunto de normas jurídicas que tiene por estudio la pena de prisión, las pecuniarias, al delincuente, las causas y efectos del delito auxiliado de otras materias como la sociología y la psicología criminal, por lo que, no existe divergencia con nuestro sistema penal, ya que tenemos un Código penal, un Código Procesal penal, una Ley de Justicia Integral para Adolescentes y una Ley de Ejecución de Sanciones Penales.

Lo que falta es una verdadera convicción de hacer que las instituciones y las leyes funcionen y cumplan su cometido, por lo que se necesita que los hombres y mujeres encargados de ello, sean personas probas y honestas.

b) El Derecho penal como derecho público. Al poseer el Estado, carácter público y que su fin último es lograr el bienestar de sus gobernados, tiene la obligación de pugnar porque sus normas jurídicas lleven ese espíritu y cumplan con los mandatos constitucionales.

Por lo que, el Derecho en general, es ese conjunto de normas jurídicas con que cuenta el Estado para mantener asegurado el orden social, fin de toda norma, sea jurídica o moral y el hombre es el único ser capaz de acatarlas o violarlas, imprudencial o intencionalmente y hacerse merecedor de una sanción.

Claus Roxin manifiesta: “dado que el Derecho penal a diferencia del Derecho civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado, éste resulta parte integrante del Derecho público”.¹⁴

En este sentido, es el Estado investido de poder público, el encargado de la rectoría y de la aplicación de las normas jurídicas que llevan implícitas una sanción como consecuencia jurídica del hecho cometido y que debe estar prescrita en la ley penal. Francisco Pavón Vasconcelos cita a Luis Jiménez de Asúa cuando asienta:

¹³ Roxin, Claus, *opcit*, p. 46.

¹⁴ *ibidem*, p. 43.

“El Derecho penal garantiza, pero no crea las normas; es valorativo, por que la filosofía ha penetrado profundamente en el Derecho; finalista, por que si se ocupa de conductas, no puede menos que tener un fin, la represión del delito para lograr la sana convivencia social; personalísimo, la pena, únicamente se aplica al delincuente, por haber cometido el delito, no debe sobrepasar su esfera personal”.¹⁵

Lo expresado por Pavón Vasconcelos en cuanto a que el Derecho penal garantiza, pero no crea las normas, efectivamente es así, ya que las normas son creadas por el Estado, pero llevan implícitos sus fines, aunque no se vigile que se cumplan, como lo es el de garantizar la sana convivencia bajo la amenaza de la pena de prisión.

En cuanto a lo valorativo, esto debiera ser garantía para todos, tanto para el autor del hecho delictivo, como para el que sufre la agresión, pues al estar imbuido en los valores filosóficos, se debe proteger y respetar el derecho a la vida, la libertad, la integridad, la dignidad de las personas.

El carácter finalista, conlleva a reprimir al individuo que ha transgredido el orden social y que al ser personalísimo, la misma norma limita que el Estado, al aplicar la sanción penal, no traspase la esfera personal del delincuente y afecte a los familiares o personas cercanas que puedan ser obligadas a la reparación del daño.

El logro de tener un Derecho penal que se preocupe por respetar los derechos fundamentales de todo ser humano, viene de la evolución de las ideas penales por el Márquez de Beccaria, quien pugnó por un Derecho penal más humanitario. De lo que haremos mención páginas posteriores.

c) Fragmentariedad y accesoriedad del Derecho penal. En cuanto al carácter accesorio, podemos afirmar que el ámbito del Derecho penal sustantivo, va mucho más allá de cualquier código penal, toda vez que no se concreta a imponer la sanción correspondiente, sino que también se preocupa por tratar sobre el tema de la prevención, sea ésta retributiva, general o especial.

¹⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Décima quinta edición, editorial Porrúa, México, 2000, pp. 20-23.

Es así, que Claus Roxin habla de un número extraordinariamente grande de leyes de todos los campos del ordenamiento jurídico, que sancionan con pena “la vulneración de determinados preceptos contenidos en ellas. A los preceptos penales contenidos fuera del Código penal en leyes especiales se la denomina Derecho penal accesorio”.¹⁶

Emilio Octavio de Toledo y Ubieta dice que la llamada al intervencionismo estatal en el ámbito punitivo que supone la concepción del Estado social, no debe comportar que el *ius puniendi* se ejercite con una extensión máxima, respecto a cualquier bien jurídico y cualquiera que sea la identidad del ataque a los mismos, sino que debe limitarse a una *intervención mínima* indispensable, de lo que deriva la subsidiaridad y la fragmentariedad del Derecho penal.¹⁷

Expone el autor mencionado, que el *carácter subsidiario* del Derecho penal y su intervención “debe ser la última respecto a todas las demás que lo componen: allí donde sean suficientes para verificar el control social perseguido por el Derecho otros instrumentos jurídicos menos lesivos que el penal, deben emplearse aquéllos y no éste”.¹⁸

Da a entender de Toledo y Ubieta que el Derecho penal debe ser la *última ratio* que el Estado utilice para sancionar al individuo; Santiago Mir Puig sostiene que el Derecho penal “deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, preferibles en cuanto sea menos lesivos para los derechos individuales (exigencia de economía social)”.¹⁹

Emilio Octavio de Toledo y Ubieta sobre la fragmentariedad del Derecho penal, señala que el “*carácter fragmentario*, ni ofrece protección a todos los bienes jurídicos, ni a aquellos que se la ofrece lo es contra cualquier ataque, sino únicamente contra las modalidades de ataque más graves”.²⁰

1.1.2. Derecho penal positivo. Podemos coincidir con lo escrito por Edmund Mezger al decir que “el Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas

¹⁶ Roxin, Claus, *opcit.*, p. 44.

¹⁷ De Toledo y Ubieta, Emilio, *opcit.*, nota 10, p. 358.

¹⁸ *Ibidem*, p. 59

¹⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal parte general*, editorial Reppertor, Barcelona, España, 2002, p. 122.

²⁰ De Toledo y Ubieta, Emilio Octavio, *op.cit.*, p. 359.

que vinculan la pena como consecuencia jurídica a un hecho cometido. Esta expresión corresponde a la antigua designación del *ius peónale* o en alemán *peinliches Recht*, de origen más reciente, que se empleó por primera vez a mediados del siglo XVIII, comenzado a regir a principios del siglo XIX”.²¹

El mismo Mezger en cuanto al Derecho penal positivo refiere que el “Derecho penal es también el conjunto de normas jurídicas que, en conexión con el Derecho penal *vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza*, para el castigo del hecho o para la prevención de delitos futuros”.²²

Si el Derecho penal es ese conjunto de reglas o normas jurídicas establecidas por el Estado, que determinan las penas de prisión, las pecuniarias, las de reparación del daño, así como las medidas de seguridad, entonces, toda norma jurídica y sobre todo la ley penal, tiene siempre una sanción para aquél que contravino el ordenamiento penal.

Fernando Castellanos anota que “el Derecho se manifiesta como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, normas que pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado”.²³

El concepto de Fernando Castellanos, da como resultado que el Estado, al utilizar su poder *coactivo* contra sus gobernados que han quebrantado el ordenamiento penal vigente, de ser un derecho penal intimidatorio y sancionador, se vuelve un Derecho arbitrario que descarga su fuerza estatal en contra de los que han agredido la integridad física de sus semejantes, su patrimonio y puesto en riesgo la seguridad nacional.

Entendemos que el Derecho es la sistematización del ejercicio del poder *coactivo* del Estado, que se inspira en las ideas del más alto *valor ético y cultural* para realizar su fin primordial de carácter mediato: *la paz y seguridad sociales*.

Para lograr tal fin, el Estado está facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho

²¹ Mezger, Edmundo, *Derecho penal, parte general*, tomo I, Valleta ediciones, Buenos Aires, 2004, p. 21.

²² *Ídem*.

²³ Castellanos, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, editorial Porrúa, décimo sexta edición, México 1981, pp. 17-18.

penal, que por su naturaleza punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

Partiendo de que el Derecho Penal aparte de ser un conjunto de normas jurídicas que conllevan una pena, es también la ciencia que estudia los delitos, las penas y medidas de seguridad que el Estado regula, sanciona y aplica en beneficio de la sociedad, como una de las misiones que tiene: velar por los intereses colectivos, protegiendo al individuo.

Rafael Márquez Piñero señala que “la ciencia penal en términos generales, vendría a ser un conjunto sistematizado de principios que tiene por objeto de estudio: el delito, la delincuencia y las diversas medidas sancionadoras de actividades antisociales.”²⁴

Francisco Pavón Vasconcelos lo define como el “conjunto de normas jurídicas, de Derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”.²⁵

1.1.3. Derecho penal subjetivo. El derecho subjetivo, se identifica con el *ius puniendi*, derecho que tiene el Estado para castigar que consiste a decir de Fernando Castellanos, “en la facultad del Estado, de conminar la realización del delito con penas, imponerlas y ejecutarlas. Es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad”.²⁶

Francisco Pavón Vasconcelos asegura que “únicamente el Estado en razón de su soberanía, dicta las normas creadoras de los delitos y las penas o medidas de seguridad aplicables, es el titular del Derecho penal y los caracteres de este Derecho, son en primer término, Derecho público; derecho sancionador, valorativo, finalista y personalísimo”.²⁷

²⁴ Ochoa Sánchez, Miguel Ángel y *et al*, *Derecho Positivo Mexicano*, editorial Mc Graw-Hill, México 1998, pp. 128-129.

²⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, *opcit*, nota 15, p. 17.

²⁶ Castellanos, Fernando, *opcit*, nota 23, pp. 21-22.

²⁷ *Ibidem*, p. 22.

Por lo anterior, queda corroborado que en toda sociedad ha existido la necesidad de contar con normas que permitan la sana convivencia y evitar se trastoquen intereses, sean individuales ó colectivos y que coadyuven a mantener el orden social. A través de la historia, se confirma la idea de que el Derecho penal sirve como un instrumento de control social y no como un Derecho que permita garantizar tanto la prevención o el castigo de conductas delictivas.

Sabido es que el *ius puniendi*, facultad del Estado para castigar a sus gobernados, debe contar con límites que lo contengan, evitando descargue su fuerza para mantener el control social; el respeto a las garantías mínimas de seguridad jurídica, son los límites que como encargado de velar por los derechos de sus gobernados, no se exceda y se convierta en victimario ó que el delito trascienda las esfera personal del sujeto delincente.

De lo expresado, cabe entrar a analizar los principios rectores del Derecho penal, con lo cual se reafirmará, que el sujeto que cometió un delito y merece una sanción, sigue siendo un ser humano, dotado de aciertos y desaciertos, virtudes y errores y, como hombre que es, sigue teniendo, incólumes sus derechos humanos.

1.2. Principios que rigen el Derecho penal. El Estado goza del poder público en beneficio de sus gobernados; del control real de las instituciones para el mejor desarrollo de sus funciones y la facultad para imponer castigos ó sanciones no es una prerrogativa absoluta, ya que deben seguirse principios contemplados por el Derecho, en este caso, por el Derecho penal, para que no se violenten las garantías y derechos fundamentales del individuo.

Siendo el Estado poseedor del *ius puniendi*, está obligado a promover y respetar las garantías contempladas en la Constitución General de la República; al respecto, Santiago Mir Puig señala que este derecho “se funda en las concepciones políticas: *el principio de Estado de Derecho*, que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad”.²⁸

²⁸ Mir Puig, Santiago, *opcit*, nota 19, p. 109.

Lo que refuerza la idea que el Estado social, sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad y sostiene Mir Puig que “la concepción del Estado democrático, obliga en lo posible a poner el derecho penal al servicio del ciudadano, fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como la dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”.²⁹

1.2.1. Principio de legalidad. Cualquier principio o valor, sea moral, religioso o legal, servirá para que el individuo se conduzca correcta y honestamente, pero además, sentirse seguro de vivir dentro de un Estado de Derecho.

El principio de legalidad es sin lugar a dudas, pilar fundamental del Derecho penal, el cual está consagrado en las Constituciones de los Estados y obliga a sus gobernantes a constreñir sus actos a las leyes vigentes, de manera que se respeten los derechos fundamentales de los gobernados, protegiendo su vida, su integridad física, su libertad, sus propiedades, etc.

Santiago Mir Puig asegura que al estar prescrita una norma jurídica penal en donde se tipifique un delito, no puede hablarse de que habrá un castigo para el individuo que haya cometido un hecho que puede parecer delictuoso y de esta forma, “el principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal con el aforismo *“nullum crimen, nulla poena sine lege”*”.³⁰

Eugenio Raúl Zaffaroni expone que “conforme al principio de legalidad penal, “se construye el tipo normativo de la ley penal constitucional para eliminar las restantes leyes penales ilícitas, refiriéndose a la Constitución de Estados Unidos y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano-1789-, (formulación latina de Feuerbach, padre de la teoría psicológica: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale*”).³¹

²⁹ Mir Puig, Santiago, *opcit*, p. 109.

³⁰ *Ibidem*, p. 110.

³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, parte General*, onceava edición, editorial Porrúa, México, 2001, p.5.

Principio que tiene aplicación, ya que no se puede castigar por simple analogía o mayoría de razón, de ser así, se contravendrían las garantías individuales y se violentarían derechos fundamentales.

Santiago Mir Puig asienta que el principio de legalidad “derivó del contrato social, que suponía una organización política basada en la división de poderes, en que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo, con lo que el ciudadano admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad”.³²

Dice el autor citado que “el principio de legalidad no es sólo, exigencia de seguridad jurídica que requiera la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo”.³³

Si no se respeta dicha garantía, se legitimarían acciones fuera de la ley que violentarían los derechos fundamentales de los gobernados y podríamos decir que nos encontramos ante un Derecho penal arbitrario y deshumanizado.

Arbitrario, por que no respetaría los derechos fundamentales de los individuos y deshumanizado, cuando en aras de mantener controlado a sus gobernados, trastoca esas garantías consagradas en las Constituciones, aumentando considerablemente las penas tanto de prisión como pecuniarias, las que irían contra la dignidad de las personas.

Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene que la garantía de legalidad se completa solamente con el principio de reserva, y lo dice de la siguiente forma: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privarlo de lo que ella no prohíbe*”.³⁴

Por lo tanto, la legalidad y el principio de reserva constituyen dos manifestaciones de la misma garantía de legalidad, que responde al requerimiento de racionalidad en el ejercicio del poder, emergente del principio republicano de gobierno.

³² Mir Puig, Santiago, *opcit.*, p. 111.

³³ *Ibidem.*, pp. 111-112.

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit.* nota 31, p.106.

Luigi Ferrajoli en cuanto a la verificabilidad jurídica y denotación legal, principio de estricta legalidad y semántica del lenguaje legislativo señala: “si aplicamos esta teoría del significado al lenguaje penal, una tesis judicial es verificable y refutable si y sólo si los términos empleados en ella están provistos de extensión determinada; ya que la extensión está determinada por la intención, si y sólo si sus intenciones están definidas de manera clara y precisa”.³⁵

Estas condiciones semánticas dice “son distintas según la tesis de que se hablé sea jurídica o fáctica: en el primer caso, la tesis emplea términos de calificación jurídica cuyas connotaciones han sido establecidas convencionalmente por leyes penales; en el segundo, utiliza palabras del lenguaje común cuyas connotaciones son inmediatamente las del léxico”.

La verificabilidad jurídica está condicionada por la semántica del lenguaje legal y la verificabilidad fáctica está condicionada por la semántica del lenguaje común no técnico del que también hacen uso los discursos judiciales”.³⁶

De lo expuesto por Ferrajoli, es pertinente replantearse el modelo garantista, atendiendo a la estricta legalidad, lo que se hará en líneas posteriores y de acuerdo como lo maneja, los conceptos legales deben ser claros y precisos, con esto se atiende a la legalidad, principio fundamental.

El presupuesto necesario de verificabilidad y refutabilidad jurídica, es que las definiciones legales establecen las connotaciones de las figuras abstractas del delito, y de los conceptos penales, sean precisas para permitir, en el ámbito de la aplicación de la ley, la denotación jurídica (o calificación, clasificación o subsunción judicial) de hechos empíricos determinados.

Luigi Ferrajoli asienta que la técnica normativa, es la expresada por el principio de estricta legalidad o de taxatividad penal, tal y como se encuentra enunciado, si bien de forma un tanto sumaria, en el primer artículo del código penal italiano: “*Nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley*”.³⁷

³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal*, Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos –serie derecho-, Madrid, 2001, p. 120

³⁶ *Ibidem*, pp. 120 -121

³⁷ Luigi Ferrajoli, *opcit*, p. 121.

a) Garantías de legalidad. Dentro del principio de legalidad, Santiago Mir Puig indica que el sujeto que ha delinquido no puede ser obligado a realizar algo no mandatado por la ley aplicable al caso, y proporciona cuatro aspectos de garantías:

1) *Garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional o judicial, y garantía de ejecución.* La *garantía criminal* exige que el delito: *crimen* se halle determinado por la ley: *nullum crimen sine lege*; la garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho: *nulla poena sine lege*.

La *garantía jurisdiccional* exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y un procedimiento legalmente establecido; la *garantía de ejecución* requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule y que estas garantías, deben exigirse respecto a las medidas de seguridad y sus presupuestos.

2) Los requisitos de garantía que debe cumplir la norma jurídica se pueden clasificar en torno a la *triple exigencia de lex praevia, lex scripta y lex stricta*.

1. Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena.

2. Con la exigencia de una *lex scripta*, queda excluida la costumbre como posible fuente de delitos y penas. Tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del poder Legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad. Quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del poder Ejecutivo como Decretos, Ordenes, Ministeriales, entre otros.

3. El tercer requisito, de *lex stricta*, impone cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo: *analogía in malam partem*. El postulado de precisión da lugar al llamado mandato de determinación,

que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear.

El mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, la teoría de la determinación de la pena obliga a cierto legalismo que limite el arbitrio judicial. Este mandato plantea problemas en relación con las medidas de seguridad, difícil delimitar con una precisión suficiente del presupuesto de la peligrosidad del sujeto, de la duración y características concretas de las propias medidas.

De ahí que convenga, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad: exclusión de las *medidas predelictuales* y señalar los límites máximos a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho.³⁸

Winfried Hassemer sostiene que la calidad de los bienes jurídicos que debe proteger y la peligrosidad de los instrumentos que puede utilizar para esa protección, “colocan al Derecho penal en una relación especial, no sólo de los derechos fundamentales de los intervinientes en el conflicto penal, sino también respecto del lenguaje, que ayuda a asegurar importantes principios del sistema jurídico”.³⁹

Interpretando a Hassemer podemos decir, que el legislador al crear las normas penales, debe tomar en cuenta tanto los usos y costumbres, así como la cultura general de los gobernados para promover y cuidar que el lenguaje utilizado en los textos penales, sea claro y sencillo que permita ser entendido y comprendido por todos y no se preste a imprecisiones o lagunas legales que haga difícil su comprensión por el común de la gente.

Para concluir con este principio, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que “un tipo penal no es un instrumento para que *el poder sorprenda* a los ciudadanos con su arbitrariedad”.⁴⁰

Entendido así, las agencias investigadoras y judiciales, para determinar la responsabilidad del individuo que intervino en hechos delictuosos, deben apegarse

³⁸ Mir Puig, Santiago, *opcit*, p. 112.

³⁹ Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Marzo de 1998, pp. 20-21.

⁴⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op.cit.*, nota 31, p. 106.

al principio de legalidad, evitando omisiones, ilegalidades y arbitrariedades que pondrían en un *status* de víctima al victimario, contraviniendo o rebasando con ello, la esfera de las garantías mínimas más indispensables que protegen a todo ser humano.

1.2.2. Principio de máxima taxatividad legal e interpretativa. Como se ha venido diciendo, el principio de legalidad es fundamental en toda cuestión criminal, virtud a que garantiza que no se vulneren los derechos fundamentales del imputado; este principio exige que debe existir precisión de la ley, pero además, que no se quiera encontrar siempre la verdad jurídica, pero si, la certeza jurídica, lo que dará seguridad y confianza a los ciudadanos.

Es así como Eugenio Raúl Zaffaroni señala que aunque la ley penal se expresa en palabras no siempre son precisas, “no debe despreciarse el principio de legalidad y es menester exigir al legislador agote los recursos técnicos para mayor precisión a su obra; no basta que la *criminalización* primaria se formalice en una ley, sino que debe hacerse en forma taxativa y con la precisión técnica posible conforme al principio de máxima taxatividad legal”.⁴¹

De lo anterior se deduce que dentro del Derecho penal existen dos posibilidades: declarar la *inconstitucionalidad de la ley*; o aplicar el *principio de máxima taxatividad interpretativa*, para estar a lo más benigno de la pena que se valla a imponer al delincuente.

Dice el mismo Zaffaroni, que se debe optar por la inconstitucionalidad, cuando “la aplicación de la máxima taxatividad interpretativa resulta demasiado artificiosa, cuando carece de apoyo legal y también cuando la ley contiene *una irracionalidad irreductible* que no responda a un notorio error material de impresión”.⁴²

Además, éste se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in mala parten*. Que si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas, y si aun

⁴¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op.cit*, p. 110.

⁴² *Ídem*.

la cuestión fuese dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Si por analogía es completar el texto legal, que considere prohibido lo que no prohíbe o permite, reprochable lo que no reprocha o punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad, este procedimiento de interpretación queda vedado del campo de la elaboración jurídica del derecho penal porque la norma tiene un límite, que es la máxima capacidad de la palabra.

Distingue entre “analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*. La primera la integra la ley extendiendo la punibilidad y la segunda la que restringe más allá de la otra ley. La primera está totalmente prescrita, en tanto la segunda es admisible, siempre que no sea arbitraria”.⁴³

1.2.3. Principio de respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido.

Sobre este principio, nos adherimos a lo expresado por Eugenio Raúl Zaffaroni en el sentido de que “la ley es *un texto*, todo texto tiene un contexto, tanto discursivo como social: *lo característico de un determinado hablar es la interacción entre los interlocutores y el complejo de circunstancias sociales bajo las cuales tiene lugar el cambio de palabras*”.

Debe tomarse en cuenta el contexto cultural del texto legal. La legalidad es un principio que sirve para garantizar la limitación del ámbito de programación criminalizante legislativa, no puede revertirse su sentido convirtiéndolo en argumento de extensión inusitada y nunca prevista en el contexto originario del texto, cuyo efecto es conceder un espacio selectivo de *criminalización* que alcanza los límites máximos de una arbitrariedad”.⁴⁴

De lo anotado por Zaffaroni respecto al principio histórico al ámbito legal de lo prohibido, también Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, en cuanto al conocimiento de la norma por los destinatarios, cita a Diez Picazzo, afirmando que “la modelación de la realidad se produce más por obra del hábito -o si se quiere de

⁴³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op.cit.*, pp. 111-112.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 112.

las creencias, las convicciones y los prejuicios- que de la real virtualidad de las normas jurídicas”.⁴⁵

Sostiene además, que del grado de conocimiento de la norma “depende su eficacia pero no su carácter imperativo de la capacidad del Poder para dar a conocer las normas que dicta, su competencia y diligencia para ofrecer posibilidades de conocimiento del Derecho a los ciudadanos, así como su habilidad para confeccionar las normas”.⁴⁶

Como bien lo asienta Winfried Hassemer, a diferencia de otras ramas del derecho, “el Derecho penal tiene el deber de expresarse de una manera determinada. Un hecho sólo puede ser penado si la punibilidad estaba determinada legalmente antes que el hecho fuera cometido”.⁴⁷

1.2.4. Irretroactividad de la ley penal como principio derivado de la legalidad y del estado de derecho. El principio de irretroactividad de la ley penal tiene carácter constitucional y le encontramos en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su primer párrafo establece que “a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

El mismo ordenamiento, en su segundo párrafo estipula que “Nadie podrá ser privado de su libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

El tercer párrafo, trata sobre los procedimientos penales, estableciendo que “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Eugenio Raúl Zaffaroni refiriéndose al principio de retroactividad de las leyes penales, manifiesta que éste debe aplicarse a hechos que tengan lugar sólo después de su vigencia y lo señala así:

⁴⁵ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, p. 102.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 104.

⁴⁷ Hassemer, Winfried, *opcit*, nota 39, p. 21.

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco imponer pena más grave que la aplicable en ese momento de comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará con ello”.⁴⁸

1.2.5. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sí como bien jurídico son todos esos derechos tutelados como un valor: el derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, a la posesión y a la propiedad entre otros, derechos y garantías que consagra toda constitución, de cualquier país, es lógico pensar, que todo derecho penal, tiende a garantizar y proteger dichos bienes en aras de evitar un mal mayor al que se causa.

En tal sentido Emilio Octavio de Toledo y Ubieto al referirse al concepto del bien jurídico dice que se debe analizar bajo “el prisma de *límite* al ejercicio del *ius puniendi* estatal en la configuración de los tipos penales”.⁴⁹

Que es sabido que todo Derecho penal en un Estado social y democrático, ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad en su conjunto. En este sentido dice Santiago Mir Puig que los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho, “se denominan *bienes jurídicos*; por lo que el Derecho penal sólo puede proteger bienes jurídicos”.⁵⁰

Sostiene Mir Puig que “los bienes jurídicos son condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema social, en atención al individuo, deben traducirse en posibilidades de participación en los procesos de interacción y comunicación social, participación no sólo como posibilidad de *incidencia activa* en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el *respeto de la esfera de libertad particular* por parte de los demás”.⁵¹

1.2.5.1. Bien común y bien jurídico penal. El bien, es todo aquello que a nuestro entender está regido por la conciencia, es lo que hacemos

⁴⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, pp. 113-114.

⁴⁹ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, p. 339.

⁵⁰ Mir Puig, Santiago, *opcit*, p. 124.

⁵¹ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, p. 341.

siguiendo patrones culturales y morales, educacionales, o bien, siguiendo las normas establecidas que nos llevan a tener una forma de vida apegada a los convencionalismos sociales, así como a las normas jurídicas, lo que permitirá mantener una convivencia armoniosa y solidaria.

Al hablar del bien común, decimos que no hay ni ha habido individuos aislados; todos vivimos congregados en sociedades o grupos, pero siempre dentro de una organización, en la cual se interactúa, lo que conlleva a que dependamos unos de otros en mayor o menor medida, con la finalidad de satisfacer nuestras necesidades.

Luis Villoro señala que el “cumplir esas necesidades es un valor común para todos los miembros de la asociación. El bien común de una asociación, de un grupo o de una clase, puede tomarse en dos sentidos: como bien del todo o como bien de todos. Cada institución, cada comunidad, cada clase persigue sus propios fines y a menudo los opone a las de otras colectividades”.⁵²

De acuerdo a lo planteado por Villoro, cualquier miembro de la sociedad, es capaz de distinguir de entre los bienes que satisfacen sus intereses particulares y los que redundarían en beneficio de todos y agrega que el “bien común es una síntesis teleológica del orden jurídico estatal y por tanto, de la actividad gubernativa, condensándose en varias posturas éticas en relación con diferentes realidades sociales”.⁵³

El bien común, es el reconocimiento o permisión de las prerrogativas esenciales del sujeto indispensable para el desenvolvimiento de su personalidad, que va a la par con la prohibición o limitación de la actividad individual respecto de actos que perjudiquen a la sociedad, imponiendo al gobernado determinadas obligaciones cuyo cumplimiento redunde en beneficio social, de lo contrario, deviene la sanción o castigo.

Ignacio Burgoa Orihuela señala: “el bien común se traduce, frente al individuo en la permisión que el orden jurídico de un Estado debe establecer en el

⁵² Villoro, Luis, *El poder y el valor, fundamentos de una política ética*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 230.

⁵³ Diccionario Constitucional y Garantías Individuales, Ignacio Burgoa Orihuela, editorial Porrúa, México 1989, p. 69.

sentido de tolerar al gobernado el desempeño de su potestad libertaria a través de manifestaciones especiales que se consideran como medios indispensables para la obtención de la felicidad personal: libertad de trabajo, de expresión, de pensamiento, de reunión y asociación, de comercio, etcétera”.⁵⁴

El bien común debe autorizar la intervención del poder público en las relaciones sociales para preservar los intereses de la comunidad o de los grupos desvalidos, procurando una igualdad real, al menos en las esferas económicas, previniendo el florecimiento de inconformidades sociales que lleven a la aparición de conductas delictivas para satisfacer esas necesidades apremiantes.

Luis Villoro cuando habla del bien común, lo hace diciendo que “una sociedad política engloba otras asociaciones parciales. Su bien debe ser el bien de todas”.⁵⁵

Con lo manifestado por Villoro, podemos asegurar, que el bien de toda asociación política es el de la nación, lo que repercute en todas las clases y grupos sociales que la conforman, estando obligado el gobierno a satisfacer las más elementales necesidades de sus gobernados.

Aduce Luis Villoro que el bien de una nación “no es compatible con todos, mientras haya otro pueblo para el cual sea un mal. Sólo en el caso de que no se perjudique a la comunidad mundial, el patriotismo, es decir, la búsqueda del bien común de la nación es un valor objetivo”.⁵⁶

Günther Jakobs refiere, lo que constituye “una lesión del bien jurídico-penal no es la causación de una muerte, sino la oposición a la norma en el homicidio evitable, al autor se le hace responsable, a causa de su conocimiento (dolo) o cognocibilidad (imprudencia), elegir realizar el comportamiento que acarrea consecuencias y la norma obliga a elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente”.⁵⁷

⁵⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 37 edición, editorial Porrúa, México, 2004, p. 38.

⁵⁵ Villoro, Luis, *opcit*, nota 52, p. 236.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ Jakobs, Günther, *Derecho penal parte general*, editorial Marcial Pons, ediciones jurídicas, Madrid, 1997, p. 46.

Afirma Jakobs que “un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección. El bien jurídico ha de entenderse como sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares, o como abreviatura de la idea de fin”.⁵⁸

Así que de acuerdo con Günther Jakobs, el bien *jurídico-penal* es la *vinculatoriedad* práctica de la norma. El cual no puede ser atacado por un comportamiento como suceso externo, sino sólo por un comportamiento en tanto que suceso significativo.

El mismo Jakobs señala que “cuanto más crece la confianza en que los presupuestos de la vida y la configuración de la vida de los ciudadanos se ajustarán por vías naturales mediante autorregulación del mercado o de otra forma, tanto más asume el Estado la administración de tales presupuestos y extiende, en su regulación final, la protección penal a estos presupuestos, que alcanzan el rango de bienes jurídicos: medio ambiente, salud pública, etc.”⁵⁹

Gustavo Malo Camacho dice que el derecho contiene una serie de valoraciones, que representan los “bienes jurídicos existentes como entes de la realidad social, al ser recogidos por el derecho, devienen bienes jurídicamente protegidos que suponen una valoración que, evidentemente, no es la misma que la que implica en sí, la prohibición de la norma, independientemente de la estrecha y convergente relación que entre ambas existe”.⁶⁰

El mismo Malo Camacho sostiene, “la persona que viola la norma, más que infringir el texto de la ley penal, lo que hace es adecuar su conducta a lo previsto por la misma”.⁶¹ Estamos de acuerdo, toda vez que al ser la norma general, abstracta e impersonal, adquiere vida al momento que la conducta realizada por el individuo, se adecua al texto de la misma, a la tipificación del tipo penal, por el cual merece ser castigado.

Günther Jakobs al hablar del bien jurídico, dice que “la bondad de dicho bien debe ser interés vital antes de su reconocimiento jurídico, no es el

⁵⁸ Jakobs, Günther, *opcit*, nota 57, p. 50.

⁵⁹ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 50.

⁶⁰ Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, editorial Porrúa, México, 1998, p. 44.

⁶¹ *Ibidem*, p. 46.

ordenamiento jurídico el que crea el interés sino la vida; la protección jurídica eleva el interés vital a la condición de bien”.⁶²

Santiago Mir Puig señala que el Derecho penal no debe siempre proteger bienes jurídicos, dicho bien “puede y debe ser protegido por otras ramas del derecho: el derecho civil, el laboral, y el derecho de familia, etcétera”.⁶³

Tomando en cuenta, que el Derecho penal contempla respetar y proteger bienes jurídicos, es importante darle el valor que merece el Derecho, que tiende a la protección de estos bienes y como lo expresa Jesús-María Silva Sánchez, “la exigencia de que el Derecho penal intervenga exclusivamente para proteger, bienes jurídicos-penales, constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno”.⁶⁴

El mismo Silva Sánchez asienta que para que se de la protección del bien jurídico, debe intervenir la proporcionalidad: la intervención del Derecho penal no resulta proporcionada si no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas.

De ahí que, el principio de *fragmentariedad* (*protección fragmentaria de los bienes jurídicos*), también pueda concebirse como una derivación del principio de proporcionalidad. Por otro lado, principios utilitaristas, como el de necesidad y utilidad de la intervención penal (intervención mínima).⁶⁵

Dentro del concepto de bien jurídico, puede crearse alguna confusión en cuanto si debe guiarse por la moral, o si el derecho penal es moral.

Santiago Mir Puig clarifica esta duda diciendo que “el postulado de exclusiva protección de bienes jurídicos, implica que no pueden ser amparados por el Derecho penal intereses meramente morales. Lo que no impide que los bienes jurídicos-penales, puedan ser los más importantes, también bienes

⁶² Jakobs, Günther, *opcit*, p. 51.

⁶³ Mir Puig, Santiago, *opcit*, p. 125.

⁶⁴ Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 267.

⁶⁵ *Ídem*.

morales, pero exige que tengan algo más que los hagan merecedores de protección jurídico-penal-”.⁶⁶

El mismo Mir Puig cita a Franz Von Liszt al decir que el concepto del bien jurídico “encuentra su origen en un interés de la vida, previo al derecho, que surge de relaciones sociales; que no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho, el que decide entre los intereses sociales cuales deben convertirse en intereses jurídicos”.⁶⁷

Sigue manifestando el citado autor, que el Estado de Derecho y el principio de legalidad material, aconseja que los objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal, “se decreten en forma diferenciada en un catalogo de bienes jurídicos específicos correspondientes a los tipos de delito, sin cláusulas generales, perturbación del orden social, perjuicio social y este principio posee la formula: *Estado social y democrático de Derecho*”.⁶⁸

1.2.6. Principio de estado de necesidad. Entendemos a este principio, como el de la legítima defensa el cual se encuentra contemplado dentro del Código Penal para el Estado de Michoacán, que en su artículo 12 establece como causas excluyentes de incriminación:

I. Violar la ley penal por fuerza física irresistible o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente;

II. Se actué con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos: a) Que el bien sea disponible; b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo y) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de voluntad; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

III. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio legítimo de un derecho, siempre que exista necesidad racional del

⁶⁶ Mir Puig, Santiago, *opcit*, p. 125.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, p. 126.

medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que éste último no se realice con el sólo propósito de perjudicar otro;

IV. Obrar en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, para superar un estado de peligro actual o inminente, que no se pueda evitar, derivado de una agresión injusta, siempre que la defensa sea proporcionada.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa respecto de aquél que rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes, así como entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá a quien cause cualquier daño a un intruso que sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la obligación de defender, o en el local, bodegas o áreas comerciales de empresas públicas o privadas, o similares donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño revele la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro grave, real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcionada al peligro y éste no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. Obrar en cumplimiento de un deber legal;

VII. Obrar por obediencia legítima o jerárquica;

VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal por impedimento legítimo insuperable;

IX. Obrar por error de hecho, esencial e invencible, que no derive de culpa;

X. Obrar bajo coacción o peligro de un mal grave, inminente o actual, no ocasionado por el agente y sea o no provocado por acción de un tercero cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa;

XI. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar; y,

XII. Causar un daño accidentalmente sin intención de culpa.

De lo estipulado en dicho numeral, queda claro en que supuestos opera la legítima defensa o bien, cuando se materializan las causales excluyentes de

incriminación, por lo que Jesús-María Silva Sánchez en cuanto al estado de necesidad en sentido estricto como la legítima defensa argumenta lo siguiente:

“La legítima defensa permite reaccionar frente a una persona que arremete antijurídicamente; en el estado de necesidad, se permite lesionar intereses de una persona que no realiza ninguna agresión ilegítima –salvo si ataca bienes colectivos, no susceptibles de legítima defensa”.⁶⁹

Eugenio Raúl Zaffaroni asienta que si se valora la *subsidiaridad* como criterio limitador del derecho a la legítima defensa y se prescinde de estos datos de realidad, la “subsidiaridad cobra un sentido más racional si con ello se afirma que el derecho de legítima defensa cesa cuando el agente tiene la posibilidad concreta, cierta y efectiva, de acudir al servicio estatal y que éste le proteja de modo no inferior al que él mismo podría obtener con su defensa”.⁷⁰

Santiago Mir Puig refiere que en caso de defensa de bienes, “se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En el caso de defensa de la morada o sus dependencias se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas”.⁷¹

Dice el mismo autor que para que concurra una agresión que pueda ser calificada de ilegítima, “es preciso al menos que se halle constituida por un comportamiento humano. Que concurra una voluntariedad no excluida por fuerza irresistible, inconciencia o actos reflejos”.⁷²

Eugenio Raúl Zaffaroni sobre el estado de necesidad, expresa que el fundamento de la legítima defensa no puede ser otro que “el derecho del ciudadano a ejercer la coerción directa cuando el Estado no puede proporcionarla en el caso concreto con eficacia. Todo derecho tiene límites, no sólo impuestos por la necesidad sino también los que devienen de la racionalidad”.⁷³

Günther Jakobs anota que “el defensor sólo está justificado cuando elige, de entre los medios apropiados para la defensa, el que comparta la pérdida

⁶⁹ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 64, pp.439-441.

⁷⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, p. 582.

⁷¹ Mir Puig, Santiago, *opcit*, pp. 424-425

⁷² *Ibidem*, p. 425.

⁷³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, p. 583.

mínima para el agresor. La defensa permitida no se corresponde fijamente con una agresión determinada, sino que depende de la fortaleza de autor y víctima, de las perspectivas del resultado y los medios defensivos disponibles, la defensa necesaria puede ser distinta o igual”.⁷⁴

El mismo Jakobs señala: “si un ataque puede aun repelerse al principio utilizando un medio más leve, pero después solo con otro drástico, no existe ninguna obligación de comenzar antes para tratar mejor al agresor”.

Da el siguiente ejemplo: “quien omite cerrar con llave la puerta ante el agresor, no pierde la autorización para defenderse después. Cuando la espera de todos modos solo reporta mínimas ventajas al atacado y el ataque posterior conduce a la muerte o graves lesiones del atacante, puede tener que juzgarse la renuncia a la defensa temprana”.⁷⁵

Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene también que “el agredido tampoco está obligado a escoger, de entre los varios medios disponibles, el más leve cuando este medio le supone, frente a otros, un esfuerzo o costo mayor”.⁷⁶

Lo que es comprensible, ya que si se encuentra en peligro y existe la posibilidad de repeler la agresión, no es exigible que el agredido se ponga a analizar los medios de que pueda echar mano para su defensa y si el uso de esos medios, son o no desproporcionados, menos aun, cuando corra peligro su vida o la de sus seres más allegados.

1.2.6.1. Estado de necesidad y colisión de deberes. El estado de necesidad es pues, un principio que tiende a la protección de bienes jurídicos, tanto del agredido como de su familia, tratándose de colisión de deberes.

Santiago Mir Puig asienta que “concorre colisión de deberes cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro; se produce un conflicto de intereses amplio, porque los deberes protegen intereses personales o colectivos; lo peculiar es que el sujeto debe actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás

⁷⁴ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 472.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 473.

⁷⁶ *Idem*.

casos de estado de necesidad, en los cuales se faculta (pero no se obliga) al agente a efectuar la lesión de un bien jurídico”.⁷⁷

Proporciona el ejemplo siguiente: “concorre colisión de deberes cuando el médico sólo dispone de un pulmón artificial y se encuentra ante dos enfermos a los cuales tiene el deber de auxiliar. En cambio, cuando alguien causa unos daños en la propiedad ajena como único modo de salvar su vida, actúa en un estado de necesidad que le permite hacerlo pero que no le obliga a ello”.⁷⁸

1.2.7. Principio de humanidad. Este principio es considerado fundamental en el estudio del Derecho penal, ya que tiende a respetar la vida y la integridad física del ser humano, exigencia de toda sociedad y que el individuo espera que el Estado le proteja tal principio, debido a la obligación que tiene de velar por los intereses de sus gobernados

Jesús-María Silva Sánchez expresa que la finalidad de la garantía individual del Derecho penal es el principio de humanidad salvaguarda de la dignidad humana. Y como dice Winfried Hassemer y Muñoz Conde: “*el principio de humanidad correctamente entendido debería ser el principio rector de toda política criminal*”.⁷⁹

El mismo Silva Sánchez en cuanto a la dignidad humana, asienta: cabe “derivar de un principio de respeto a la dignidad humana la exclusión de toda intervención punitiva que pretenda incidir sobre el fuero interno de los individuos, en lugar de pretender de ellos la mera adecuación de la conducta externa”.⁸⁰

Santiago Mir Puig señala que este principio nació de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas, punto central del programa de la Ilustración concretado por Beccaria en el S. XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y las reformas penales, el cual pasó de “un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales, a otro cuya espina dorsal han sido las penas privativas de libertad”.⁸¹

⁷⁷ Mir Puig, Santiago, *opcit*, p. 441.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 442

⁷⁹ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, p. 261.

⁸⁰ *Ídem*.

⁸¹ Mir, Puig Santiago, *opcit*, p. 127.

La afirmación hecha por Mir Puig trae la interrogante de, sí la civilización no ha llegado a la nación norteamericana, ya que en varios de sus estados se sigue aplicando la pena capital, aun y cuando en la actualidad apreciamos una progresiva sustitución de penas privativas de libertad por otras menos lesivas como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad, incluso en la renuncia a toda pena.

Siendo innegable que la pena debe ser acorde al hecho delictivo cometido y no debe atentar contra la *dignidad humana*, sin embargo, en algunos países como Estados Unidos de Norteamérica, que pregonan el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, aplica la pena de muerte, que puede ser conmutada por cadena perpetua. Pena que pone en duda los avances respecto a éstas en los denominados Estados Democráticos.

Se vuelve obligado citar al Márquez de Beccaria, pieza fundamental del desarrollo del Derecho penal, toda vez que sus críticas tienen vigencia en la actualidad y sobre la pena de muerte señaló: “esta inútil prodigalidad de suplicios que no ha mejorado jamás a los hombres, me ha inducido a examinar si la pena de muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado”.⁸²

En el afán de humanizar las penas, este autor escribió que “el fin de las penas *no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido*. Las penas y el método de afligirlas, deben elegirse de tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y la menos atormentadora sobre el cuerpo del reo”.⁸³

Eugenio Raúl Zaffaroni indica que el principio de racionalidad republicana se vincula con el de humanidad o proscripción de la crueldad. En función del principio de humanidad, “es cruel toda pena que resulte brutal: (muerte, castración, esterilización, marcación cutánea, amputación, intervenciones neurológicas).

⁸² Beccaria, César, *De los delitos y de las penas, XVI de la pena de muerte*, tercera edición, editorial Temis, Bogotá Colombia, 2003, p. 41.

⁸³ *ibidem*, p. 38.

Cruelles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona, marca jurídica que lo convierte en persona de inferior dignidad (*capitis diminutio*).⁸⁴

Santiago Mir Puig afirma: “Tiene gran importancia la humanización que reclama la doctrina y se exige por los textos legales para el cumplimiento de las privativas de libertad, aunque también importante, la resocialización; en cuanto sean inevitables, las cárceles tienen que garantizar condiciones de humanidad mínimas, como lo exigen las condiciones mínimas de la Organización de las Naciones Unidas”.

Agrega “Que toda evolución perdería sentido en una concepción política en la que el Estado se concibiese como un fin en si mismo y no al servicio de los individuos. Así, se explica que las tendencias humanitarias cediesen durante el paréntesis en el que, en el siglo XX, imperaron los Estados totalitarios, cuyos Derechos penales acrecentaron inexorablemente su rigor”.

Y termina diciendo, “la dignidad del individuo, es el límite material que debe respetar un Estado democrático, que fija topes a la dureza de las penas y agudiza la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, se opone el respeto de la dignidad de todo hombre –también del delincuente–, que debe asegurarse en un Estado para todos”.⁸⁵

1.2.8. Principio de culpabilidad. Por culpa se entiende un cargo de conciencia o una atribución por algo que hicimos mal, realizando alguna conducta amoral o en el caso que nos ocupa delictiva, ésta última puede hacerse acreedora a la reprochabilidad social.

Es así como Eduardo López Betancourt manifiesta que “si por culpabilidad entendemos que es el elemento básico del delito y el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo, estamos hablando de un sujeto que ha

⁸⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, p. 125.

⁸⁵ Mir Puig, Santiago, *opcit*, p. 128.

delincuente, que debe buscarse si esa culpabilidad cae dentro de la categoría del dolo o la culpa”.⁸⁶

Hablar de la culpa llevaría a un capítulo aparte, pero no se abordará en este trabajo y nos referiremos a la culpabilidad solamente como un principio que debe guardar el Derecho penal y que en su sentido más amplio, se contrapone al principio de inocencia.

Santiago Mir Puig señala que bajo la expresión principio de culpabilidad, pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi* que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, pueda culparse a quien la sufra del hecho que la motiva.

Resulta necesario anotar y como lo dice Mir Puig, que “no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: *principio de personalidad de las penas*; no pueden castigarse *formas de ser, personalidades*, sino sólo conductas, hechos: *principio de responsabilidad por el hecho*, exigencia de un Derecho penal de hecho, que haya sido doloso o debido a imprudencia: dolo o culpa”.⁸⁷

De acuerdo con la explicación que proporciona dicho autor, el término culpabilidad en sentido amplio, expresa el conjunto de presupuestos que permiten culpar a alguien por el evento que motiva la pena: tales presupuestos, afectan a todos los requisitos del concepto de delito. En sentido estricto se refiere sólo a una parte de tales presupuestos del delito, a saber, a los que condicionan la posibilidad de atribuir un hecho antijurídico a su autor.

Es también Santiago Mir Puig quien señala que todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad “se fundan en buena parte en la dignidad humana, como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo. El que tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el Derecho, para no ser castigado”.⁸⁸

Y detecta cuatro características que permiten limitar el poder del Estado y la arbitrariedad de las autoridades al castigar al delincuente, las cuales son:

⁸⁶ López Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, décima edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 214.

⁸⁷ Mir Puig, Santiago, *opcit.* pp. 128-129.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 129.

a) Principio de personalidad, impide castigar por un hecho ajeno. Nadie admite la responsabilidad colectiva que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia o pueblo por el hecho de uno de ellos. En la actualidad se plantea si deben responder penalmente las personas jurídicas y las empresas o, alternativamente, los gestores de las mismas por los hechos formalmente realizados por aquéllas.

b) Principio de responsabilidad por el hecho, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlazándolo con el principio de legalidad, y tipicidad de los delitos, mandato de determinación de la ley penal que reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Se negó por el Derecho penal de autor y la teoría de los tipos de autor que propusieron los penalistas nacionalsocialistas: en lugar de castigar el homicidio, el hurto, las falsedades, etc., el Derecho penal debía castigar al homicida, al ladrón, al falsificador.

c) Principio de culpabilidad. En el Derecho primitivo (especialmente en el germánico) no regía este principio, sino el contrario de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, según el cual bastaba la causa de una lesión para que fuese posible la responsabilidad penal, aunque el autor no hubiese querido dicha lesión ni la misma se debiera a imprudencia.

Hoy se admite generalmente que la pena del delito doloso (querido) debe ser mayor que la del delito imprudente (culposo) y que si no concurre imprudencia, porque el sujeto actuó con el cuidado que le era exigible, no cabe imponer pena alguna.

d) Principio de imputación personal, impide, castigar con una pena al autor del hecho antijurídico que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida. Lo que sucede en el caso de los inimputables, sea por ser menores de edad penal, por causa de enfermedad mental, defecto de inteligencia o percepción, o trastorno mental transitorio.

Este principio se apoya en la necesidad de que el hecho punible pertenezca a su autor no sólo material y subjetivamente, sino también como producto de una racionalidad normal que permita verlo como obra de un ser suficientemente responsable.⁸⁹

⁸⁹ Mir Puig, Santiago, *opcit*, pp. 130-131.

Santiago Mir Puig considera preferible el mecanismo de la pena que las medidas de seguridad, las que “sólo son admisibles subsidiariamente respecto de la pena, ya que desde su aparición y hasta el siglo XX, las medidas de seguridad han demostrado inconvenientes desde el prisma de un Estado democrático de Derecho. No tratan al ciudadano por su actuación de sujeto racional y responsable, sino como ser peligroso”.⁹⁰

Respecto a la culpabilidad, Edmund Mezger expone que “por el sentido de la pena, ésta alcance solamente a aquél cuya conducta personal demuestra como justificada la imposición del mal penal”.⁹¹

Eugenio Raúl Zaffaroni argumenta que la culpabilidad “es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste”.⁹²

En síntesis la culpabilidad resulta de un juicio de reproche social en contra del sujeto que ha delinquido, que ha trastocado el orden social y jurídico, pero que el hecho cometido debe imputársele solamente al agresor y no debe traspasar su esfera individual y que de ser inimputable por minoría de edad o por ausencia de capacidad, se debe hacer uso de las medidas de seguridad.

1.2.9. Principio de proporcionalidad. Referente a este principio conocido como el principio *de proporcionalidad de la pena en proporción al hecho cometido*, Santiago Mir Puig asegura que “no es preciso que pueda culparse al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido”.⁹³

De lo anterior, podemos decir que la proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para graduar las penas, por lo que ha de erigirse en principio general de todo Derecho penal y que el Estado debe estar

⁹⁰ Mir Puig, Santiago, *opcit* p 132.

⁹¹ Mezger, Edmundo, *opcit*, nota 21, p. 132.

⁹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, p. 125.

⁹³ Mir Puig, Santiago, *opcit*, p. 132.

pendiente de la aplicación tanto de las penas, como del lugar en que se va a compurgar la misma, bajo garantías humanitarias.

Dice Eugenio Raúl Zaffaroni que la *criminalización* alcanza “un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto es de ínfima lesividad o cuando no siéndolo, *la afectación de derechos* es desproporcionada con la magnitud de la lesividad, las agencias jurídicas deben constatar, que *el costo de derechos* de la suspensión del conflicto guarde un *mínimo de proporcionalidad* con el grado de la lesión que haya provocado: *principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión*”.

El mismo Zaffaroni sostiene que con este principio “se debe garantizar que los encargados de las agencias responsables de la *criminalización*, no se dejen llevar por sus emociones y descarguen toda su furia contra el autor del hecho delictivo apartándose de todo principio tanto legal como humano, y que lo que traten es de castigar para amedrentar a futuros delincuentes”.⁹⁴

De lo manifestado por Zaffaroni, el Derecho penal debe ser aplicado de acuerdo al hecho cometido, es decir, de manera proporcional, tal como lo establece el tipo penal, dejando de lado las líneas gubernamentales que vayan más allá de la imposición de la pena por la conducta desplegada y que el Estado a través de sus agencias investigadoras, descarguen su furia estatal en contra del individuo en aras de ponerle como ejemplo preventivo.

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto dice y muy acertadamente, “que el principio de proporcionalidad entre la gravedad de las penas y la de los hechos punibles pueden derivarse exclusivamente de la idea de la prevención general y que la propia prevención general correctamente concebida y empleada, requiere la proporcionalidad entre la gravedad de la pena y del hecho”.

Con la intención de que este principio quede claro y entendible, cita a Montesquieu, quien afirmó que “es esencial que las penas guarden entre sí cierta armonía, se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave; lo que más ofenda a la sociedad, lo que menos la hiera”; o que de acuerdo con Beccaria, “No

⁹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, 123.

sólo es interés general que no se cometan delitos, sino que sean más raros en proporción del mal que acarrearán a la sociedad”.

Los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios al bien público y en proporción a los estímulos que los impulsen. Debe existir una proporción entre los delitos y las penas.

Así Gimbernat refiere que “la tarea de la pena es reforzar el carácter inhibitor de una prohibición, crear y mantener en los ciudadanos controles más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento. Que al comportamiento delictivo que ocasiona mayor daño social le corresponde una pena mayor y si el daño social originado es menor la pena debe ser más pequeña”.⁹⁵

Santiago Mir Puig distingue dos exigencias en el principio de proporcionalidad: *necesidad de que la pena sea proporcionada al delito y que la medida de proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho* (a su nocividad social). La necesidad de la proporción se funda no en la conveniencia de una prevención general intimidatoria, sino en afirmar la vigencia de las normas en la conciencia colectiva (prevención general positiva).⁹⁶

El mismo autor señala que esta exigencia no nació para las penas, sino para las medidas de seguridad y que al no encontrar éstas el límite del principio de culpabilidad, se hizo evidente la necesidad de acudir a la idea de proporcionalidad, con lo que se garantiza que el individuo delincuente, reciba su castigo de acuerdo a la conducta típica desplegada.

Lo expresado por Mir Puig, de tener aplicación se correría un gran riesgo, ya que tanto la prevención general como la especial no cumplen sus fines, toda vez que las medidas preventivas no son eficientes, no logran la readaptación social, ya que la percepción que se tiene, es que quién delinquirá por cualquier causa, por lo general se vuelve un delincuente en potencia.

Y en muchas de las veces, el Estado con tal de dar un mensaje de que se castiga a todo aquél que cometió un delito, de que no existe impunidad castigaría

⁹⁵ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, pp. 142-145.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 133.

al sujeto no por el delito que haya cometido, sino por los que pudiese cometer en el futuro y ponerlo, como ya se dijo líneas anteriores, como ejemplo para los demás sujetos delincuentes.

De todos los principios rectores del Derecho penal, podemos decir que para el sistema penal mexicano no ha pasado desapercibido la urgencia de que éstos sean observados por todos los ámbitos de gobierno y derivado de ello, con las reformas que en esta materia se han elaborado, se está atendiendo velar por las garantías no solamente del acusado, sino también de las víctimas.

Cierto es, que esto está sustentado en el modelo garantista que ha venido promoviendo el Italiano Luigi Ferrajoli, del que nos vamos a ocupar, asentando algunas de las notas que resultan de gran importancia, pero lo criticable, es que la figura del arraigo esté contemplada como una garantía constitucional, así como también la intervención telefónica.

1.3. Presunción de inocencia o modelo garantista de Luigi Ferrajoli. De acuerdo con el *modelo garantista*, del que se habló en el *principio de legalidad*, promovido por Luigi Ferrajoli, principios en que se funda el modelo garantista clásico y que son: *–estricta legalidad, materialidad y lesividad de los delitos, responsabilidad personal, juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia–* en gran parte son, el futuro de la tradición jurídica ilustrada y liberal.

Ferrajoli señala “que los filones que se entreveran en esta tradición, madurada en el siglo XVIII, son las doctrinas de los derechos naturales, las teorías contractualistas, la filosofía racionalista y empirista, las doctrinas políticas de separación de poderes y de la supremacía de la ley, el positivismo jurídico y las concepciones utilitaristas del derecho y de la pena”.⁹⁷

Modelo que no ha pasado desapercibido para nuestro Derecho mexicano, ya que el Congreso de la Unión, el 18 de junio de del 2008, llevó a cabo reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las que van en el sentido de brindar mayor protección a la víctima, así como el resarcimiento de sus derechos y la efectiva reparación de daños.

⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *opcit*, nota 35, p. 33.

Reformas que contemplan el principio de *in dubio pro reo*, con lo que creeríamos que se garantiza un juicio equitativo entre las partes y *la debida integración del proceso*, que en los juicios orales que se comienzan a implementar en los Tribunales en algunas entidades federativas, el imputado deberá gozar de todas sus garantías, pues es obligatorio que el Juez de Instrucción debe estar presente durante el proceso, cumpliéndose los principios de *publicidad, inmediatez, concentración, contradicción*.

Velándose también, porque las actuaciones del Ministerio Público y las investigaciones llevadas a cabo por las policías, sean apegadas a estos principios, de lo contrario, no tendrían ningún valor procesal.

Por lo que amparados en dichos principios, primero se investigará y de proceder la detención, se podrá ejecutar la misma, evitándose detenciones arbitrarias y fuera de todo procedimiento ilegal, por lo que la pretensión con la implementación del nuevo sistema de justicia penal, es erradicar el viejo método de: *“primero detener y después investigar”*.

Y como se dijo en párrafos precedentes, viene lo criticable, lo que no debe pasar desapercibido, ya que en estas reformas constitucionales se crea un grupo específico de delincuentes, que será tratado de manera especial, incluso con la *restricción de garantías*, como lo es en el rubro de la delincuencia organizada o narcotráfico.

Y que de acuerdo a lo que se ha dicho sobre el *Derecho penal del enemigo*, tendremos que una parte de delincuentes serán y son tratados como enemigos sociales, un peligro para el Estado, a los que se les estarían tanto violentando sus garantías, como restringiéndole las mismas, es decir, que para este grupo no existen garantías, salvo en favor de las autoridades, como el arraigo.

Justificándose lo anterior, en aras de la llamada seguridad nacional y con la finalidad de obtener información que permita esclarecer hechos delictuosos que tengan que ver con actividades de la delincuencia organizada.

Habría por tanto, vulneración consentida de los derechos fundamentales de las personas que formen o se les relacione con el crimen organizado, lo que

vendría a flexibilizar sus derechos y atentaría consecuentemente, contra la dignidad de las personas.

1.3.1. Convencionalismo penal y estricta legalidad. Dentro del *modelo garantista*, uno de los primeros elementos “es el convencionalismo penal, tal y como resulta del principio de estricta legalidad la determinación abstracta de lo que es punible.

Luigi Ferrajoli, señala que el convencionalismo penal, exige las siguientes condiciones: carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y carácter empírico o factico de las hipótesis de desviación legalmente definidas”. La condición formal es la indicada por la ley “como presupuesto necesario de la aplicación de una pena, según la clásica formula *nulla poena et nullum crimen sine lege*.

Por otra parte, conforme a la segunda condición, la definición legal de la desviación se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de *status* o de autor, sino sólo a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, según la otra máxima clásica *nulla poena sine crimine et sine culpa*”.⁹⁸

La primera condición equivale al principio de la *reserva de ley* en materia penal y del consiguiente sometimiento del juez a la ley: conforme a ella, *el juez no puede calificar como delitos todos (o sólo) los fenómenos que considera inmorales* o, en todo caso, merecedores de sanción, sino sólo (y todos) los que, con independencia de sus valoraciones, vienen formalmente designados por la ley como presupuestos de una pena.

La segunda condición comporta además, el carácter absoluto de *la reserva de ley penal*, por virtud del cual el sometimiento del juez lo es solamente a la ley: sólo si las definiciones legislativas de las hipótesis de desviación vienen dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas, estarán en condiciones de determinar su campo de aplicación de forma exclusiva y exhaustiva.

⁹⁸ Ferrajoli, Luigi, *opcit*, p. 34.

La reserva de ley: *principio de mera legalidad*, como quiera que se le formule, es una norma dirigida a los jueces, a quienes prescribe la aplicación de las leyes.⁹⁹

El principio de *estricta legalidad*, propone como técnica legislativa específica excluir por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino discretamente a personas, con carácter constitutivo antes que regulativo de lo que es punible: como las normas que en ordenamientos pasados perseguían a brujas, herejes, judíos, subversivos o enemigos del pueblo; como las que existen y que persiguen a vagos, vagabundos, proclives a delinquir, dedicados a tráficos ilícitos, a los socialmente peligrosos y semejantes.

Este principio no admite normas constitutivas, sólo normas regulativas de la desviación punible, no normas que crean o constituyen *ipso iuri* las situaciones de desviación sin prescribir nada, solo reglas de comportamiento que establecen una prohibición, una modalidad deóntica cuyo contenido no puede ser más que una acción respecto de la que sea éticamente posible tanto la omisión como la comisión, una exigible y otra no forzosa, por tanto, imputable a la culpa o responsabilidad de su autor.¹⁰⁰

De lo que ha venido diciendo Ferrajoli, nos damos cuenta que el sentido y alcance garantista del convencionalismo penal, reside precisamente en esta concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier configuración *ontológica o, en todo caso, extra-legal*.

Y punta: “*Auctoritas, nom veritas facit legem*”, máxima que expresa que este fundamento convencionalista del derecho penal moderno y el principio constitutivo del positivismo jurídico: *no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza*, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno de relevancia penal.

La ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo comportamientos determinados,

⁹⁹ Ferrajoli, Luigi, *opcit*, pp. 34-35.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 35.

exactamente identificados como tales, a la vez, adscribles a la culpabilidad de un sujeto.¹⁰¹

Muestra que son dos los logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y que en la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción.

El primero “la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido: por *ius* entiende Hobbes *la libertad que la ley me deja de hacer cualquier cosa que la ley no me prohíba y de dejar de hacer cualquier cosa que la ley no me ordene*”.

El segundo, “la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como tipos objetivos de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales; mientras que toda prefiguración normativa de tipos subjetivos de desviación no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminación apriorísticas”.¹⁰²

El mismo Ferrajoli al hablar de las garantías penales y procesales, formula once principios los cuales son: *pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa*. Todos, excluido el primero, designa una condición necesaria para la atribución de la pena dentro del modelo de derecho penal que la misma concurre a definir.

Dentro de este modelo dice “si definimos la responsabilidad penal como el conjunto de las condiciones normativamente exigidas para que una persona sea sometida a pena, cada uno de ellos designa además, una condición de la responsabilidad penal.

Las condiciones más problemáticas, cuya satisfacción nunca es perfecta, son las de la prueba y la defensa, en el doble sentido de la verificabilidad y

¹⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *opcit*, pp. 35-36.

¹⁰² *Ibidem*, p. 36.

refutabilidad en abstracto y de verificación y refutación en concreto de las hipótesis acusatorias predeterminadas por la ley.

Un derecho penal con verdad se entiende en sentido objetivo, que corresponde a una utopía que es tan importante perseguir como ilusorio y peligroso creer posible alcanzar. La adopción de estos modelos, comenzando por el garantista en máximo grado, supone, una opción ético-política a favor de los valores normativamente tutelados por ellos.¹⁰³

Además, cada una de las implicaciones deónticas –o *principios*– de que se compone todo modelo de derecho penal, enuncia una condición *sine qua non*, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena: no, téngase en cuenta, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido, o está prohibido, castigar.

La función específica de las garantías en el derecho penal, no es tanto permitir o legitimar, sino condicionar o vincular y, por tanto, *deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva*. Porque delito, ley, necesidad, ofensa, acción y culpabilidad designan requisitos o condiciones penales, mientras que juicio, acusación, prueba y defensa designan requisitos o condiciones procesales, los principios que exigen los primeros se llamarán garantías penales, y los exigidos por los segundos, garantías procesales.

Proporciona diez axiomas del *garantismo penal* diciendo: llamo garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca satisfactible.

Su axiomatización resulta de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas:

- 1 *Nulla poena sine crimine.*
- 2 *Nullum crimen sine lege.*
- 3 *Nulla lex (poenalis) sine necesítate.*

¹⁰³ Ferrajoli, Luigi, *opcit*, pp. 91-93.

4 *Nulla necessitas sine iniuria.*

5 *Nulla iniuria sine actione.*

6 *Nulla actio sine culpa.*

7 *Nulla culpa sine indicio.*

8 *Nullum iudicium sine accusatione.*

9 *Nulla accusatio sine probatione.*

10 *Nulla probatio sine defensione.*

Llamo a estos principios, además de las garantías penales y procesales por ellos expresadas: 1) principio de retributividad o de sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) Principio acusatorio o de separación entre juez y acusación; 9). Principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios ordenados y concatenados sistemáticamente, definen el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal.¹⁰⁴

Rodolfo Moreno Cruz en su trabajo *Democracia y Derechos Fundamentales en la Obra de Luigi Ferrajoli*, acertadamente toma este tema y a este Jurista Italiano por su gran aportación al tema del garantismo penal, que ha revolucionado el sistema de justicia penal.

Escribe Rodolfo Moreno Cruz, que la prolífera obra de Ferrajoli tiene un hilo conductor bastante claro: *la limitación del poder*. Para ello busca elaborar una teoría específica que aborde el tema desde el ámbito jurídico pero con una puerta a la integridad multidisciplinaria. Su obra, en constante colaboración, ha decidido denominarla teoría general del garantismo.

Esta teoría general, para el autor, abre la posibilidad de resolver principales y complicados problemas de la legitimación, legalidad, existencia, vigencia, validez

¹⁰⁴ Ferrajoli, Luigi, *opcit*, pp. 92-93.

y efectividad del derecho. Para lograr su objetivo crea sus propias herramientas metodológicas y se fundamenta en principios filosóficos consistentes.¹⁰⁵

Lo anterior, obliga a adentrarnos al estudio del concepto del *Derecho penal del enemigo*, conocido también como Derecho penal de nuevo cuño y así, poder comprender la peligrosidad que encierra éste término, cuando los Estados comienzan a identificar riesgos sociales, es decir, hombres o grupos organizados que comenten delitos en busca de controlar o mantener poder económico o político.

1.4. Derecho penal del enemigo. Una vez hablado del concepto del Derecho penal y de las garantías que limitan el abuso estatal, buscaremos lo que significa el *Derecho penal del enemigo*, concepto que además de ser considerado relativamente joven, introducido en 1985, por el alemán Günther Jakobs, que fue objeto de una serie de críticas, pero además, sirvió de pretexto para la proliferación de obras escritas por penalistas internacionales.

Por lo que surgen las interrogantes siguientes: ¿Existe un Derecho penal para ciudadanos y un Derecho penal para enemigos? ¿El Estado mexicano, ha identificado o catalogado a un grupo de ciudadanos como enemigos sociales?

Para encontrar algunas de las respuestas, nos vamos a permitir asentar de manera muy breve, las opiniones que al respecto formulan Tatiana Hörnle, Luis Gracia Martín y Jesús-María Silva Sánchez, ya que en el cuarto capítulo se vuelve a hablar del *Derecho penal del Enemigo*, considerado éste como un riesgo social de tener aplicación penalmente.

Tatiana Hörnle, habla sobre las dimensiones descriptivas y normativas del Derecho penal del enemigo, -como lo dijo Günther Jakobs, que se trataba de un derecho penal del ciudadano y otro derecho penal para enemigos, lo que podría decirse a *extraños a la comunidad*, derecho penal de la sangre, que será tratado en el segundo capítulo-, manifiesta que “el Derecho penal del enemigo combate peligros, el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma.

¹⁰⁵ Moreno Cruz, Rodolfo, Universidad Benito Juárez de Oaxaca, *Democracia y Derechos Fundamentales en la Obra de Luigi Ferrajoli*, el edificio ferroliano.

Debido a su peligrosidad, los enemigos son combatidos ya en el estadio previo a las lesiones, mientras que en el trato con los ciudadanos, se puede aguardar a que el hecho en cuanto suceso externo, tenga efectos perturbadores”.¹⁰⁶

Luis Gracia Martín al referirse al *Derecho penal del enemigo*, expone “que la doctrina del Derecho penal dirige su mirada a ciertas regulaciones del Derecho positivo que parecen diferenciarse del Derecho penal general, en virtud de determinadas características peculiares, las cuales motivarían o podrían motivar su agrupamiento e individualización como un particular *corpus punitivo* que podría identificarse con la denominación Derecho penal del enemigo”.¹⁰⁷

De lo anterior y de acuerdo a los conceptos del Derecho penal que sanciona conductas que contravienen las disposiciones punitivas, ahora tendríamos un Derecho penal que sanciona a ciudadanos y un Derecho penal para los enemigos de la comunidad o de los gobiernos.

Lo que se contrapone con la idea que se tiene de un Estado de Derecho Democrático, el que debe satisfacer las necesidades mínimas de todos sus ciudadanos, garantizándoles esa seguridad cognitiva a que está obligado y sus gobernados tienen derecho.

Jesús-María Silva Sánchez sostiene que la política criminal actual y se mueve en dos velocidades:

Una caracterizada por el mantenimiento de un núcleo duro de Derecho penal democrático, que responde al binomio *garantías-pena privativa de la libertad* y otra que remueve las primeras, pero *sustituye la segunda por medidas de carácter pecuniario* y, en consecuencia, *flexibiliza las garantías*; para entender, finalmente, que el Derecho penal del enemigo será una tercera velocidad, en la que se mantiene la pena privativa de la libertad y se flexibilizan o anulan las garantías”.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez, Coordinadores, *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, St, Grafico, Buenos Aires, 2006, pp. 51-52

¹⁰⁷ Gracia Martín, Luís, Catedrático de Derecho penal, Universidad de Zaragoza, *Consideraciones Críticas sobre el Actualmente denominado derecho penal del enemigo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, fecha de publicación 11 de enero de 2005, p. 1

¹⁰⁸ Cancio Meliá, Gómez-Jara Díez, *opcit.*, nota 106, p. 5

De acuerdo al párrafo anterior, cuando el autor citado habla que la política criminal, se mueve en dos velocidades, se refiere sin duda, a la sanción privativa de la libertad, único tipo de sanción exclusivo del Tribunal de Justicia; y cabría decir: “que el Derecho penal más alejado del núcleo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizaran los criterios de *imputación y garantías político-criminales*”.¹⁰⁹

Jesús-María Silva Sánchez señala que el conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (*convertido en un indeseable soft law*) y un Derecho penal mínimo y rígido –seguramente imposible- debe hallar así una solución en el punto medio de la configuración dualista”.

“No parece que la sociedad actual esté dispuesta a admitir un Derecho penal orientado al paradigma del Derecho penal mínimo. Lo que no significa que la situación abogue a un modelo de Derecho penal máximo y que la función racionalizadora del Estado sobre la demanda social de punición puede dar lugar a un producto que resulte, por un lado, funcional y, por otro lado, suficientemente garantista.”¹¹⁰

Sostiene Silva Sánchez: en la medida en que la sanción sea privativa de libertad, una pura consideración de proporcionalidad requerirá que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; procedería a mantener un claro sistema de imputación individual. Y en la medida en que la sanción no sea privativa de libertad, sino privativa de derechos o pecuniaria, no habría que exigir estricta afectación personal.

La ausencia de penas corporales permitiría flexibilizar el modelo de imputación. Con todo, para dotar de sentido a este nivel si sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial penal, de modo que retuviera (en la

¹⁰⁹ Sánchez, Silva, Jesús-María, *Expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas ediciones, Paracuellos de Jarma, Madrid, 1999, p. 124

¹¹⁰ *Ibidem*, pp.124-125

medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólica-comunicativa propios del Derecho penal.¹¹¹

De lo aportado por los autores citados, al *Derecho penal del enemigo* se puede definir como el conjunto de normas jurídicas que sancionan conductas delictivas cometidas por individuos considerados por el Estado como enemigos sociales, como entes peligrosos, como es la delincuencia organizada y los grupos terroristas, considerados enemigos sociales, para los que no existen garantías como para el común de los delincuentes.

Las garantías individuales se flexibilizan para los peligrosos, por las mismas estructuras gubernamentales como para la sociedad en general; una prueba de ello, lo vimos con los ex funcionarios michoacanos, detenidos fuera de todo procedimiento legal, haciendo el gobierno federal uso de recursos económicos, políticos, mediáticos y policiales, para su detención, traslado y satanización, llevados a un penal de alta seguridad sin dárseles la garantía de *in dubio pro reo*, ser tratados de manera inhumana y denigrante y sin las garantías que menciona Luigi Ferrajoli: *garantías penales y garantías procesales*.

En cuanto al Derecho penal del ciudadano, podemos decir que existen más garantías, aunque no sean respetadas, las que se vetan dentro del denominado *Derecho penal del enemigo*, en el cual existe una flexibilización de las mismas, lo que permite tener testigos protegidos, denuncias anónimas, pruebas sembradas, poniéndose en duda la eficiencia de las autoridades para investigar y detener verdaderos delincuentes.

Con lo que se pone en tela de juicio, la eficacia de las policías para investigar y perseguir delincuentes, así como la figura legal de los testigos protegidos, la veracidad de sus testimonios o solamente se enmarca una cuestión meramente política, una agresión apoyada en una legislación que atenta contra las garantías individuales, tema que en el tercer capítulo abordaremos y trataremos de encontrar las respuestas.

Es importante que en la aplicación del Derecho penal, sigan prevaleciendo los principios rectores de los que se habló y los que serán tratados nuevamente en

¹¹¹ Sánchez, Silva, Jesús-María, *opcit*, pp. 126-127.

el capítulo tercero de una forma más amplia, lo que permitirá que se contengan los abusos estatales contra sus gobernados, sobre todo, con los más desprotegidos.

La pretensión es demostrar que la mala aplicación del Derecho penal por los responsables de ello, no confirmen la hipótesis de que este ordenamiento, sirva solamente como un instrumento de control por parte del Estado, y sobre todo, se encamine a castigar a los sectores sociales más vulnerables.

CAPÍTULO SEGUNDO

HISTORIA DEL DERECHO PENAL

2.1. Antecedentes del derecho penal. Es un imperativo ético y moral pensar que todos somos hijos de Dios como dicen los documentos religiosos y bajo esta premisa, debemos vernos y querernos como hermanos; pero la historia se ha encargado de hacernos llegar datos contrarios: han existido y siguen existiendo luchas entre pueblos y naciones.

Thomas Hobbes dice que “cualquiera cualidad que hace a un hombre amado o temido de otros, o la reputación de tal cualidad, es poder, porque constituye un medio de tener la existencia y servicio de varios. El éxito es el poder, porque la reputación de sabiduría o de buena fortuna, hace que los hombres teman o confíen en él.”¹¹²

Asienta, que la codicia de riquezas y anotación de honores, son honorables, como signo de poder y que “hasta que se constituyeron los grandes Estados, no se consideraba deshonor ser pirata o salteador de caminos, se estimaba como negocio lícito, no sólo entre griegos, sino en todas las naciones.”¹¹³

Tiene actualidad lo escrito por este autor cuando la pugna de riquezas, placeres, honores u otras formas de poder, inclina a la lucha, a la enemistad y a la guerra y señala, que un “competidor utiliza para la consecución de sus deseos de matar y sojuzgar, suplantar o repeler a otros”.¹¹⁴

Además, “la condición del hombre es una condición de guerra de todos contra todos, en la cual cada uno está gobernado por su propia razón, no existiendo nada, de lo que puede hacer uso, que no le sirva de instrumento para proteger su vida contra sus enemigos”.¹¹⁵

Siguiendo las aportaciones de Thomas Hobbes, no queda más que entrar al estudio del Derecho penal de manera histórica pero breve.

¹¹² Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, Décimo quinta reimpresión, México, 2008, p. 70.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 74-75.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 80.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 107.

a) Venganza privada o venganza de la sangre. En esta etapa, el sistema penal de privación de la paz y la venganza de sangre, de acuerdo con Jiménez de Asúa se da “cuando las diversas tribus conviven unidas por vínculos de sangre, sobre el mismo territorio, se cambia la forma de *la reacción social*, apareciendo dos géneros de pena igualmente primitivos:

1) Castigo de un miembro de la tribu, que en el interior de la misma ha cometido una infracción contra ésta o alguno de sus miembros; 2) Castigo del individuo no perteneciente a la tribu, que ha perturbado la actividad o la voluntad de aquella o de uno o varios de sus miembros”.¹¹⁶

Francisco Pavón Vasconcelos indica que “la expulsión del delincuente se consideró el castigo más grave, colocar al infractor en situación de absoluto abandono y convertirlo en propicia víctima, por su desamparo, de agresiones provenientes de miembros de su propio grupo o de elementos extraños a éste.

En un principio, se practicó para evitar la venganza del grupo a que pertenecía el ofendido, evitando así la guerra entre las tribus, y se extendió para sancionar hechos violentos y de sangre cometidos por un miembro del conglomerado contra otro perteneciente al mismo”.

El mismo Pavón Vasconcelos cita a Pessina cuando dice: “quien rompe la paz, pierde la guerra, el que lesiona, hiere o mata a otro, no tiene derecho a la protección común, pierde la paz y contra él tienen los ofendidos derecho a la guerra, derecho que a su vez lleva a constituir un deber ineludible como venganza de familia”.¹¹⁷

Jiménez de Asúa, comenta que la expulsión de la comunidad de la paz, así como la venganza de sangre, “no son una reacción del individuo, sino reacción de la asociación de tribus, como mandataria del orden de la paz y del derecho. Las acciones contra las que se dirige la reacción, aparecen siempre, inmediata o mediatamente, como atentado a los intereses comunes de la tribu, como una perturbación de la paz, como violación del derecho”.¹¹⁸

¹¹⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit.*, nota 2, p. 242

¹¹⁷ Pavón Vasconcelos, Francisco, *opcit.*, nota 15, p. 53.

¹¹⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit.*, p. 41.

b) El Talión. A este sistema se le considera moderado; se autorizaba que el ofendido cobrara venganza en la misma magnitud que había resultado agraviado, pero sin excederse.

Fernando Castellanos menciona a Sebastián Soler, quien dijo que “los vengadores se excedían al ejercitar su reacción, con males mayores que los recibidos y hubo la necesidad de limitar la venganza, apareciendo la fórmula del *talión ojo por ojo diente por diente*, el grupo sólo reconocía al ofendido, *el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido*”.¹¹⁹

Carlos Arellano García habla de una equivalencia de las penas respecto de los delitos con la implantación de la ley del talión: “si un hombre destruye un ojo a otro hombre, se le destruirá el ojo, si un hombre rompe un hueso a otro hombre, se le romperá un hueso a él; si un hombre hace saltar un diente a otro hombre se le hará saltar un diente a él”.¹²⁰

Luis Jiménez de Asúa refiere que la pena “alcanza un impulso poderoso por obra del poder del Estado, fortalecido y elevado sobre las asociaciones familiares, desligando a la víctima a traspasar la pena al juez imparcial, que somete a prueba los hechos, libres de prejuicios. La gravedad de la pena inflingida por el Estado, comienza a graduarse por la gravedad de la lesión jurídica”.¹²¹

c) La composición. Las sanciones penales van sufriendo evoluciones y cambios para bien o con claro perjuicio para la sociedad, virtud a que los hombres cuando no están en guerra, buscan castigar a sus semejantes por las conductas realizadas que van en contra de su organización o de su orden jurídico.

Vale citar a Thomas Hobbes quien señala: “nunca existió un tiempo en que los hombres particulares se hallaran en una situación de guerra de uno contra otro, en todas las épocas, los reyes y personas revestidas con autoridad soberana, celosos de su independencia, se hallan en estado de continua enemistad, en la situación y postura de los gladiadores, con las armas y los ojos fijos en otro”.¹²²

¹¹⁹ Castellanos Tena, Fernando, *opcit*, pp. 32-33.

¹²⁰ García Arellano, Carlos, *El Juicio de Amparo*, editorial Porrúa, México, 1997, p. 15

¹²¹ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, p. 244

¹²² Hobbes, Thomas, *opcit.*, nota 112, p. 104.

Dice el mismo Hobbes que en “esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto”¹²³; de acuerdo con este autor, en esa lucha por honores, riqueza o poder, llevó a que se incrementaran los delitos y las penas fuesen inhumanas, degradantes, siendo necesario cambiar el sistema penal, surgiendo la *Ley del Talión*, que tampoco logra combatir los delitos y las venganzas se vuelven desproporcionadas, dando origen a las *composiciones*.

En este sentido, Fernando Castellanos asienta que después del *talión*, surgen las composiciones: en la cual “el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza”.¹²⁴

Luis Jiménez de Asúa afirma que en las composiciones “comienza la dulcificación de la reacción aniquiladora dirigida contra el criminal, originariamente careciendo de medida y finalidad, era impetuosa y violenta. La expulsión de la comunidad de la paz se conmuta por la pena de muerte, y las corporales mutiladoras, el destierro temporal o perpetuo de las penas pecuniarias de todas clases”.¹²⁵

El mismo Jiménez de Asúa sostiene que “la enardecida venganza entre las tribus se concilia “basada sobre la reparación en metálico a la tribu ofendida, negociada primero, se convierte después en obligatoria. Nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena: el sistema de composición (*de componere, arreglar, conciliar*)”.¹²⁶

d) La venganza divina. El hombre en el transcurso de su vida nunca ha dejado de castigarse asimismo y es así como ahora tenemos la etapa o periodo de la venganza divina, la cual tiene relación con el castigo impuesto en nombre de la divinidad y no por eso las penas dejan de ser crueles e inhumanas.

Fernando Castellanos refiere que “se considera al delito una de las causas *del descontento de los dioses*, por lo que jueces y tribunales juzgan en nombre de

¹²³ Hobbes, Thomas, *opcit.*, p. 104.

¹²⁴ Castellanos, Fernando, *opcit.*, p. 33.

¹²⁵ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit.*, p. 244

¹²⁶ *Ídem*.

¹²⁷ Castellanos, Fernando, *opcit.*, p. 34.

la divinidad ofendida y la justicia represiva es manejada por la clase sacerdotal”¹²⁷; Miguel Ángel Cortés Ibarra menciona: “el delito era considerado en sus consecuencias como ofensa a la divinidad; *la represión tendía a aplacar al dios irritado por el delito cometido*”.¹²⁸

Francisco Pavón Vasconcelos habla del *Pentateuco*, “conjunto de cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento, en los que se contienen las normas de Derecho del pueblo de Israel, de raigambre religiosa. El *jus puniendi* proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta. La pena, está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad, a aplacar su ira”.¹²⁹

Dice Pavón Vasconcelos que el derecho a castigar lo tienen los sacerdotes, quienes “imponen la pena en nombre de Dios; en las épocas primitivas la pena fue considerada, primero, como un castigo y después como una expiación. Siendo este último concepto es sustituido por el de retribución”.¹³⁰

e) La venganza pública. En la venganza pública no existen datos de la humanidad de las penas, aun cuando se dice que el Derecho penal evoluciona y las penas adquieren más humanismo una vez que los Estados se consolidan.

Fernando Castellanos cita a Ignacio Villalobos al decir que la venganza pública “hace la distinción entre delitos privados y delitos públicos, según el hecho lesione de manera directa intereses de los particulares o del orden público y los Tribunales juzgan, *en nombre de la colectividad*. Se imponen penas crueles e inhumanas. Alude a Cuello Calón al señalar “que en este periodo nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, se desenterraban los cadáveres y se les procesaba”.¹³¹

Luis Jiménez de Asúa hace la relación de las etapas citadas por Franz Von Liszt: a) Primera época. *Crimen*, atentado contra los dioses. *Pena*, medio de aplacar la cólera divina; b) Segunda época: *crimen*, agresión violenta de una tribu

¹²⁸ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, *Derecho penal*, parte general, 4ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, la Mesa, B.C., 1992, p.21

¹²⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *opcit*, p. 55

¹³⁰ *Ibidem*, p. 56

¹³¹ Castellanos, Fernando, *opcit*, p. 34.

contra otra. *Pena*, venganza de sangre de tribu a tribu; c) Tercera época: *crimen*, trasgresión del orden jurídico establecido por el Poder del Estado. *Pena*, es reacción del Estado contra la voluntad individual opuesta a la suya.¹³²

En esta última etapa, refiere Miguel Ángel Cortes Ibarra que “La represión penal fue inhumana y desigual. Los delitos leves eran sancionados con extrema dureza. El poder público protector de aristócratas, imponía inhumanos sistemas de ejecución para intimidar a las clases bajas y mantener al indeseable gobierno”.¹³³

Luis Jiménez de Asúa señala que el Estado que limita la venganza y regula las composiciones, establece un nuevo sistema represivo, penando los delitos con penas aflictivas, intimidantes y ejemplares, y cuando este desarrollo se completa, el Estado aparece en plena posesión del derecho de penar”.¹³⁴

Francisco Pavón Vasconcelos cita a Cuello Calón al decir que “la venganza pública, se caracteriza por la aspiración de mantener a toda costa, la tranquilidad pública. Aparecen leyes severas, se castiga con más dureza no sólo crímenes graves, sino hechos indiferentes, reinaba en la administración de justicia irritante desigualdad, a nobles y poderosos se les imponían penas suaves y eran objeto de protección penal más eficaz.

Para plebeyos y siervos, los castigos eran más duros, jueces y tribunales imponían penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, no estaban al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando”.¹³⁵

f) Época de las luces o período humanitario. Dentro de este, surgen obras sobresalientes. Francisco Pavón Vasconcelos cita la de Beccaria 1774, *Dei Delli e Delle Pene*, donde su autor combate las crueles e infamantes penas, reprueba la aplicación de suplicios y tormentos y pugna por la proscripción de la pena de muerte y la *The State of the prisóns in England*, del Ingles Howard, quien visitó las prisiones de casi todos los países.

¹³² Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, p. 245.

¹³³ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, *opcit*, nota130, p.21.

¹³⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, p. 246.

¹³⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco, *opcit*, pp. 58-59

Howard describió las terribles condiciones de vida de los reos, penurias físico-morales, insalubridad y propuso medidas de clasificación o separación correcta de reos, enseñanza de la religión, trabajo apropiado, condiciones higiénicas y régimen alimenticio adecuado.¹³⁶

Luis Jiménez de Asúa asienta que “la renuncia a la venganza y al sadismo, no se cumplen sin haber dejado tremendas cicatrices en el alma humana. En el siglo XIX, aparece el Derecho liberal, que aun no lo era a pesar de que Beccaria y Howard, pugnaban hacía media centuria, la libertad y la igualdad (garantía legalista) y la fraternidad (dulcificación de los castigos)”.¹³⁷

También, Pavón Vasconcelos expresa que la obra de Beccaria fue de gran influencia en materia penal, se tradujo en notables reformas en la legislación penal, entre ellas la abolición, de la pena capital y tortura; consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez y, en lo posible, hizo más expedita la justicia.¹³⁸

Ya en el capítulo primero citamos al Márquez de Beccaria, impulsor del humanismo de las penas, quien arremetió contra penas crueles e inhumanas. Se anota a propósito, algunos de los cuestionamientos que se hacía referente a los castigos impuestos.

¿Quién, al leer la historia, no tiembla de terror ante los bárbaros e inútiles tormentos que hombres que se llamaban sabios inventaron y ejecutaron con frialdad?

¿Quién puede no sentirse estremecido en su parte más sensible, al ver a millares de infelices a quienes la miseria querida o tolerada por las leyes, que siempre han favorecido a los menos y ultrajado a los más, condujo a un desesperado retorno al primitivo estado de naturaleza?

Ora acusados de delitos imposibles y creados por la tímida ignorancia, ora reos únicamente de mantenerse fieles a sus propios principios, por hombres dotados de los mismos sentimientos y, por consiguiente, de las mismas pasiones,

¹³⁶ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, *opcit*, nota 130, p.23

¹³⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, p. 247

¹³⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco, *opcit*, p. 61

*lacerados con estudiadas formalidades y lentas torturas, convertidos en gozoso espectáculo de una multitud fanática?*¹³⁹

g) Periodo científico. En este periodo aparecen la Antropología Criminal, la Sociología Criminal, la Endocrinología Criminal, entre otras relacionadas con el estudio del delincuente.

Miguel Ángel Cortés Ibarra dice que la pena considerada en su *noción finalista*: persigue la prevención general; reviste carácter de medio o conducto por el que el Estado procura la corrección o resocialización del delincuente. Previene la futura comisión de actos delictivos; destaca como principio básico, la adecuación de la pena a la personalidad del delincuente tomando en consideración las circunstancias de ejecución del hecho punible.¹⁴⁰

Francisco Pavón Vasconcelos cita a Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, padre del Derecho penal moderno en Alemania, quien siguiendo las teorías de Kant, crea el criterio de que la pena es una *coerción psicológica*, que da nacimiento a la teoría de la prevención general.

Aferrado al principio de la legalidad, proclama la existencia previa de la ley penal para calificar de delito un hecho e imponer una pena, se le atribuye el principio de *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Y sobre la función de la pena, anota las siguientes teorías:

a) Teorías que ven en la pena una retribución, sea de origen divino, moral o jurídico. Destaca la posición de Manuel Kant, para quien el deber de castigar el delito es un imperativo categórico constitutivo del fundamento de *ius puniendi*, careciendo la pena de fin concreto, en virtud de imponerse por el simple hecho del delito.

Federico Hegel, manifiesta que el ordenamiento jurídico dictado por el Estado, persigue un orden aparentemente alterado por el delito, la infracción a la ley penal es negación del derecho y viene a constituir la negación de éste, o sea la negación de la negación del Derecho.

¹³⁹ Beccaria, César, *opcit*, nota 82, pp. 38-39

¹⁴⁰ Cortés Ibarra, Miguel Ángel, *opcit*, pp. 23-24

b) Teorías según las cuales la pena tiene un carácter intimidatorio y por tanto, su fin es la prevención del delito, que puede ser especial, cuando su finalidad es evitar que el delincuente cometa delitos; general, cuando la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos (*-coerción psicológica-Feuerbach-*).

c) Teorías que encuentran la función de la pena en la defensa de la sociedad, sea ésta directa o indirecta.¹⁴¹

Edmund Mezger señala, “el derecho penal es posible como cualquier otra rama del derecho en la vida humana, por ser un fenómeno social, una regulación de la colectividad; virtud del origen psicológico en la condición humana, y tomando en cuenta el primitivo sentimiento de venganza: “los comienzos del derecho, se manifiesta, en estrecha relación con el sentimiento de venganza y sentimiento religioso y por tanto, se encuentra un rasgo sacro en todo el derecho penal”.¹⁴²

Como lo hemos sostenido, el Derecho penal busca mantener el control de la sociedad, lograr la armonía junto con otras normas de convivencia social, con la diferencia que éste sí priva de la libertad ambulatoria como de otros derechos, sean estos políticos o civiles.

Con lo expresado por Mezger, se entiende que el Derecho penal, surge a raíz de la agresión recibida, la cual crea un sentimiento de venganza y se piensa entonces en la retribución de un mal por otro mal, que da nacimiento a la pena. En este sentido, iniciamos con la historia del Derecho penal, tomando como referencia a Grecia y Roma.

2.1.1. Grecia. Los datos encontrados del Derecho penal en Grecia, arrojan que no existió unidad jurídica, por lo que es así como se habla de un Derecho de Creta, del Derecho de Esparta ó del Derecho de Atenas.

Guillermo Floris Margadant señala que “Grecia aporta al Derecho dos temas importantes: *su experimentación con el régimen constitucional de los diversos estados-ciudades (polis) y su discusión filosófica acerca de temas directa*

¹⁴¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *opcit*, pp. 62-64.

¹⁴² Mezger, Edmund, *opcit*, nota 21, p. 24.

o indirectamente jurídicos y que este derecho no era un Derecho unificado como el romano, cada polis tenía su propio derecho.¹⁴³

El delito era más obra de los dioses, que de los hombres. Al respecto, Luis Jiménez de Asúa alude a los antecedentes del Derecho penal griego, que divide en los siguientes periodos:

a) Venganza privada, no se detenía en el delincuente y el delito irradiaba a la familia; b) Periodo religioso, el Estado dicta las penas, obrando como delegado de Júpiter; el que comete un delito debe purificarse; religión y patria se identifican.

Cita el sacrificio de Tántalo, acusado de servir a los dioses los miembros de su propio hijo; haber revelado el secreto de los dioses, misterios del culto de que era sacerdote; según Píndaro, Tántalo al ser admitido a la mesa de los dioses, robó el néctar y la *ambrosía* a fin de dársela a los mortales.

El castigo a Luciano, por apoderarse de un perro que Júpiter le confió para guardar su templo de la Isla de Creta. Tántalo, en los infiernos, estaba condenado a sufrir una sed horrible en medio de una corriente de agua fresca y limpia que escapaba del alcance de sus labios resecaados, y un hambre devoradora, debajo de árboles cuyos exquisitos frutos arrebatara de sus manos, cuando intenta cogerlos, un celoso viento que los sitúa lejos de su radio de acción.

Surgen los institutos de la venganza representada por las *Irinias*, encargadas de ejecutar a los homicidas. La vieja comunidad jurídica era la familia, aparecen las *Irinias* de la madre muerta, y menos frecuente las *Irinias* del padre muerto. No Clitemnestra que mató a su marido, sino Orestes, que mató a su madre, es víctima de las *Irinias*.

El vínculo entre *irinias* y el derecho de familia se muestra por la relación entre esos demonios y la venganza del padre insultado o de la madre ofendida, en los poemas épicos de Homero. Se cita a Fénix, que incitado por su madre, yace con la concubina de su padre. Éste clama por venganza a las *irinias*, que castigan al criminal privándole de la capacidad de engendrar.

c) Tercera época –histórica-, la pena se asienta, no sobre un fundamento religioso, sino sobre la base moral y civil. Según Glotz, la pena en el transcurso de

¹⁴³ Margadant, Guillermo Floris, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, quinta edición, Universidad Nacional Autónoma de México-Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1996, p. 60.

varios siglos pasa de su índole colectiva, del genos, a la individual. En ofensas de carácter religioso y político, existieron sanciones de carácter colectivo. Traidores y tiranos eran muertos y con ellos su familia. En el siglo V, concluyó el castigo capital colectivo y surge el carácter individual de las penas.¹⁴⁴

Roberto Reynoso Dávila señala notables legislaciones como las de Esparta y Atenas, donde se agrupan, filósofos, poetas y oradores y menciona a:

a) Licurgo, siglo IX a. de J.C., los espartanos le atribuyeron -el que trajo la luz-, leyes que castigaban el celibato, sentir piedad por el esclavo, pero consideran impune el hurto de objetos alimenticios realizados por adolescentes.

b) Dracon (siglo VII a. de J.C.), dictó leyes que limitaban el derecho de venganza, distinguió delitos públicos y privados, los que ofendían a la comunidad y los que lesionaban intereses meramente individuales. Atenas lo consideró creador de su derecho penal y celeberrimo por la crueldad de sus leyes (época bárbara), aplicaba a todos los delitos la pena de muerte.

La ociosidad se castigaba con pena capital, pero se absolvía al que mataba a alguien por defender lo que le pertenecía.

c) Solón, nace en Atenas (639 a. J.C.), muerto en Chipre en 559 a. C., dictó cancelación de deudas; los ciudadanos caídos en servidumbre por deudas fueron puestos en libertad y la servidumbre por deudas quedó abolida para el futuro. El que mataba a un buey de labor incurría en pena de muerte. El culpable de violación debía morir o casarse con aquella a quien había ultrajado.

Para el adultero la pena de muerte, si no se llegaba a un arreglo de dinero con el marido ultrajado, éste podía vender a la pecadora. Pena de muerte a quien prostituyera a su hija. El padre, el hermano y aun el hijo podían quitar impunemente la vida al seductor.

El marido estaba autorizado para matar al adultero si lo sorprendía en el acto del delito. A la adúltera se le consideraba deshonorada para siempre y no podía acercarse a los templos. Al que hubiese abusado de un niño libre era castigado con pena de muerte.

¹⁴⁴ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, p. 274

d) Sócrates, parte de la tesis *eudemonista*, el hombre sabio es virtuoso, la virtud es el único camino para lograr la felicidad, meta a la que aspira el hombre.

e) Platón, desarrolla las enseñanzas de Sócrates. En el delincuente hay una ceguera moral que puede ser producida por diversas causas: la cólera y el miedo, los placeres y los deseos, la falta original de toda noción del bien.

En la justicia terrenal la pena es la medicina del alma, tiende a la coerción del delincuente. Así como la economía libera al hogar de la indigencia, la medicina libera al cuerpo de la enfermedad, la justicia penal libera al alma de la intemperancia. En el caso de la pena, aprende el delincuente, a través del dolor, a conocer la verdad y la justicia.

El fin de la República es realizar la felicidad consistente en la actividad virtuosa, que no se consigue con exhortaciones a obrar bien, ya que el pueblo obedece no por pudor, sino por miedo. Las multitudes, que viven en continua perturbación y penas gustan de alegrías sublimes de lo verdadero y de lo honesto, no pueden tampoco apreciar la virtud.

Se limitan a seguir el placer, a huir del dolor y no obedecen a la palabra, sino solamente a la fuerza. De aquí la necesidad de leyes para transgresores. La pena se presenta como un medio necesario para conseguir el fin moral que se propone la convivencia civil. Es, el dolor, porque el delincuente que huye del dolor, con el dolor debe ser castigado; cuando más se tome en cuenta esta norma, tanto más eficaz será la pena.¹⁴⁵

Luis Jiménez de Asúa dice que “las leyes penales atenienses, no se inspiraban en ideas religiosas, ya que en ellas se afirma y predomina el concepto del Estado. La pena tenía su fundamento en la venganza y la intimidación, los delitos se distinguían según lesionasen los derechos de todos o un derecho individual. Para los primeros, penas crueles y reinaba el arbitrio; para los segundos, había cierta benignidad.

Los jueces podían castigar hechos no previstos en la ley, atendiendo a la equidad. Se acabó con penas inhumanas en el viejo Oriente debido a que Solón, abolviendo las leyes draconianas, salvo las de homicidio, excesivamente severas

¹⁴⁵ Reynoso Dávila, Roberto, *Historia del Derecho penal y Nociones de Criminología*, primea edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992, pp. 26-30.

en el castigo: la pena de muerte. Los convictos de holgazanería, los que no habían hurtado más que frutas o legumbres, eran penados con el mismo rigor que los sacrílegos y los homicidas.

Cuando se preguntaba a Dracon, por qué había establecido la pena de muerte para todos los delitos, contestaba: *“he creído que las más pequeñas culpas merecen esa pena, y no he encontrado otras para las más grandes”*.

En Grecia se practicó el ostracismo: en caso que los habitantes de Atenas considerasen que alguno de sus gobernantes no había cumplido con su deber, decidían con sus votos si se le condenaba al destierro. Cada ciudadano escribía en una macera, si se le creía culpable, el nombre del funcionario, como si se tratara de una papeleta de votación”.¹⁴⁶

El mismo Jiménez de Asúa refiere que las leyes espartanas “castigaban al soldado cobarde en el combate; se azotaba a jóvenes afeminados, penas a los célibes y se ordenaba dar muerte a los niños que nacían deformes. En las leyes de Locris, las penas adquirieron el más expresivo simbolismo, a los reos de delitos sexuales, se les sacaban los ojos, por ser la puerta por donde la pasión penetró.

Las leyes de Carondas, consideraban delito las lesiones personales, los atentados contra la propiedad que ponía en riesgo a las personas, el frecuentar malas compañías. Cuatro siglos antes de Cristo, se crearon en Atenas delitos y se infligían penas no previstas en sus leyes. Los grandes tribunos, los célebres oradores y los estrategas nuevos estaban expuestos a sufrir la muerte por su audacia.

El caso más conocido, el de Sócrates, condenado a beber la cicuta y Anaxágoras, sufrió el destierro y multa de cinco talentos por afirmar que el sol era una piedra incandescente.

Los sofistas, atacados por Sócrates, lograron su condena. El año 399 a. de C., promovieron contra él una acusación criminal, reconstruida a base de datos fidedignos, decía: “a obrado contra las leyes, sin creer en los dioses del Estado e

¹⁴⁶ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, p. 276

introduciendo cosas nuevas y demoníacas; ha obrado también contra las leyes corrompiendo a la juventud”.¹⁴⁷

2.1.2. Roma. Sobre el Derecho penal en Roma, Luis Jiménez de Asúa expone que “el Derecho romano, es de formación milenaria, (753 a. de C., en que se funda Roma, hasta el 553 de la Era cristiana y culmina en los textos del Emperador Justiniano. Esos mil trescientos años han sido divididos en tres épocas:

La Monarquía, hasta el año 510 antes de Cristo; la República, abarca cinco siglos, hasta el año 31 antes de nuestra Era y, el Imperio, comprende el mismo número de centurias que la republicana y termina en el año 553 después de Jesús.¹⁴⁸ Y sitúa este ordenamiento jurídico en los siguientes estadios:

a) Época primitiva. El Derecho penal, es de carácter público como se considera al delito y la pena: el primero, violación de las leyes públicas; la segunda, reacción pública contra el delito. Destaca el carácter sagrado: la *expiatio* y *escecratio capitis*, la *consagratio bonorum* (expulsión del reo de la comunidad religiosa, y reconciliación del pecador arrepentido con la divinidad).

La venganza de sangre y la composición se aplicaron en ciertos delitos. El derecho al homicidio del marido sobre quien viola la fe conyugal y sobre el ladrón nocturno; en el excepcional caso de convenio de composición en las mutilaciones (*si membrum rupit, ni cu meo pacit, talio esto*); en las composiciones establecidas, como en el *os factum out collisum* y otras *iniuriae* (que reemplazó más tarde la *actio iniurarum estimatoria*), y sobre todo en los delitos privados.

Se agrupan los crímenes justiciables contra los bienes jurídicos de la comunidad y de los particulares: *preduellio* y *parricidium*. La *preduelio*, la guerra mala, perversa, contra la propia patria, que hoy se denomina traición, es el punto de partida para el desenvolvimiento de los delitos políticos; y el *parricidium*, la muerte del jefe de familia, del *pater*, origina los delitos comunes.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, pp. 276-277

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 280.

¹⁴⁹ *Ídem*.

b) Las quaestiones. Surgen en el año 605 de Roma (149 años a de C.), las provincias se quejan contra sus gobernantes, sobre restitución de lo expoliado a los súbditos. La *Lex Calpurnia de repetundis*, estableció la primera *quaestio perpetua*, para juzgar el crimen *repetundarum*; es decir, las exacciones ilegales cometidas por los Magistrados del gobierno de las provincias.

La *Lex Sempronia*, año 631 de Roma (123 años a. de J.C.), confirió a la Comisión permanente, no el sentenciar sobre la devolución de lo *expoliado*, sino también la facultad de imponer penas. El procedimiento de las *quaestiones* llegó a ser, con Cayo Graco, procedimiento penal.

La *Ley de Sila*, procedimiento de las *quaestiones*, utilizada como un arma de partido por la pasión política, se transforma en el instrumento de renovación del Derecho penal romano.

Aumenta en las *leges Corneliae* el número de las *quaestiones* existentes, confiere jurisdicción de nuevo a los Senadores, y extiende el procedimiento a delitos comunes.

Las *Leges Juliae*, de César y Augusto, terminan provisionalmente este ciclo, con la creación de un *ordo judiciorum publicorum* unitario.

Los delitos privados que el ofendido perseguía ante la jurisdicción civil, con demanda civil de imposición de multas, se instala en un nuevo grupo de delitos: *los crimina publica* (legítima, ordinaria), que descansa en leyes particulares, que establece el tipo delictivo y la pena legítima (más de las veces, interdicción), y se regula el procedimiento.

Pertenecen al grupo de los *crimina publica*, los deberes de los funcionarios públicos, exacciones ilegales (*crimen repetundarum*), venta de empleo (*ambitus* y *crimen sodalitorium*), robo en el desempeño del cargo y malversación de caudales (*crimen peculatus et de residuis*); alta traición (*crimen laesa majestatis*, que poco a poco reemplaza al antiguo *preduellio*);

Perturbación de la paz pública mediante actos de autoridad (*vis publica et privata* con preponderante carácter político), secuestro de personas (*plagium*), y falsedades (*falsum*); homicidio intencional (*crimen sicariorum et veneficorum*,

parricidium, como muerte de los parientes); lesiones corporales y allanamiento de morada (*iniuriae atroces*; *pulsare, verbare, domum vi introire*).

Por último, los delitos de sensualidad, sometidos al poder del Estado por la *Lex Julia de adulteriis* (años 736 de Roma; 18 años a. de J.C.): adulterio, violación, proxenetismo y matrimonio incestuoso (*adulterium, stuprum, lenocinium, incestus*).¹⁵⁰

Roberto Reynoso Dávila explica que la pena como la medicina puede producir “un sufrimiento e incluso resultar aparentemente nociva, pero cuando es como debe ser, dictada por la razón, a semejanza de la medicina, produce la curación. ¿Qué es lo que hace al médico? En las afecciones ligeras trata de no alterar radicalmente los hábitos cotidianos del enfermo; sólo regula los alimentos y las bebidas y prescribe ejercicios físicos”.

Si es necesario, impone otras restricciones. “Si tales reglas y limitaciones no resultan todavía suficientes, prohíbe todo alimento e impone al cuerpo la abstinencia. Si abortan todos los medios benignos, abre una ventana y emplea el cuchillo para cortar aquella parte que puede transmitir el morbo a las demás. *Ningún tratamiento le parece cruel para el fin de salvar al enfermo*”.

El Magistrado, emplea expresiones más dulces para persuadir al delincuente de que no cometa delitos, pasa después a un lenguaje más severo para ofrecer una advertencia extrema. Sólo al final recurre a los castigos con penas ligeras, sobreseyéndolas a veces, mediante el perdón; a los grandes criminales sanciones más graves, de modo que ninguno sea condenado al extremo suplicio cuando su muerte no constituya para él un bien.

Puede suceder en ocasiones que privar a alguno de la vida sea un acto de misericordia.

La única diferencia entre la medicina y la pena es que el médico procura un fin dulce a aquél que no ha podido salvar, mientras el ejecutor de la Ley rodea la pena de un aparato deshonesto, esto ocurre no porque encuentre ninguna satisfacción en el castigo, sino a fin de que los ejecutados sirvan a todos de

¹⁵⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, pp. 281-282.

ejemplo y la muerte de aquellos que no han querido ser útiles a nadie se convierta en una utilidad social.¹⁵¹

Lo escrito por Reynoso Dávila, no deja duda de que el denominado *Derecho penal del enemigo* no es algo nuevo, ya que existieron castigos crueles, pena de muerte y todo justificado en la utilidad del Derecho penal, para dar un ejemplo a futuros delincuentes, del tipo de penas impuestas.

Entonces el abuso desmedido que se ha hecho del Derecho penal y que en la actualidad ésta practica tiene vigencia, viene de antaño, ya que se siguen aplicando penas desproporcionadas, se violentan los derechos humanos, el sistema penitenciario es obsoleto, no presenta ninguna garantía de readaptación social y hasta se habla de la necesidad de imponer la pena de muerte.

2.2. Derecho penal comparado: greco romano y common law. De manera breve, se aborda el Derecho penal de algunos países entre los que se encuentra México, el que adoptó el ordenamiento jurídico greco-romano, así como también se hará un esbozo del sistema penal conocido como el *Common Law*.

2.2.1. Francia. Guillermo Floris Margadant, menciona que la revolución francesa tuvo tanta importancia en el desenvolvimiento del derecho, no solo en Francia, “sino en muchos países europeos y fuera del viejo continente, en materia constitucional”.¹⁵²

Luis Jiménez de Asúa menciona que el Derecho francés se forma en “la lucha del poder civil contra el religioso, el que acaba siendo vencido en toda la línea, así como las jurisdicciones municipales y feudales. La Jurisdicción real, los tribunales de *baillage* y las cámaras criminales de los Parlamentos, asumen la misión de imponer personas” y en nombre del poder del Rey, surge una justicia penal nueva, resultado del desenvolvimiento doctrinal, legislativo y práctico.

Su desarrollo legislativo comienza con el *Gran Coutumier* de Carlos VI (1453), las Ordenanzas criminales de Francisco I (1539), *la Ordonnance criminelle* o *Code criminal*, de Luis XIV (agosto de 1670), que precedieron a la gran

¹⁵¹ Reynoso Dávila, Roberto, *opcit*, nota 145, pp. 33-36

¹⁵² Margadant, Guillermo Floris, *opcit*, nota 143, p. 281.

Revolución. El duelo, la prisión, el peculado, el falso testimonio, la ocultación del embarazo.

De acuerdo a la jurisprudencia con influjo de la doctrina, de la legislación y del Derecho canónico, las infracciones que se penan son: a) Los crímenes de lesa-majestad divina, en cuyo primer término figuran: la blasfemia, el sacrilegio, la herejía, la apostasía, el ateísmo, el politeísmo, la tolerancia religiosa, etc.

Estos últimos delitos se castigan por *la Ordonnance* de 1757 con la muerte, las galeras y la confiscación; b) Los crímenes de *lesa-majestad* humana, que a fines del *ancien régime* se consideran tan atroces como los anteriores: en primera línea el regicidio, después la concusión y el peculado; y, c) Los crímenes contra las personas: homicidio, violencias, atentados al pudor, en cuya represión se muestra la influencia del derecho romano a través de la doctrina.¹⁵³

El mismo Jiménez de Asúa señala que las penas eran arbitrarias; fijadas libremente por el juez, si no podía inventar suplicios, las posibilidades de acumular y de gravar las penas, le daban esas facultades; desiguales, variaban según la condición del culpable, incluso en el modo de ejecutar la pena de muerte; rigurosas, y hasta crueles.

Las más frecuentes fueron las galeras y los golpes de látigo, seguida del extrañamiento. La confiscación general constituía para el tesoro público una fuente importante de ingresos. Los suplicios contra los delincuentes políticos y genocidas fueron atroces.

Al finalizar el siglo XVIII las ideas de la época de las Luces dulcificaron levemente la penalidad antes de estallar la Revolución; en los últimos tiempos del reinado de Luis XVI, hubo reformas: se demolieron las viejas prisiones de París y una ordenanza del 15 de diciembre de 1775 moderó las penas infligidas a los desertores; pero el cruel aparato represivo siguió en pie hasta que se destruyó revolucionariamente.¹⁵⁴

El Derecho penal en Francia, fue materia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, consagró en su artículo 8 la legalidad de los delitos de las penas y limitó el arbitrio absolutista en la

¹⁵³ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, p 302.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 303.

aplicación de sanciones y configuración o tipificación de figuras delictivas, que había tenido su expresión más brutal.

Julio Fernández Bulté al tratar sobre la influencia de la Revolución francesa, anota que el primer Código penal francés se promulgó el 6 de octubre de 1791, sancionaba la pena de muerte como simple privación de la vida, suprimiendo toda suerte de tortura que la hiciera dolorosa.

La pena capital fue declarada exclusiva para delitos especiales, los cometidos contra la Seguridad del Estado: rebelión, sedición, tentativas de complicidad; los atentados contra la persona del rey, o el regente o príncipe heredero; contra la constitución, cometidos en hechos tendientes a impedir la reunión, privar la libertad del poder legislativo y el atentado contra la libertad individual de cualquiera de sus miembros.

El mismo Fernández Bulté se refiere a la promulgación de la Ley de Sospechosos, del 17 de septiembre de 1793, en la que se imponía la pena de muerte a los que por su conducta o por su correspondencia, escritos o discursos se hubiesen mostrado partidarios de la tiranía y enemigos de la libertad, o los que no pudiesen demostrar haber cumplido los deberes de ciudadano.

A quienes hubiesen sido negadas certificaciones de virtud ciudadana, *ex nobles y los maridos, mujeres, padres, madres, hijos o hijas, hermanos o hermanas de los emigrados*, siempre que no hubiese invariablemente demostrado su adhesión a la Revolución.¹⁵⁵

Antoine Garapón Secretario Ejecutivo del Institut des Hautes Etudes sur de la Justice de Paris, aduce que siendo Francia, la cuna de los Derechos Humanos, no pudo escapar a hechos violentos como el terrorismo, país que actualmente no tiene que recurrir a la legislación de excepción, lo que se debe tal vez a que es la cuna del reconocimiento de los Derechos Humanos.

Lo que queda confirmado con la Guerra de Argelia, en la que previamente Francia había declarado estados de emergencia y practicado la detención

¹⁵⁵ Fernández Bulté, Julio, Profesor Emérito de la Universidad de la Habana, *Apuntes sobre la influencia de la Revolución Francesa en el Derecho penal*

administrativa. El *conseil d'Etat* ha aceptado la legalidad de estos centros de detención.¹⁵⁶

En 1986, Francia pasaba a ser el primer país en sufrir una nueva forma de terrorismo islamista, sus formas primigenias se encontraban *desterritorializadas* y se centraban en el Líbano, Irán y Argelia. La Guerra fría todavía no había concluido y la derecha política acababa de regresar al poder.

Anota el refrán francés: *de todas las desgracias se extrae algo bueno*, el Estado se vio obligado a afilar su espada contra el terrorismo antes que los demás países europeos. Francia se enfrentó antes que nadie a una forma de terrorismo, distinta del terrorismo político y territorial interno (corzo y vasco).

Al no enfrentarse a esta nueva amenaza, Estados Unidos de Norteamérica, no calibró su importancia. Antes del 11 de septiembre de 2001, los norteamericanos veían los atentados del GIA argelino como consecuencia del colonialismo francés y Francia debía enfrentarse sola. Les preocupaba más el problema de las drogas.

Por eso se habla de una ventaja francesa, donde los recursos son judiciales, no militares, al terrorismo se le trata dentro de los procedimientos judiciales. Jeremy Shapiro: Francia lo ve basado en una cuestión de hacer de la necesidad una razón.

Para el combate al terrorismo, hace uso de la interrelación entre agencias de inteligencia y el poder judicial, la que llegará a buen puerto si logra garantizar que la interrelación entre inteligencia y justicia, que precisa una comunicación correcta en ambos sentidos, aporte sólido conducto judicial al trabajo de la inteligencia y, en el sentido opuesto, asegure un análisis adecuado de la información recogida en los procesos penales.¹⁵⁷

2.2.2. Alemania. Este sistema, al igual que los otros y como se ha venido diciendo, ningún pueblo escapa al orden jurídico que regule la vida en sociedad,

¹⁵⁶ Garapón, Antoine Secretario Ejecutivo del *Institut des Hautes Etudes* sur de la Justice (Paris), ¿Tiene Francia una ventaja en la lucha antiterrorista?, p. 1-3.

¹⁵⁷ *Ídem.*

entre las que destaca el Derecho penal, que significa un control social, instrumento con que cuenta el Estado para castigar a los desviados sociales.

Hans Welzel expresa que el Derecho penal protege determinados bienes vitales de la comunidad: la integridad del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión (desvalor) del resultado; asegura su real acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas”.¹⁵⁸

Sostiene, que al castigarse la inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos: el respeto a la personalidad, a la vida, a la salud y al honor del prójimo; la honradez, propiedad ajena. Con la pena a la alta traición a la patria protege la integridad del Estado; con la pena para la falta de honradez, la propiedad, con la pena para el perjurio, la verdad de las declaraciones probatorias.¹⁵⁹

Dentro del Derecho penal alemán, encontramos las siguientes etapas.

a) Época germánica. Edmund Mezger señala que la historia del derecho es la historia de la casta. Existen tres grandes grupos de alemanes en el territorio germánico como son de la Baja Alemania (*sajones, anglios y longobardos*), de la Alemania Central (*francos y turingenses*) y de la Alta Alemania (*bávaros y alemanes*).

Dentro del lazo personal de la casta existe el poder punitivo del jefe de familia y la facultad de expulsar a los miembros indignos. Las ofensas de personas distintas a la casta traen consigo la *faida* (venganza de la sangre). Aplicándose después la reparación con la enmienda para el lesionado, *compositio*, mediante el precio de la paz, *fredus*, abonar a la autoridad.

Surge la pena pública (de muerte), en los casos más graves de violación de los intereses públicos: traición de guerra y contra el culto. Surgen los derechos populares redactados a partir del siglo VI, disponen multas, importantes de cultura.

¹⁵⁸ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición y 4ª edición castellana, editorial Jurídica de Chile, 1997, p.2.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 3.

Estos derechos populares son *la Lex, la Lex Ribuaría, la Lex Alemannorum, la Lex Baiuvariorum*.¹⁶⁰

También, Welzel sostiene que para los germanos, la mayoría de los malhechos (*Missetaten*) aparecían como lesiones al grupo familia (*Sippe*). Ellos autorizaban y obligaban al grupo familiar –cuando no se demandaba sanción reparatoria (*Busse*)- a la venganza de la sangre (*Blutrache*, fede), que terminaba con un convenio de expiación (*Sühnevertrag*).

Sólo en muy pocos malhechos se vio una ruptura de la paz de todo el pueblo (la traición a la guerra, en la desertión, en los perjurios, etc.); sobre el autor recaía la pérdida en la paz y podía ser muerto por cualquiera sin necesidad de sanción reparatoria.¹⁶¹

b) Época franca (450-900 d - C). En esta época se habla de un Estado Alemán unitario y firme con el reino de Carlomagno (768-814). El Derecho penal muestra una acentuación considerable de la concepción jurídico-pública, con la *Lex Salica*, se da el rescate de la sangre, para el hombre libre común, 220 *solidi*. Con los derechos populares, se da la legislación del rey (capitulares) y la influencia de la iglesia se impone cada vez más.¹⁶²

Hans Welzel al referirse a este periodo, manifiesta que “se conminó a los malhechos con pena pública (penas corporales, de muerte, y se les persiguió públicamente”. Sin embargo, el núcleo de las penas estaba constituido por el pago expiatorio el sistema de la composición del Derecho Vulgar), que el Estado franco favoreció para contener la *Faída* (*Fehde*).¹⁶³

c) Derecho penal de la Edad Media (900-1500). Esta etapa es de incertidumbre y divisiones. Edmund Mezger anota que el Estado se encuentra debilitado y se da un movimiento de retroceso en el Derecho penal; los caballeros ejercen el derecho de la *faída*, con lo que se cometen arbitrariedades.

¹⁶⁰ Mezger, Edmund, *opcit*, pp. 24-25

¹⁶¹ Welzel, Hans, *opcit*, nota 158, p. 10.

¹⁶² Mezger, Edmund, *opcit*, p. 25

¹⁶³ Welzel, Hans, *opcit*, pp. 10-11

En el siglo XI, los reyes alemanes se ven obligados a adoptar medidas extraordinarias contra el bandolerismo de los caballeros y la *faida*; al fin de este siglo, desde Francia se introduce la institución de la tregua de Dios, para restaurar la seguridad pública.¹⁶⁴

Hans Welzel al referirse a este periodo, señala que la Edad Media trajo un empeoramiento de las condiciones del Derecho penal en Alemania. Las luchas políticas, internas como externas del periodo imperial alemán llevaron a un relajamiento de la administración de justicia del Estado en materia penal.¹⁶⁵

Edmund Mezger señala que en el siglo XII, la reemplazan las paces territoriales con carácter de leyes y contratos, para el Reich o los territorios particulares. A partir del siglo XIII, aparecen bosquejos de derechos particulares, destacando el *Sachsenspiegel* (*espejo de Sajonia*), del caballero (espejo de los alemanes) 1274-1275 y el *Schwabenspiegel* (*espejo de Suabia*) de 1275-1276.

Entre los derechos territoriales los más importantes es el de Baviera, de Luis el Bávaro, y entre los derechos de las ciudades los de Magdeburgo y Lubeck.¹⁶⁶

Expresa Hans Welzel que en el siglo XII, se procuró reprimir el sistema de la *faida* y el *bandolerismo* de los señores feudales a través de la paz de Dios (*Landfrieden*). Con el florecimiento de las ciudades y de los poderes territoriales a partir del siglo XIII, pasó a primer plano la administración de justicia penal pública, a la crueldad creciente de la Edad Media correspondió una agravación brutal de las formas de punición.¹⁶⁷

Luis Jiménez de Asúa asienta que en caso de *ofensa pública*, la *Friedlosigkeit* implicaba que el culpable podía ser muerto por cualquiera y si la muerte advenía de la potestad pública, tenía carácter de venganza divina, análoga a la *capitis sacratio* del Antiguo Derecho romano.

En los delitos privados existió la *Faida*, un estado de *inimicitiae*, no sólo contra el ofensor, sino contra su parentela (*Sippe*). Constituye la venganza de

¹⁶⁴ Mezger, Edmund, *opcit*, p. 25

¹⁶⁵ Welzel, Hans, *opcit*, p. 11

¹⁶⁶ Mezger, Edmund, *opcit*, p. 25.

¹⁶⁷ Welzel, Hans, *opcit*, p. 11.

sangre (*Blutrache*) por intereses privados y se ejecutaba por la familia del ofendido. La *faida* no era solo un derecho sino un deber de la *Sippe*.¹⁶⁸

Después de la invasión bárbara, el Derecho penal germánico se caracteriza por el creciente poder del Estado: la autoridad pública se afirma y tiende a circunscribir la *Faida*. En los tiempos primitivos, conceder la paz era facultad del ofendido; pero luego empieza a ser obligatorio y las condiciones se fijan por el Juez Rey.

El poder político castiga a quien no respete la paz y a la suma que ha de pagarse, que antes era convenida por las partes, se da por costumbre para todas las ofensas. La venganza de sangre (*blutrache*) se reemplaza por la composición, que se da en dos clases: una fijada por parientes y amigos y, otra de carácter judicial, que acaban predominando.

Las diversas gradaciones: son el importe de la composición o rescate, que se determina para cada diente, cada dedo, cada frase injuriosa, cada tocamiento impúdico a mujer o muchacha. Brunner, Waitz y Schröder, estiman que la *composición* que se pagaba a las víctimas era distinta según el delito: *Wergeld* (*rescate de sangre*) o *Manngeld* (*precio del hombre*), en el homicidio o casos análogos, que era la suma más crecida (200 sueldos entre los francos).¹⁶⁹

Luis Jiménez de Asúa asienta que algunos delitos no fueron considerados como públicos; la traición, la desertión, la rebelión, con respecto a los otros, acontece en el Derecho germánico y en los demás pueblos: cesan de ser privados, para convertirse en públicos. Su concepción es objetiva; la responsabilidad existe sin culpabilidad; se mira tan solo el daño del acto, y la pena no varía, es idéntica en caso fortuito.

Posteriormente se empieza a distinguir, referente a la suma que se paga por composición, si el acto se ejecutó sin ánimo o por negligencia. Donde *no hay daño no puede haber pena*, es imposible hallar reglas generales sobre la tentativa —que desconoció el derecho romano— que excepcionalmente y con casos aislados,

¹⁶⁸ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, pp. 286-287.

¹⁶⁹ *Ídem*.

se castiga. Únicamente se penaban algunos actos que, según la intención del agente, iban dirigidos a una determinada lesión.¹⁷⁰

El mismo autor señala que el “papel de la Iglesia católica fue importante por dos grandes razones: porque hizo encarnar a través de los años la norma jurídica en la vida social de occidente y, porque contribuyó a civilizar la brutal práctica germánica adaptándola a la vida pública. La iglesia no sólo ejerció su poder penal sobre los clérigos, sino sobre los laicos, para algunos delitos, si bien su ejecución se hacía por el brazo secular.”¹⁷¹

La Carolina fue una ley imperial con reserva a favor de los derechos de los Estados, base del Derecho Penal común de tres siglos. En el siglo XVIII, las condiciones que se habían tornado insostenibles en la administración de justicia penal mejoraron decisivamente en la Ilustración y el Absolutismo Ilustrado.

En cuanto a la suerte del Derecho Penal en el Tercer Reich (siglo XIX), pueden diferenciarse tres líneas evolutivas:

a) La mayor parte de las penas de privación de libertad y de muerte, impuestas por el Estado, cuya aplicación era posible exclusivamente dentro de los márgenes del Derecho Penal, se llevo a cabo sin garantías jurídicas por la policía política o por otros organismos políticos.

b) El Derecho penal sufre alteración en su estructura fundamental. En primer lugar, al relajarse en forma creciente la sujeción del juez a la ley, se castigaba la vagancia; en segundo lugar, se agravan las conminaciones punitivas mediante intimidación, con un acrecentamiento insospechoso de la pena de muerte. Se introdujeron, leyes meramente políticas, como las de protección de la raza y contra la infidelidad.¹⁷²

Fernando Velásquez Velásquez hablando sobre el irracionalismo (1933-1945), dice que “desde un comienzo, el *régimen nazi* pretendió renovar las concepciones jurídicas imperantes, por entenderlas fruto de la Revolución francesa; la Carta de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, máxima expresión de dicho suceso político, fue considerada una manifestación de

¹⁷⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *opcit*, p. 288.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 289.

¹⁷² Welzel, Hans, *opcit*, pp. 12-14

maniobras judaicas y masónicas encaminadas, mediante la ponzoña democrática, a fomentar la decadencia del Estado”.¹⁷³

El Derecho debía emanar de la filosofía nacional y de sus propias bases, desechando cualquier influjo de concepciones extranjeras, que las fuentes supremas de aquél fueran la concepción jurídica del pueblo alemán y la voluntad del Führer (conductor de la comunidad). Se abolió el principio de legalidad, dando paso a la aflicción retroactiva de las leyes penales y a la analogía, el juez no estaba sometido a la norma sino a los dictados superiores.

Lo que interesaba era la protección de la comunidad nacional, toda amenaza contra ella debía ser radicalmente reprimida, así no se tradujera en actos exteriores. Se implantó un Derecho penal de autor que ponía las meras ideas. El liberalismo penal se toma como el mayor enemigo de la concepción autoritaria y contra él debía librarse un combate sin cuartel.¹⁷⁴

El mismo Fernando Velásquez Velásquez proporciona las características del ordenamiento jurídico alemán, que son:

1. *Voluntarista*, quiere alcanzar la voluntad criminal donde quiera que se encuentre; no persigue los actos de los hombres sino su manera de pensar, de ser, sus ideas o concepciones. Se quiere destruir todo elemento racional en el derecho, prescindiendo en la investigación jurídica del método conceptual; se habla de un Derecho penal de la voluntad, del llamado Derecho penal de autor.

2. *Racista*, su contenido central es defender los intereses de la comunidad, expidiéndose leyes como las atinentes a la defensa de la sangre y el honor alemán, la prevención de la descendencia heredo-morbosa, la esterilización y la defensa hereditaria del pueblo alemán. Se perseguía preservar la raza aria y purificarla para que pudiera cumplir su misión de gobernar al mundo; la puesta en marcha de macabras regulaciones permitió el exterminio de millones de judíos, considerados una raza inferior.

3. *Derecho vigente*, el criterio inspirador de la norma jurídica y de su interpretación era el sano sentimiento del pueblo alemán, el líder de la comunidad tenía como función establecer los límites de la actividad interpretativa. Se plantea

¹⁷³ Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho penal, parte general*, tercera edición, editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1997, p. 211.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 211-212.

la construcción de un sistema de fondo emotivo erigido a partir del sentimiento, producto de una visión instintiva e intuitiva.

4. *Totalista*, pues al considerar errónea toda la dogmática anterior, predica un concepto de delito total que no tenga ninguna relación con la división de esta categoría para su análisis conceptual (la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad) ni con el principio de legalidad, considerado un rezago del anticuado pensamiento de la Ilustración.

Concluye, en que esta corriente estaba ligada con la ideología política nazi, que fructificó con ella y desapareció de la escena tras su derrota en 1945, y es cuando la ciencia penal germana retoma su senda original, pero es innegable que el Derecho penal irracional de entonces ha influido con posterioridad.¹⁷⁵

2.2.3. Inglaterra. El sistema jurídico de Inglaterra, pertenece a una familia jurídica distinta de los países latinoamericanos, que es el *Common Law* ó Derecho común.

Guillermo Floris Margadant refiere que en el siglo XIX, los países europeos, sufren cambios en el Derecho, se habla de un *Derecho liberal* y de un *Derecho socialista*. Inglaterra ocupa un lugar aparte en el panorama político europeo, un desarrollo menos agitado que el continental. La nobleza se había adelantado a la nueva burguesía; el país anticipado a la Revolución francesa durante su *Glorious Revolution* (1688).¹⁷⁶

El mismo Floris Margadant cita a Jeremías Bentham (1748-1832), al decir que ya se había preparado el camino para una racionalización general del derecho inglés: sus principios de la moral y de la legislación, de 1789. Una cantidad de leyes, traduce la voluntad de la nueva burguesía inglesa de encontrar una conciliación entre el innato tradicionalismo británico y las necesidades de un país industrializado, con una sensibilidad social moderna.¹⁷⁷

En el siglo XVIII, Inglaterra y Holanda, constituían una isla de la Europa absolutista.; la Revolución del siglo XVII dio lugar a una monarquía de poder ilimitado. El reconocimiento del *Habeas Corpus* de 1679, fundamentó el principio

¹⁷⁵ Velásquez Velásquez, Fernando, *opcit*, p. 212.

¹⁷⁶ Margadant., Guillermo Floris, *opcit*, nota 143, p. 308.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 309.

de libertad individual, garantizaba que nadie podía ser detenido e inculpado sin ser puesto a disposición de un juez a las 74 horas de su detención, notificarle la causa de la misma y poner a su disposición un abogado.

Se ponía freno a la arbitrariedad del poder y se institucionaliza una justicia independiente, que garantizaba la libertad de los ciudadanos. En 1689, tras acabar con la monarquía absoluta de los Estuardo, el Parlamento inglés obligó al nuevo monarca, Guillermo de Orange, a jurar la Declaración de Derechos (*The Bill of Rights*), en el que se limitaba los poderes del monarca y se sometían algunas decisiones al Parlamento.¹⁷⁸

Una serie de medidas a lo largo del siglo XVIII, fueron precisando los poderes del Parlamento frente al monarca, aunque éste conservó muchas atribuciones: designaba ministros, podía gobernar sin el apoyo del Parlamento y, hasta finales del siglo, el gobierno no fue plenamente responsable ante el Parlamento.

Por tanto, se puede hablar de un régimen parlamentario, de un sistema en el que el gobierno no puede ejercer sus poderes sin el apoyo de la mayoría del Parlamento, compuesto por diputados elegidos.

Inglaterra fue el primer país en el que no existió monarquía absoluta: el soberano debía tener en cuenta la voluntad nacional que se expresaba en el Parlamento y los poderes ejecutivo y legislativo se habían separado. Un tercer poder, la justicia, era independiente a los ciudadanos, tenían garantizada la defensa de su libertad individual. Una serie de reformas fueron ampliando los poderes del Parlamento y sometido el gobierno a su control.

Sin embargo, el régimen inglés no era una democracia: sólo una minoría tenía derecho de voto (15% de la población), los habitantes de las colonias no estaban representados y la esclavitud continuaba siendo aceptada. A pesar de ello, el control del poder absoluto del monarca y la división de poderes inglesa constituyeron un ejemplo y una inspiración para los filósofos franceses.¹⁷⁹

¹⁷⁸ La Carta de derechos o Declaración de derechos (en inglés *Bill of Rights*) es un documento redactado en Inglaterra en 1689, que impuso el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange para poder suceder al rey Jacobo. El propósito principal de este texto era recuperar y fortalecer ciertas facultades parlamentarias ya desaparecidas o notoriamente mermadas durante el reinado absolutista de los Estuardo (Carlos II y Jacobo II).

¹⁷⁹ http://www.portalplanetasedna.com.ar/parlamento_ingles.htm

Desde 1802, se dictan leyes obreras protegiendo a los trabajadores, reduciendo la jornada a los menores de 13 años y prohíbe el trabajo de menores de 8 años; en materia penal, fueron eliminando penas de mal gusto (permanencia de cadáveres en la horca-abolida en 1834; la publicidad de las ejecuciones, -suprimida en 1868).¹⁸⁰

José de Jesús López Monroy expresa que la tradición en el Derecho Inglés, es fundamental en Inglaterra, la Reina forma un órgano de gobierno que de acuerdo con la tradición, hace girar todo alrededor. La legislatura es la Reina en el Parlamento; los jueces son Jueces de su Majestad, la Reina es jefe de las fuerzas armadas, de la Iglesia de Inglaterra, incluso, dice René David, la Reina aparece como reina absoluta, *The Queen can do no Wrong*.¹⁸¹

José Castán Tobeñas al abordar la *equity* del Derecho anglosajón, cita a Oscar Rabasa, al decir que “no es una estructura hecha por legisladores teóricos o por jurisconsultos filósofos, sino lo mismo, el *common law*, es un crecimiento gradual, producto de las necesidades de una raza de hombres prácticos que se esfuerzan más en realizar la justicia que en ceñirse a la lógica”.¹⁸²

De ahí, que el mismo Castán Tobeñas diga que este sistema jurídico *sui generis* de los anglosajones, no es un Derecho ordenado conforme a un derecho lógico o científico, como la legislación romana y europea, sino una agrupación de doctrinas, materias y procedimientos de órdenes jurídicos diversos y desvinculados, que se han ido formando en la práctica, sin más normas que la de llenar los vacíos que la rama del *common law* dejó en su trayectoria.¹⁸³

Hasta la reforma de la Iglesia de Inglaterra los dignatarios de la cancillería y el canciller eran eclesiásticos, versados en el conocimiento y práctica del derecho canónico y del romano, no debe extrañar que la *equity inglesa*, aplicada por cancilleres de procedencia eclesiástica, tuviera su base en la *aequitas* romano-católica.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Margadant., Guillermo Floris, *opcit*, pp. 309-310.

¹⁸¹ López Monroy, José de Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*, editorial Porrúa, México, 1999, p. 196.

¹⁸² Castán Tobeñas, José, *et.atl*, *Sistemas Jurídicos contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 110.

¹⁸³ *Ídem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p.111.

José Castán Tobeñas hace una relación de las máximas en las que se fundamenta *la equity*, las que cuales son:

1. La *equidad* no tolera que haya agravio sin reparación o, en otros términos, no tolera que haya derecho sin la tutela judicial adecuada (*Equity Hill not suffer a wrong to be without a remedy*). Máxima que originariamente dio impulso al régimen de la *equity*, sirviéndole de justificación. La primitiva Corte de equidad, al calor de este principio, pudo suplir las deficiencias del *common law*, con soluciones equitativas y acciones adecuadas para su efectividad.

2. La *equidad* actúa *in personam* (*Equity acts in personam*). Este principio, rector del procedimiento de equidad (sobre todo en los orígenes del sistema), significa que el derecho de equidad opera sobre las personas y no sobre las cosas, es decir, surte sus efectos sobre las personas demandadas y no sobre las cosas o materia de las controversias.

3. La *equidad* sigue a la ley (*Equity follows the law*), por que si bien suple las lagunas del régimen estricto del *common law*, y aun deroga en ocasiones sus preceptos, no puede ser considerada como un sistema jurídico completo y absolutamente no dependiente que rivalice con aquél en el ámbito de todas las materias jurídicas.

4. La *equidad* atiende a la intención más bien a la forma (*Equity looks to the intent rather than to the form*).

5. La *equidad* tiene por realizado aquello que debe hacerse en lo futuro (*Equity looks on as done thar which ought to have been done*). Este principio tiene aplicación en el caso de los *trust* o *fideicomiso* y de los contratos preparatorios, en que se asume la obligación de celebrar un contrato futuro, indicando que la persona a quien se deban las correspondientes prestaciones se considera, por derecho equitativo, como titular beneficiario de la propiedad.

6. La *equidad* presume la intención de cumplir una obligación (*Equity imputes an intentin to fulfil an obligation*)¹⁸⁵

7. La *igualdad* es equidad (*Ecuality is aquity*), lo que indica que, en ausencia de relaciones jurídicas entre las partes que conduzcan a otra solución, el tribunal debe distribuir los beneficios y las cargas equitativamente.

8. La *negligencia* propia impide el acudir a la equidad (*Delay defeats equity*).

¹⁸⁵ Castán Tobeñas, José, *opcit*, pp. 113-114.

9. El que acude a la jurisdicción de la equidad debe tener la conciencia limpia (*He who comes into equity must come with clean hands*).

10. El que reclama *equidad* debe proceder también con equidad (*He who seeks equity must do equity*).

11. Cuando la *equidad* favorece por igual a las dos partes prevalece la ley (*Where there is equal equity, the law shall prevail*), es decir, prevalece el *common law* y las leyes positivas vigentes.

12. Cuando la *equidad* favorece por igual a las dos partes prevalece el derecho de quien es primero en el tiempo (*where equities are equal, the first in time shall prevail*) principio equivalente a la clásica máxima romana *qui prio est tempore, potior est iure*.¹⁸⁶

La *equity* anglosajona, en sus etapas últimas, al perder el sentido inicial de un principio ético-jurídico, no prefijado y destinado a suplir y corregir las imperfecciones del derecho positivo y a impartir justicia en cada caso particular, se convierte en un sistema de doctrinas jurídicas aplicables a determinadas categorías de asuntos mediante procedimientos especiales (rige, lo mismo que en el *common law*, la norma-más o menos rígida- del *stare decisis*).¹⁸⁷

La equidad, como lo cita Óscar Rabasa, capacita al tribunal o juez que aplica sus principios para resolver sus controversias con un arbitrio más amplio, según las circunstancias de cada caso, que el de un tribunal ordinario de Derecho y sobre todo para conceder a las partes medios de reparación definitivamente más eficaces que los del derecho común o general.

Y los principios de ese Derecho-equidad, emanados de una tradición inspirada en los dictados supremos de la conciencia y la ley natural, son encarnación de la más genuina justicia humanizada y adaptada a la vida.¹⁸⁸

Óscar Rabasa sobre la *equity*, hace una distinción del *common law*, o la jurisdicción del *common law*: conjunto de normas jurídicas, costumbres de las tribus germánicas que poblaron Inglaterra, elaboradas después de la conquista normanda (1066 d.C.) por la jurisprudencia de los clásicos tribunales ingleses de

¹⁸⁶ Castán Tobeñas, José, *opcit*, pp. 114-116.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 116.

¹⁸⁸ Rabasa, Óscar, *El Derecho angloamericano*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1982, p. 137.

common law-common pleas, King's bench, exchequer- derivados del gran Consejo Real, y de los tribunales modernos, también de *common law*.

El concepto de equidad, del latín *aequitas*, significa igualdad, justicia, viene de *aequus*, que significa igual, justo, por consiguiente, en su sentido ético, significa la ley igual e imparcial para todos, a efecto de dar a cada quien lo que le corresponde desde el plano más elevado de la justicia natural, predomina en todos los sistemas civilizados de derecho como el ideal supremo de la ley humana.¹⁸⁹

Este sistema se basa, en el análisis de las sentencias judiciales dictadas por el mismo tribunal o alguno de sus tribunales superiores (aquellos a los que se pueden apelar las decisiones tomadas por dicho tribunal) y en las interpretaciones que estas sentencias se dan de las leyes, las que pueden ser ambiguas en muchos aspectos, ya que se espera que los tribunales las clarifiquen (o estos ya lo han hecho sobre leyes anteriores pero similares).

2.2.4. España. Sobre el Derecho español Óscar Cruz Barney manifiesta que a “la llegada de los primeros colonizadores romanos a la Península Ibérica, había una serie de pueblos con grados de desarrollo cultural diverso y que carecían de unidad jurídica y política entre sí.”¹⁹⁰

La mayoría de los pueblos prerromanos tenían un derecho de carácter consuetudinario, con normas escritas en los tratados de hospitalidad, pero su origen era consuetudinario. El Derecho penal de los Tartessos, se basaba en un mito sobre los orígenes de dicha ciudad, que redactó Pompeyo Trogo; una sociedad regida por un gobernante déspota y otra posterior sujeta a un orden jurídico.

Los turtedanos, eran los más cultos entre los iberos, había poemas y escritos en versos, atribuidos al rey Habis, hijo incestuoso del despótico rey Gargoris, quien al ser designado sucesor al trono sometió a leyes al pueblo civilizado. Existían pactos entre los distintos grupos: las teseras de hospitalidad, eran marcas o contraseñas metálicas que documentaba la celebración del pacto

¹⁸⁹ Rabasa, Óscar, *opcit.*, nota 188, pp. 137-138

¹⁹⁰ Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, segunda edición, Universidad Oxford, México, 2006, p. 42.

que conservaba cada una de las partes contrayentes para ser colgadas en alguna pared y dar así publicidad al acto.¹⁹¹

a) Derecho penal de Hispania romana. La presencia romana en la Península supuso la aparición de dos ordenamientos jurídicos nuevos: el *ius civiles* y el *ius latii*. En el mundo romano regía el principio de la personalidad del derecho, cada individuo estaba sujeto al derecho de su propio pueblo: los ciudadanos romanos se regían por el derecho romano. Los *peregrini*, hombres libres que habitaban los territorios romanos, estaban sometidos a su propio derecho.

Finalmente, los latinos que se ubicaban jurídicamente entre los romanos y los *peregrinus*, se regían por el derecho romano en algunas de sus actividades y podían acceder con relativa facilidad a la ciudadanía; se les concedió el *ius commercium*, el *ius connubium*, el *ius sufragio*, la capacidad de ser tutor y pupilo.¹⁹²

b) Derecho romano preclásico y vulgar. A partir de la concesión de la ciudadanía romana a los habitantes del Imperio que promovió el emperador Caracalla -año 212 d.C.-, la vigencia del *ius civili*, se generalizó en todos los territorios, coincidió con el cambio de derecho subsistente en el Principado, eran leyes de los comicios, de los senadoconsultos y edictos de los magistrados.

En juicios se alegaba los *iura* de juristas clásicos; pero no había forma de verificar su autenticidad o exactitud, promulgaron las leyes de citas y elaboraron colecciones de legislación imperial. En las primeras se indicaba qué jurisprudencias podían ser alegados en juicio y la forma de valorarse al presentarse divergencias. Leyes de citas: las dos primeras de Constantino y la tercera del 426 d.C., por Teodosio II de Oriente y Valentiniano III de Occidente.¹⁹³

Con carácter oficial apareció el *Codex Theodosianus*, inicia la serie de codificaciones romanas tardías. Para la aplicación del derecho romano se requería *cierto nivel cultural*, que se encontraba en las ciudades más no en el campo. De

¹⁹¹ Cruz Barney, Oscar, *opcit*, p. 43.

¹⁹² *Ibidem*, p. 46.

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 50-51.

ahí que fueran las clases acomodadas que se encargaban de mantener esa cultura romana, frente a la población rural, que apegada a sus antiguas tradiciones, únicamente vivía una romanización superficial.

Frente al derecho clásico de Roma se formó en Hispania y en el resto de las provincias de Roma el denominado derecho vulgar, eminentemente práctico. El vulgarismo es la ausencia de producción jurídica y pérdida de un estilo; es la confusión de los conceptos fundamentales e inclusive secundarios que los clásicos habían construido en base en la casuística jurisprudencial.¹⁹⁴

c) Derecho penal de España visigoda. En el año 418 los visigodos celebraron un nuevo pacto *feudus* con Roma, del cual recibieron tierras en Aquitania y establecieron su capital en Tolosa, incursionando militarmente en la Tarraconense y combatiendo a los suevos. En el 476, con la caída del Imperio Romano de Occidente, Eurico se convirtió en el primer rey visigodo independiente, de los últimos emperadores romanos.¹⁹⁵

En la lucha de los francos contra los visigodos en 507, después de la batalla de Vouillé, fue derrotado y muerto Alarico II y los visigodos empujados hacia España, con un poder político débil e incapaz de hacer valer un orden jurídico en su territorio; los campesinos continuaron sus relaciones señoriales con los grandes latifundistas. Se comienzan los vínculos entre el rey y los nobles.

Estuvieron vigentes las *leges* como los *iura* del derecho romano posclásico, en las Galias y en España hasta 476. Posteriormente se reconoció el *Edictum Theodorici Regis*, atribuido al rey ostrogodo Teodorico II (493-525). También en tierras galas se elaboró el Código de Eurico.¹⁹⁶

En el 506 Alarico II (484-507) promulgó una compilación del derecho romano conocida como: *Lex Romana visigothorum*, *Breviarium de Alarico*, *Breviarium de Aniano* o *Liber legum*. Alarico estableció una comisión de juristas a cargo del conde de Goyarico, con la encomienda de seleccionar las referencias de las leyes

¹⁹⁴ Cruz Barney, Oscar, *opcit*, pp.51-52.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 53.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 55.

y el derecho romano apropiados para sentenciar causas y de reunirlos en un solo libro.¹⁹⁷

El *Liber* declaró su aplicabilidad exclusiva y obligatoria de la *Lex Romana visigothorum*, *Breviarium de Alarico*, *Breviarium de Aniano* o *Liber legum* en los tribunales y para los súbditos del rey, lo que terminó con la vigencia de cualquier otra ley.

Representó la aceptación total del derecho romano por los visigodos, pues tenía una vigencia territorial, no personal, acabando así con el dualismo legislativo existente entre la población romana y la gótica. Convirtiéndose en el único libro, que podía invocarse ante los tribunales y el monarca era el único que podía crear la ley y colmar sus lagunas.¹⁹⁸

d) Derecho canónico. La Iglesia hispano-visigoda, antes como después de la conversión del rey Recaredo ante el Concilio III de Toledo, mantuvo la integridad de su doctrina. Su Derecho regulaba los concilios, obispos, clérigos, monjes, iglesias, donaciones, testamentos, contratos sobre tierras de la iglesia, pecados de los fieles y el procedimiento judicial ante los tribunales eclesiásticos.

Para fácil acceso y reconocimiento de la legislación de la Iglesia, se llevaron a cabo compilaciones y refundiciones de los cánones. En España se conocen tres resúmenes o epítomes, dos visigodos y uno suevo:

1. La Colección de Novara (mediados del siglo VI, principios del VII);
2. El Epítome hispánico, del mismo periodo y,
3. La Capitula Martín, obra del obispo de Braga, San Martín, en el reino nuevo (segunda mitad del siglo VI).¹⁹⁹

La religión diferenciaba a los pobladores entre cristianos, judíos y musulmanes. Debido a la estrecha vinculación entre religión y derecho, se respetó la condición religiosa y el derecho del individuo. El principio de la personalidad del derecho se aplicaba de acuerdo con el lugar de nacimiento de cada persona.²⁰⁰

¹⁹⁷ Cruz Barney, Oscar, *opcit*, p. 56.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 57.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 59-60.

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 52-53.

Alfonso Reyes Echandía refiere que en la legislación española, el derecho positivo español fue resultado de un lento y prolongado proceso de decantación de varias culturas que ejercieron indudable influencia: la románica y la visigoda, entre otras. Tal proceso se manifestó a través de las codificaciones que rigieron en la península, entre las que se encuentran:

a) *el Fuero Juzgo*, conocido con el nombre de *Lex Visigothorum*, en el cual los principios que consagra son:

1. La pena tiene como fin la intimidación del delincuente y la prevención de los delitos;
2. La sanción es siempre personal;
3. A diversos delitos deben corresponder penas diversas;
4. La ignorancia de la ley no sirve de excusa y,
5. El dolo debe distinguirse de la culpa y ésta del caso fortuito.

b) *Fuero Real*, constituye un avance hacía la perfección y unidad legislativas, la pena es pública como emanación del poder estatal; en el delito es importante el elemento subjetivo, y existen causas que justifican el hecho delictuoso y se dio paso a la humanización de la pena.

c) *Las Siete Partidas*, obra del rey Alfonso el Sabio, marca el término de la influencia germánica en el derecho positivo español y la acentuación del derecho romano y en cierta medida del canónico.

La partida VII trata del derecho penal; se definen el delito y la pena, se encuentran las causas de exención, atenuación y agravación de la penalidad, y se disciplinan institutos jurídicos como los de la tentativa, la complicidad y la prescripción.

d) Recopilación de las *Leyes Indias*, después de una confusión legislativa, se ordenaron sucesivas recopilaciones: las Ordenanzas Reales de Castilla (1485), la Nueva Recopilación (1567) y la Novísima Recopilación (1805). Al lado del derecho penal vigente de las Indias Occidentales, rigió la llamada Recopilación de Leyes de Indias, empezada en 1525 y terminada hacía 1680.

En el libro VII aparecen disposiciones de derecho penal sustantivo y procedimental aplicables a indígenas y negros. Fue un almáximo de buenas intenciones, comprensión del problema del indio, infortunadamente no tuvo

vigencia por falta de buena fe o por incuria de las autoridades encargadas de hacerla cumplir.²⁰¹

2.2.5. Argentina. Al igual que los sistemas jurídicos de los países a que nos hemos referido, da como resultado asegurar que en cualquier país del orbe, se hace uso del Derecho penal.

Ricardo Núñez escribe que “sólo el derecho penal puede establecer delitos y sólo la justicia puede resolver los conflictos jurídico-penales, aunque tengan su causa en el ataque de un particular a la persona o derechos de otro particular, no se presentan como relaciones entre personas jurídicamente equiparadas, sino como relaciones de subordinación entre el Estado y los gobernados”.²⁰²

El mismo Ricardo Núñez se refiere a la necesidad de contar con un catálogo de delitos y de penas, por lo que “se plasmaron figuras jurídicas de la venganza, como un derecho individual, cuyos límites dependían en absoluto del puro arbitrio del interés de uno o pocos; el talión, venganza que no estaba regulada por los principios subjetivos y arbitrarios de la pasión y del interés”.²⁰³

Sebastián Soler señala que el Derecho penal argentino “toma su origen en la legislación española, que rigió en todo el país aun mucho tiempo después de proclamada la independencia”.²⁰⁴

Dice Soler, no es de extrañar que en la Colonia se aplicara una especie de derecho consuetudinario, inspirado en las Partidas y con frecuencia se establecieran disposiciones más o menos arbitrarias, emanadas de autoridades locales; según Tejedor el orden de observancia de las leyes era el siguiente: a) Recopilación de Indias, que muy poco contiene nuestra materia; b) la Recopilación Castellana; c) Fuero Real y Fueros Municipales; d) las Siete Partidas.²⁰⁵

²⁰¹ Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho penal*, sexta reimpresión de la undécima edición, editorial Themis, Bogotá, 1991, pp. 22-24.

²⁰² Núñez, Ricardo, *Derecho penal Argentino, parte general*, tomo primero, editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pp. 37-38.

²⁰³ *Ibidem*, p. 43.

²⁰⁴ Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica editora argentina, 7ª reimpresión, Buenos Aires, 1976, p. 86.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 89.

Antes de la era de codificación con el proyecto Tejedor -1866-1868- la legislación penal era representada, por leyes españolas, subsistentes y aplicadas en tribunales del país, decretos, bandos, ordenanzas y leyes sueltas de carácter penal que autoridades nacionales y provinciales dictaban, como el duelo, robos, abigeato, abuso de armas, lesiones, homicidio, perturbación de tranquilidad pública, atentados a la autoridad, desertión, conspiración, traición, prisión por deudas, piratería, comercio de esclavos, monopolio y abuso de prensa.²⁰⁶

Después de la constitución del gobierno propio y la declaración de la independencia (1810-1816), la nueva recopilación siguió rigiendo a pesar de que en España había sido sustituida en 105 por la Novísima, que no tuvo aplicación sin que el nuevo código hubiese sido comunicado a la Colonia.²⁰⁷

Teóricamente el proyecto Tejedor significa un progreso, que introdujo y puso al servicio del país los principios aceptados por la legislación y la doctrina de la época.²⁰⁸

El Proyecto del código penal argentino de 1881, fue hecho una vez que se ilustraron con el movimiento legislativo desenvuelto posterior al proyecto Tejedor, en Dinamarca, Suiza, Bélgica, Alemania, Austria, Países Bajos, México, Venezuela, Inglaterra y Japón.²⁰⁹

Anota Ricardo Núñez que en el Código de 1921, se mantuvo el principio de responsabilidad moral del delincuente, fundada en la conciencia de voluntad del hecho. Admitió, las instituciones tendientes a la individualización de la pena, como la condena y la libertad condicional y peligrosidad personal para establecer, la especie y la medida de la pena, supliendo el vacío del Código de 1886 y acogiendo un sistema de medidas de seguridad aplicables a delincuentes inimputables y no admite la pena de muerte.

El Código penal de 1928, trató sobre la peligrosidad sin delito, la cual fue rechazada por el Senado, admite la pena de muerte y agrava otras. Se caracteriza por la dura lucha en defensa del Estado. Funda la aplicabilidad de la sanción penal

²⁰⁶ Núñez C., Ricardo, *opcit*, p. 65.

²⁰⁷ Soler, Sebastián, *opcit*, p. 86.

²⁰⁸ Núñez C., Ricardo, *opcit*, p. 68.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 70.

en la imputabilidad moral del delincuente, en cuanto a la peligrosidad la coloca como fundamento de la aplicación de medidas de seguridad al inimputable y de la medida de la sanción.

Las garantías constitucionales del Derecho penal argentino, son las de legalidad, de reserva, *judicialidad y humanidad*. El Principio de legalidad señala que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso del principio *quidquid principis placuit habet vigorem*.²¹⁰

El propio Ricardo Núñez se refiere a las garantías individuales que fueron otorgadas como seguridades contra la acción de los poderes del gobierno, especialmente del Ejecutivo, argumentando, que “la garantía de legalidad represiva aspira principalmente a que la potestad penal del Estado se desenvuelva al margen de la acción y del arbitrio circunstancial del Poder Ejecutivo:

Solo una regla escrita podrá proporcionar las seguridades enunciadas por el principio de reserva, establecido, por nuestro régimen positivo y que pretende, ante todo, que los habitantes del Estado puedan tener delante de los ojos especies de delito exactamente determinados y penas delimitadas con igual exactitud”.²¹¹

Además, “el principio de legalidad es incompatible con una ley penal que, de una u otra manera, deje la estructuración de las particulares infracciones al ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 86, inciso 2, de la Constitución.”²¹²

Y “la regla *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali* tiene origen en una razón histórica: la lucha por la libertad individual. Su fundamentación jurídica objetiva encuentra su mejor expresión, en cuanto al delito se refiere, en el principio enunciado por Carrara. El delito no es una acción, sino una infracción. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”.²¹³

²¹⁰ Núñez, Ricardo, *opcit*, pp. 77-92.

²¹¹ *Ibidem*, pp. 93-95

²¹² *Ibidem*, p. 101.

²¹³ *Ibidem*, pp. 107-108

Y dice que “en el Derecho penal, aunque con menos nitidez, también ha tenido consagración legislativa *in malam partem* (en perjuicio del reo), la distinción entre *analogía legal* y *analogía jurídica*. La analogía legal funciona según la regla clásica: *ubi eadem ratio, ibi debet esse eadem juris dispositio*. Las posibilidades de la analogía legal no podían colmar las necesidades políticas de los estados totalitarios”.

Que de acuerdo con la *ley nazi*, “un hecho no declarado punible por la ley puede ser castigado si lo merece “según el concepto fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular”.

Y que la analogía jurídica —el principio del “sano sentimiento popular” —no tiene, por consiguiente, la función de una fuente represiva autónoma, sino la de un criterio político de oportunidad, susceptible de guiar la punibilidad, ampliándola o restringiéndola malvadamente (impunidad del aborto de mujeres judías). Los tribunales alemanes, conservadores en cierta medida.²¹⁴

2.2.6. Colombia. Sobre el Derecho penal colombiano, Giuseppe Maggiore expone que “el derecho penal en Colombia, se presenta ante todo como una regulación de límites. A cada individuo que vive en sociedad, le dice: hasta aquí, no más allá”.²¹⁵

Alfonso Reyes Echandía señala que el Derecho Colombiano al igual que todos los países latinoamericanos, “sufrió la influencia del conquistador; España impuso sus costumbres, su lengua, su religión y sus leyes, que tienen huellas de otras civilizaciones como la romántica y germánica”.

En la legislación románica, aunque los jurisconsultos no se ocuparon de la cuestión penal con la misma intensidad con que estudiaron las relaciones del derecho civil, es innegable que lograron sistematizar algunos principios, tales como las nociones de dolo y culpa, la naturaleza del delito continuado y el fundamento del derecho de castigar.²¹⁶

²¹⁴ Núñez, Ricardo, *opcit*, pp. 113-115.

²¹⁵ Maggiore, Giuseppe, *Derecho penal –el delito*, volumen I, editorial Temis, Bogotá, 1991, p. 5.

²¹⁶ Reyes Echandía, Alfonso, *opcit*, nota 201, pp. 21-22.

La legislación canónica, manifestó preocupación por darle contenido más humano a la relación punitiva Estado-infractor. El principio de igualdad de todos los hombres ante Dios, penetró en el derecho canónico; frente al fenómeno del delito y para determinar la naturaleza de la sanción aplicable, se consideró no sólo el resultado *dañoso de la conducta ilícita*, sino también *la intención del delincuente*.²¹⁷

El mismo Alfonso Reyes Echandía manifiesta que en Colombia, se crearon códigos penales, que no fueron bien acogidos y son:

a) *Proyecto de Porras*, presentado por Demetrio Porras en 1889, con orientaciones de la escuela clásica, considerando al delito como una infracción legal y fundamenta la responsabilidad del libre albedrío, establece la responsabilidad de las personas jurídicas; fue pasado al Doctor Juan Pablo Restrepo para su análisis y mediante la ley 19 fue aprobado en 1890;

b) *Proyecto de Concha*, 1912, presentado por el Doctor José Vicente Concha, aprobado diez años después mediante la ley 109 de 1922;

c) Proyecto de 1925, donde intervino para su redacción, una comisión italiana y,

d) *el Código penal de 1936*, que contiene los siguientes principios: Aceptación de la teoría de la defensa social; aplicación del concepto de responsabilidad legal y social con base en la actividad psicofísica del agente; estudio del delincuente como personalidad antisocial; imposición de la pena teniendo en cuenta, además del ilícito, los motivos, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del autor.

Contiene también la división de las sanciones en penas y medidas de seguridad, a los menores de edad y a quienes en el momento de la comisión del delito se hallaren en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padecieren de *grave anomalía psíquica*.²¹⁸

Es también Reyes Echandía, quien señala que mediante el decreto 100 del 23 de enero de 1980, se expide un nuevo Código penal, que conserva la

²¹⁷ Reyes Echandía, Alfonso, *opcit*, p. 22.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 25-26.

estructura del Código de 1974, trae un título sobre Normas rectoras de la ley penal colombiana; presenta una sola fórmula de tentativa y de complicidad, suprime el delito continuado, dedica sendos capítulos a la imputabilidad y a la culpabilidad y elimina el presidio y el perdón judicial.²¹⁹

De la secuencia señalada de Códigos penales, es comprensible por los movimientos en toda Latinoamérica, de ahí que había que estar acorde a las necesidades de pueblos y gobiernos, de contar con leyes más humanistas.

Resulta necesario anotar lo escrito por Angélica Torres Agudelo: ...Debido a las reformas que se hacían necesarias para el Frente Nacional en Colombia, en 1952 mediante un acto legislativo reformador de la Constitución, el Congreso convoca a Asamblea Nacional Constituyente y regula su funcionamiento, asumiendo las competencias del Congreso, hasta el punto de ser la Asamblea la que legislara y decretara los designios del país.

Mediante un golpe militar, Gustavo Rojas Pinilla toma el control del Estado, hubo intentos por deslegitimarlo, pero la Asamblea Nacional, legitima su gobierno mediante acto legislativo número 1 del 18 de junio de 1953, la Asamblea Nacional Constituyente el 13 de junio de ese año con las atribuciones conferidas al Senado por el artículo 125, declara que quedó vacante el cargo del Presidente de la República, y que es legítimo el título del General Gustavo Rojas Pinilla.

En 1957, se da el golpe militar a Rojas Pinilla y se constituye la Junta Militar para ejercer las funciones de la Presidencia. Se reforma la Constitución mediante acto legislativo número 0247, autorizando un plebiscito constitucional y fija la paridad del poder entre los partidos tradicionales, se reparten el poder alternándose por períodos y cargos burocráticos de igual cantidad. Se ejercía estado de Sitio, que mostraba políticas autoritarias y represivas.

Durante este periodo, liberales y conservadores se alternaron la presidencia cogobernando, amparados en el artículo 120 de la Constitución del 86 y en el *plebiscito* de 1957. Se generó la desmovilización de guerrillas, pero continuaron los problemas sociales, económicos y políticos, que da lugar al surgimiento de nuevos grupos guerrilleros.

²¹⁹ Reyes Echandía, Alfonso, *opcit*, p. 29

En 1964 nacen las Fuerzas Armadas revolucionarias de Colombia (FARC) y el 7 de enero de 1965 el Ejército de Liberación Nacional (ELN), en julio de 1967 el Ejército de Liberación Popular (EPL), en 1984 el movimiento indigenista Quintín Lame (MAQL) y el 19 de abril de 1974 el M-19.

Con Alberto Lleras Camargo, por acto legislativo número 1 del 15 de septiembre de 1959, se reafirma entre los partidos políticos tradicionales, el artículo 1. En los tres periodos constitucionales comprendidos, entre el siete de agosto de 1962 y el 7 de agosto de 1974, el cargo de Presidente de la República será desempeñado alternativamente, por ciudadanos que pertenezcan a los dos partidos tradicionales, el conservador y el liberal.

En 1960, la nueva bandera del gobierno sería el levantamiento y la negociación política como salida al conflicto. Continúa el Estado de Sitio en los departamentos de Caldas, Cauca, Huila, Tolima y Valle. En este periodo presidencial y por disidencia del partido liberal, que se opone a la coalición bipartidista, se funda el Movimiento Revolucionario Liberal (M.R.L.), aumenta el abstencionismo electoral y el gobierno se entrega con una declaratoria total del estado de Sitio.

La estrategia de negociación y restablecimiento del estado constitucional se ve truncado por las políticas de un gobierno que debía demostrar cambios radicales frente al gobierno de Rojas Pinilla, garantizando las libertades de prensa, reunión y circulación.

Las medidas aplicadas por los gobiernos que sucedieron fueron las siguientes: Turbay Ayala 1978-1982, por Decreto 1923-1978, incremento de penas por secuestro, delitos políticos y conductas relacionadas con el terrorismo; Decreto 70-1978, exime de responsabilidad penal a miembros de la fuerza pública en sus operaciones. Virgilio Barco, 1986-1990, decreto 180 de 1988, tipifica conductas terroristas y agrava penas.

En la actualidad en Política de Seguridad, se da una unificación normativa en materia de orden público. Función judicial a Fuerzas militares. Restricción o

condición a derechos fundamentales. Cambio de funciones constitucionales a las Fuerzas Armadas. Participación ciudadana en la seguridad.²²⁰

De lo expuesto por Angélica Torres Agudelo, se comprende el porqué en la actualidad, Colombia todavía sigue al igual que nuestro país, con altos signos de violencia, tanto por las guerrillas, como por grupos de delincuencia organizada, que encontraron en los movimientos armados, tierra fértil para sus actividades ilícitas.

2.2.7. Estados Unidos de Norteamérica. En Estados Unidos de Norteamérica, rige el Derecho penal del *Common Law* y la *Equity*, el Derecho americano, proviene de la familia del *Common Law*, sus raíces se encuentran en el Derecho inglés, lo que no significa, que el Derecho norteamericano y el de Inglaterra sean iguales. La diferencia se debe a que el Derecho americano, recibió y sigue recibiendo influencias ajenas a la inglesa.

El Derecho español que se aplicó perteneció a la Corona Española y el Derecho francés sólo se aplicó en el Estado de Luisiana.²²¹

Ofrece particular interés el periodo que va desde 1558 a 1704, por las destacadas figuras de Bacón, Locke, Hobbes y Shakespeare, que sentaron los principios de Derecho penal y el último, aportó a la Criminología el estudio psicológico de los famosos personajes delincuentes de sus dramas inmortales.

Luis Jiménez de Asúa señala que en cuanto al Derecho positivo, éste fue severo, lo que queda demostrado cuando “castigaron en la época de los puritanos, delitos como el adulterio, el duelo y la brujería. El Derecho penal norteamericano en esta época, no es otra cosa que el Derecho penal inglés. Su evolución penitenciaria es de nuestros días”.²²²

Cierto es, que el poder del *Common Law*, se refleja en la influencia que ejerce en casi todos los rincones del planeta, no se limita a lo político y lo económico, se manifiesta en otros aspectos culturales. De ahí que su derecho

²²⁰ Torres Agudelo, Angélica, *Orden y Seguridad nacional en relación al derecho penal*, miércoles 2 de marzo de 2005, <http://www.revistapueblos.org/spip.php?article156>. (fecha de consulta 05/02/2008).

²²¹ Una introducción al *Common Law*, 2ª reimpresión, Morineau, Marta, ISBN9683-7393-7, p. 68.

²²² Jiménez de Asúa, *opcit*, pp. 303-304.

influya cada vez más en los sistemas jurídicos de otros países, aun de aquellos que como México, pertenecen a una familia distinta.²²³

Como lo escribe Lawrence M. Friedman: “los delitos son conductas que el Estado se compromete a castigar y cada sociedad tiene su propia lista de delitos. En el periodo colonial, la fornicación era uno de los delitos castigados con mayor frecuencia, la blasfemia, la vagancia, no observar el *Sabbath* y no asistir a los servicios religiosos era también considerados delitos en colonias como la Bahía de Massachussets”.²²⁴

José de Jesús López Monroy alude a los Derechos del hombre, refiriendo que “la constitución de los Estados Unidos de 1787, que entró en vigor en 1789 se componía de siete artículos y sólo hasta 1791, se añadieron las diez primeras enmiendas, que contienen el *Bill of Right (Derechos del Hombre)*” y señala que los poderes prohibidos al poder central surgen del *Bill of Rihts* enumerados en las diez primeras enmiendas.

Los poderes prohibidos a los estados están expresamente señalados en la sección del artículo 1º:

“El gobierno nacional; tiene prohibido quitar la vida, la libertad y la propiedad sin el debido procedimiento del *Common Law*, adquirir propiedad privada para uso público sin la debida indemnización, privar de los derechos contenidos en la Constitución y los siguientes poderes denegados que resultan sumamente interesantes, dado que tienden a establecer reglas fijas en la economía nacional, tiene prohibido gravar con impuestos las exportaciones, señalar impuestos indirectos que no sean uniformes, fijas que no sean proporcionales a la población y dictar leyes con afecto retroactivo”.²²⁵

José de Jesús López Monroy menciona el *debido proceso* ubicado en la enmienda quinta de la Constitución norteamericana, derecho protegido federalmente y en la enmienda decimocuarta como derecho protegido estatalmente. Derecho que vigila que la totalidad de los habitantes de los Estados

²²³ Jiménez de Asúa, *opcit*, p. 67.

²²⁴ Friedman, Lawrence M., *Breve Historia del Derecho Estadounidense*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007, p.73.

²²⁵ López Monroy, José de Jesús, *opcit*, nota 181, p. 195.

Unidos, sean protegidos en su vida, libertad y derechos, cualquier privación o agravio o los mismos, tendrá que ser el resultado de un proceso donde se escuche a los propios interesados.²²⁶

El *debido proceso* en cada caso particular significa que en el ejercicio de los poderes el gobierno, como titular máximo del Derecho, sólo actuará bajo la salvaguarda de la protección de los derechos individuales. El curso legal de los procedimientos debe estar de acuerdo con las reglas y principios establecidos en los sistemas de jurisprudencia para la protección de los derechos privados.

El *debido proceso* del Derecho implica la facultad que tiene la persona afectada de ser presentada ante un tribunal que actúa dando la oportunidad de defensa antes de privar o disminuir la libertad o la propiedad comprendida en un sentido amplio.²²⁷

2.2.8. México. Sobre el sistema punitivo mexicano, Gustavo Malo Camacho señala que “una parte lo constituye la cultura prehispánica, presente en nuestra idiosincrasia en rasgos y pautas individuales y en la cultura occidental europea, a través de la española.”

En la antigüedad, el Derecho Olmeca –región del hule-, aplicado a pobladores de la región de Veracruz y Tabasco. Su sociedad era jerarquizada y autoritaria, su población eminentemente rural y tributaria gobernada por una clase superior de sacerdotes-magos, al lado comerciantes y jefes militares. Después albañiles, pintores, escultores y artesanos de todo género.²²⁸

La mujer no figura en importancia y su organización se centraba en la magia y la religión. Está el pueblo chichimeca, recolectores y cazadores, su estructura eran bandas, sin un culto o religión. Habitaron la Mesa central, desde el norte del río Lerma y el Lago de Chapala hasta Durango.

Oscar Cruz Barney cita a Alfonso Caso al señalar que la organización del pueblo chichimeca “era matriarcal y en los arreglos para el matrimonio intervenían

²²⁶ López Monroy, José de Jesús, *opcit*, p. 205.

²²⁷ *Ibidem*, p. 206.

²²⁸ Malo Camacho, Gustavo, *opcit*, nota 60, p. 160.

los parientes. Existía el divorcio, a solicitud de la mujer debido a los malos tratos sufridos de manos del marido”.²²⁹

Asimismo, Fernando Castellanos sobre el Derecho precortesiano, dice que no hay datos precisos del Derecho penal antes de la llegada de los españoles. Que no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias y alude al Derecho de los tres pueblos principales: el Maya, el Tarasco y los Aztecas.²³⁰

Griselda Amuchategui Requena anota que antes de la conquista, debido a la peligrosidad y severa educación de los habitantes del territorio de lo que hoy es México, el crimen era un fenómeno poco común, el castigo resultaba severo. Al existir diversas culturas, existía una variedad de costumbres y principios jurídicos, cita a:

a) Los aztecas. En su organización político-social, estaba el monarca o *tlatoani*, recibía el poder de Dios, responsable de la justicia y buen gobierno de su pueblo. Representaba la parte masculina del Dios *Tezcatlipoca*. Tenía al lado derecho un carcaj con flechas doradas y un arco, símbolos de la justicia que debía guardar. También la facultad de administrar y dictar leyes para su gobierno.²³¹

Refiere además, que los aztecas conocían figuras vigentes en el Derecho penal mexicano y cita a Fernando Castellanos, al decir que éstos conocieron la distinción entre “los delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, *el indulto y la amnistía*”.

No solo dominó militarmente la mayor parte de la altiplanicie mexicana, sino que influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles.²³²

Los delitos principales fueron: la alcahuetería, peculado, cohecho de jueces, traición en guerra, desertión, malversación, adulterio, homicidio y espionaje entre otros; y las penas más aplicadas era la muerte por ahorcamiento, la hoguera, el

²²⁹ Cruz Barney, Oscar, *opcit*, pp. 2-3.

²³⁰ Castellanos, Fernando, *opcit*, nota 23, p. 40.

²³¹ Cruz Barney, Oscar, *opcit*, p. 12.

²³² Castellanos, Fernando, *opcit*, p. 41.

degüello, el descuartizamiento, el desollamiento; la esclavitud, los castigos infamantes, las penas corporales, el destierro y el encarcelamiento.

También estaban los delitos contra la seguridad del imperio, embriaguez constitutiva de delito, lenocinio, homosexualidad, relaciones sexuales entre sacerdote y sacerdotisa, aborto, adulterio, homicidio, riña, lesiones, violación, incesto, estupro, suplantación de cargo público, robo de 20 mazorcas (por hambre la primera vez se perdonaba: robo famélico), fraude, abuso de confianza, parricidio, filicidio, exhibicionismo y prostitución entre otros. Se castigaba la complicidad y el encubrimiento.

Existían cárceles de madera, como palomares: *telpiloyan* (*lugar de presos*); llamadas también *cuauhcalli* (*casa de enjaulados*) y allí se encerraba a los condenados a muerte o a sacrificio. Por último, estaba el *petlacalli*, que era el lugar donde se encerraban a quienes cometían faltas leves que se castigaban con trabajos.²³³

Oscar Cruz Barney asienta que el derecho azteca era reflejo de la religión de *Huitzilopochtli* y descansaba en el orden cósmico, la misión del pueblo y aspiraciones de grandeza de la religión. Cita a George C. Valliant, quien trató la figura de los *calpullec*, diciendo que la ley azteca era severísima, desde la infancia el individuo seguía una conducta correcta; el que violaba la ley sufría serias consecuencias.²³⁴

Fernando Castellanos expresa: a “quienes violaban el orden social eran colocados en *status* de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud, pertenecer a la comunidad traía seguridad y subsistencia; ser expulsado significaba la muerte por tribus enemigas, por fieras, o por el propio pueblo.”²³⁵

Gustavo Malo Camacho señala que el México Azteca se conformó en una estructura social y política teocrática militar, su sistema punitivo, implicó un régimen severo y rígido como orden jurídico.²³⁶

²³³ Amuchategui Requena, Griselda, *Derecho penal*, tercera edición, Oxford, México 2005, p. 11.

²³⁴ Cruz Barney, Oscar, *opcit*, p. 21.

²³⁵ Castellanos, Fernando, *opcit*, p. 42.

²³⁶ Malo Camacho, Gustavo, *opcit*, p. 160.

Oscar Cruz Barney señala como la pena más severa la esclavitud y tres tipos de trabajos:

1. Acarreos de materiales, en el que se empleaban no solo esclavos, sino también indios tributarios;
2. Producción campesina y,
3. Servicios personales en las casas.

También podía utilizarse al esclavo como parte de la riqueza del dueño. Los esclavos se entregaban para el pago de tributos al poder central o eran apostados en el juego de pelota, junto con mantas, vestidos, joyas, etcétera. Un indígena podía caer en la esclavitud por haber cometido un delito.

La restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales, así, el que robaba en un templo, en un palacio o en casa de un particular y rompía algo para lograrlo, salvo que devolviera el objeto robado o su valor, pasaba a ser esclavo del templo, del dueño o del palacio o del particular.

El traidor que alertaba a los enemigos de los planes que se tenían en su contra perdía sus bienes y era hecho esclavo con todos sus parientes. Se penaba con esclavitud a aquellos que hubieran secuestrado a un niño para venderlo como esclavo; la misma pena se aplicaba a los que evitaban que un esclavo se refugiase en el palacio para obtener su libertad, a los conspiradores y a los que vendían lo que no les pertenecía.

Si un hombre libre dejaba encinta a una esclava de otro hombre libre y ésta fallecía en el parto, el primero quedaba como esclavo del segundo para reemplazar a la esclava fallecida. Ingresar a la esclavitud era un medio de manutención. El hombre y la mujer libres podían disponer de sus personas y venderse a otro hombre libre.

Los que tomaban esta determinación eran individuos borrachos o perezosos a los que el *calpulli* les había retirado su tierra, ya que no la habían trabajado por culpa o negligencia. También los jugadores de pelota arruinados y las prostitutas solían tomar esta decisión. El acto de renuncia a la libertad se celebraba en presencia de al menos cuatro testigos ancianos y honorables.

A la ceremonia asistían numerosas personas. En ella, el futuro esclavo recibía el precio de su libertad, generalmente 20 piezas de tela y conservaba su

libertad en tanto no gastaba esas 20 piezas. Una vez agotada su fortuna, que generalmente era al año o poco más, se presentaba ante el amo para prestarle el servicio.

Una o varias familias podían obligarse con un particular o con un alto dignatario a entregarle como esclavo a uno de sus hijos, al cual reemplazarían cuando llegara a la edad de contraer matrimonio. En caso de pobreza extrema, una familia podía obligarse perpetuamente a proporcionar a un amo y a sus herederos un esclavo que se encargara de las labores de siembra, barrer la casa, recoger la cosecha, etcétera.

Los padres podían vender a sus hijos como esclavos si éstos eran incorregibles, si la familia se encontrara en la miseria o para evitar la muerte de los hijos. En principio los esclavos no podían ser vendidos sin su consentimiento ni ser muertos por sus amos. En caso de necesidad, el amo podía enviar a su esclavo a comerciar por su cuenta.

Únicamente se revendían en el mercado los esclavos perezosos o viciosos, cargados con un collar de madera, collera o yugo. Si tres amos sucesivos revendían al mismo esclavo, se le podía comprar para ofrecerlo en sacrificio.

Los esclavos tenían derecho a contraer matrimonio, tener pertenencias, adquirir esclavos que trabajasen para ellos y obtener su libertad una vez saldadas sus deudas o restituían el precio de su libertad. También se emancipaban si lograban huir al palacio de algún noble reconocido como refugio. El que contraía matrimonio con el amo o ama adquiría su libertad. El esclavo perdía el derecho a ser elegido para los puestos del *calpulli*.²³⁷

b) Los mayas. Es también Óscar Cruz Barney quien dice que el pueblo maya, florecido en los siglos III y XVI, en la península de Yucatán, fue la civilización considerada la más brillante del mundo precolombino.

Su gobierno lo encabezaba un cacique territorial, cargo hereditario dentro de una única familia y se le denominaba *halach* o *ahau*, título que los mayas utilizaron en el siglo XVI para referirse al rey de España. Se encargaba de formular

²³⁷ Cruz Barney, Oscar, *opcit*, pp. 27- 30.

política exterior, y era auxiliado por un Consejo integrado por jefes, sacerdotes y consejeros especiales.²³⁸

Fernando Castellanos indica que la conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes, éstos fueron los siervos y los europeos los amos, por más que en la legislación como dice Miguel S. Macedo, se declarara a los indios hombres libres y abierto el camino de su emancipación y elección social por medio del trabajo, el estudio y la virtud.²³⁹

Griselda Amuchategui Requena expresa que “el Derecho penal tenía características de severidad y dureza, pero con una concepción más humanizada, más metafísica del mundo, más profunda. Su legislación era consuetudinaria. La prisión no se consideraba un castigo, sino el medio para retener al delincuente a fin de aplicarle después la pena impuesta y a los menores se les sancionaba con penas menores”.

La misma autora señala que “los delitos principales, era el adulterio, la violación, el estupro, las deudas, el homicidio, el incendio, la traición a la patria y la sodomía. Entre las penas más importantes figuraba la muerte por horno ardiente, el estancamiento, la extracción de vísceras por el ombligo, los flechazos y el devoramiento por fieras; la esclavitud, las penas corporales, las infamantes y la indemnización a la víctima, entre otras”.²⁴⁰

Oscar Cruz Barney, manifiesta que los mayas consideraban delitos el robo, el homicidio, el adulterio y la lesa majestad: el castigo consistía en pena igual al crimen cometido. El robo se castigaba con la esclavitud hasta que el ladrón pagara su deuda; el homicidio con la muerte, aun cuando hubiera sido accidental, a menos que la parentela estuviera dispuesta a indemnizar a los deudos. Igual pena al adulterio.²⁴¹

c) Época colonial. Griselda Amuchategui Requena precisa que a la llegada de los españoles, las costumbres y manifestaciones de la cultura indígena fueron

²³⁸ Cruz Barney, Oscar, *opcit*, pp. 4-5.

²³⁹ Castellanos, Fernando, *opcit*, p. 44.

²⁴⁰ Amuchategui Requena, Griselda, *opcit*, nota 233, p. 12.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 8.

abolidas, se imponen las del conquistador. Las leyes de Indias constituían el cuerpo legal de la Colonia aplicándose en la Nueva España.

Las Ordenanzas Reales de Castilla, la Legislación de Castilla (leyes del Toro), las Ordenanzas Reales de Bilbao, el Fuero Real, las Partidas, los Autos Acordados y la Nueva y Novísima recopilación estuvieron vigentes en la época colonial.²⁴²

Fernando Castellanos precisa que en “la colonia se puso en vigor la legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes del Toro, pero en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, la Nueva y la Novísima Recopilación, entre otras”.²⁴³

Además, la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes.²⁴⁴

d) Época independiente. Fernando Castellanos asienta que iniciado Hidalgo el movimiento de independencia en 1810, el 17 de noviembre del mismo año, Morelos decretó en su cuartel general del Aguacatillo, la abolición de la esclavitud, confirmando el Decreto expedido en Valladolid por el cura de Dolores.²⁴⁵

Asimismo Griselda Amuchategui Requena señala que “al culminar la independencia, surge la necesidad de una legislación nueva, propia del pueblo mexicano, por la influencia de la legislación colonial”; la constitución de 1824, adoptó el sistema federal por cuanto a la materia penal y los códigos penales promulgados son:

a) Código penal para el Estado de Veracruz, puesto en vigor en 1869;

²⁴² Amuchategui Requena, Griselda, *opcit*, p. 12.

²⁴³ Castellanos, Fernando, *opcit*, p. 44.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 44.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 45.

b) Código penal de 1871, conocido como el Código de Martínez de Castro, vigente hasta 1929 y con influencia de la escuela clásica y,

c) Código penal de 1929, conocido como Código Almaraz, vigente hasta 1931 y con influencia de la escuela positivad.

Código penal de 1931, vigente y aplicable en el Distrito Federal en materia común, así como en toda la República en materia federal.

A decir de Griselda Amuchategui Requena en el Código penal de 1931, hubo unificación penal, no puede haber conductas que en un estado constituyan delito y en otro no; o aberraciones legales como el delito de una madre que priva de la vida a su recién nacido en el Distrito Federal sea figura atenuada y en el Código federal sea agravada.²⁴⁶

Gustavo Malo Camacho refiriéndose al Código penal de 1931 dice que fue un ordenamiento benigno, con penas moderadas, con aspectos conservadores y de orientación liberal, demuestra haber iniciado la parte especial con los delitos contra la propiedad, a la vez que, reguló los delitos contra las personas, que se ocupó de los que afectan la vida e integridad corporal.

En los últimos títulos, se regularon los delitos contra la seguridad de la nación. Previno la pena máxima de veinte años y también incorporó instituciones jurídicas avanzadas del correccionalismo, como la libertad preparatoria, la conmutación y sustitución y acogió la pena de muerte.²⁴⁷

El Código en cuestión, satisfizo las necesidades de su tiempo, aunque en el Porfiriato existió un sistema punitivo paralelo: derivado de la irregular guardias blancas o particulares que ayudaron a mantener la seguridad pública, sobre todo, en relación con el sostenimiento de la nueva concentración de la tierra favorecida por las leyes de colonización de 1875 y 1893.²⁴⁸

El ordenamiento de 1931 muestra una severidad notable que contrasta con los dos códigos antecesores, los que contemplaron la prisión en veinte años como máximo. El vigente la elevó a treinta y, posteriormente la incremento a cuarenta como después a cincuenta años.

²⁴⁶ Castellanos, Fernando, *opcit*, pp. 13-14.

²⁴⁷ Malo Camacho, Gustavo, *opcit*, p. 161.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 162.

Sin demérito de la reincidencia, la retención y la habitualidad, características severas que en su momento cuestionaron la filiación humanista y garantista de los derechos humanos, que no parecía corresponder al espíritu de reivindicación social y democrático de 1910 y a la ideología plasmada en la constitución de 1917, hubo una evolución consciente o inconsciente recuperando la orientación del *ius puniendi*.

La ley penal vigente, con paso en el proceso de cambio ha permitido conocer, observar y valorar los efectos de las nuevas instituciones jurídicas incorporadas o ampliadas en la ley penal; es el caso de los sustitutivos y las penas alternativas, el concepto del dolo, la participación o tentativa, etcétera.²⁴⁹

La severidad del código de 1931, se debe al momento histórico en que fue promulgada la ley. Sobre todo desde la perspectiva económica, periodo de mayor depresión en el país, situación que no fue privativa de México, fue un fenómeno generalizado de la economía mundial, 1929, cuya recuperación no fue inmediata.

Este periodo, manifiesta acelerada concentración demográfica urbana, derivada de la migración rural-urbana en busca de trabajo y mejores niveles de vida, ante la falta de mano de obra calificada y no ocupada, como también de las insuficiencias en los servicios y la violencia relacionada.

El alcance de esta dimensión del *ius puniendi* en México, cuyo sentimiento, aparecía recogido en la ideología de la constitución de 1971 y demás instrumentos internacionales de protección relacionados, se vino a incorporar en las reformas de 1983 y 1984, ampliadas en 1991 y 1994; orientación manifestada en el ámbito de la ejecución, con la ley de Normas Mínimas sobre readaptación social de sentenciados de 1971.²⁵⁰

El hombre siempre ha estado en contacto con la naturaleza, como en constante lucha por la sobrevivencia y demostrar quién es el mejor, en fuerza física como intelectual, pero lo más grave, es conseguir el dinero y el poder a costa de lo que sea y que para lograrlo y conservarlo, va creando leyes acordes a las necesidades de los grupos de poder.

²⁴⁹ Malo Camacho, Gustavo, *opcit*, p.164.

²⁵⁰ *Ibidem*, p.164.

CAPÍTULO TERCERO

PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL

En este capítulo se abordan los *principios rectores del Derecho* penal con la finalidad de buscar alternativas que eviten los abusos tanto del Estado, como de sus agencias investigadoras contra los sujetos involucrados en hechos delictivos, en esa búsqueda de datos para deslindar responsabilidad penal y con actos arbitrarios afectar tanto al delincuente, como a la propia víctima al no llevar a cabo una investigación técnica y científica.

En todo Estado democrático y de Derecho, debe haber normas que limiten el abuso estatal, así que el tema de los Derechos humanos juega un papel importante en la legislación mexicana, para evitar desquiciar el orden social y que la fuerza del Estado se recrudezca contra los gobernados, se flexibilice las garantías individuales aplicando un Derecho penal para enemigos.

Es indudable que los Derechos humanos sirven como límites rectores contra el abuso desmedido del Derecho penal, sobre todo, cuando los más vulnerables se ven enfrentados contra una desigualdad e inequidad jurídica.

3.1. Derechos fundamentales. Los derechos del hombre o llamados derechos fundamentales, son los valores más altos del ser humano, los que fueron mencionados en el primer capítulo, como el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, entre otros; la pregunta viene respecto a que si los derechos del hombre, son derechos subjetivos, es decir, si existe la correlación de la obligación y el deber.

Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales y sus garantías, brinda algunas respuestas; en la primera señala que “en el plano *teórico-jurídico* la definición más fecunda de los derechos fundamentales es la que los identifica con los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables”.

La segunda respuesta la da el derecho positivo, es decir, la dogmática constitucional o internacional. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento

italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles. En el derecho internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

La tercera respuesta, la ofrece la filosofía política y se refiere a la pregunta de cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales. Para fundarla asienta los criterios *meta-éticos* y *meta-políticos*. Y los criterios axiológicos que pueden ser sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional:

Uno de los primeros criterios relevantes, es el nexo entre *derechos humanos* y *paz* instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948: en donde deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz:

“El derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un derecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia”.

El segundo criterio, son los derechos de las minorías, nexo entre derechos e igualdad: *la igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales –de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales;* y en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.

El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales *como leyes del más débil*: todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia.

En primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar, los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos

sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.²⁵¹

Germán J. Bidart Campos dice que “el derecho subjetivo y los derechos del hombre, es algo propio del hombre: ¿potestad, facultad, pretensión, atribución, posibilidad de exigir una conducta ajena (del sujeto pasivo), opción para hacer u omitir, permisión, disponibilidad?

Se habla de derecho a la vida y a la salud, de derecho de asociarse, de derecho al trabajo y de trabajar, del derecho al libre tránsito o a la libertad física o corporal, del derecho a la jurisdicción, del derecho de propiedad, del derecho a casarse, y así sucesivamente podríamos repasar todo un catálogo de derechos humanos”.²⁵²

Ignacio Burgoa Orihuela asienta que: “los seres humanos, por más diversos que parezcan sus caracteres y sus temperamentos, por más disímiles sus fines particulares, por más contrarias sus actitudes, coinciden en un punto fundamental, que se traduce en una situación subjetiva consciente de bienestar duradero, que una satisfacción íntima permanente”.²⁵³

Para tener respuestas a las siguientes interrogantes ¿Qué son los Derechos humanos? ¿Son derechos del hombre ó derechos de la persona humana ó derechos individuales ó derechos naturales del hombre ó derechos fundamentales del hombre? Jorge Bidart Campos sostiene que:

“Los supuestos derechos tienen como sujeto al hombre en cuanto es hombre y pertenece a la especie que llamamos humana. Si luego reconocemos ciertas especificaciones cuando el ser humano es niño, o anciano, o mujer, o trabajador, los derechos que le adjudicaremos seguirán siendo del hombre”.²⁵⁴

Si partimos de que sí los derechos fundamentales del hombre reconocidos por el Estado, tienden a brindarle seguridad y le permiten ir en busca de los fines que le brinden la satisfacción humana, podemos partir de lo que expresa Ignacio

²⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los Derechos fundamentales y sus garantías*, Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2007, pp. 8-10.

²⁵² Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, pp. 17-19.

²⁵³ Burgoa Orihuela, Ignacio, *opcit*, nota 54, p. 9.

²⁵⁴ Bidart Campos, Germán J., *opcit*, p. 2.

Burgoa Orihuela, cuando asienta que “para lograr esa satisfacción íntima permanente, cada ser humano, debe hacerlo apegado a los valores, sean estos positivos o negativos”.²⁵⁵

Burgoa Orihuela señala que “una de las condiciones indispensables, *sine qua non*, para que el individuo realice sus fines, desarrollando su personalidad, es la libertad, concebida no solo como potestad psicológica de elegir propósitos determinados y excogitar los medios subjetivos de ejecución de los mismos, sino como actuación externa con limitaciones o restricciones que hagan imposible o impracticable los conductos necesarios para la actualización de la teleología humana”.²⁵⁶

En cuanto a la libertad social o externa del hombre, Orihuela refiere: es “aquella que trasciende de su objetividad, no solamente consiste en un proceder moral interno, sino que revela una facultad autónoma de elección de los medios más idóneos para la realización de la teleología humana”. Cita a Jorge Cifra Heras cuando dice que: “en último término, la libertad no es otra cosa que la facultad de elección frente a un número limitado de posibilidades”.²⁵⁷

Respecto al mismo principio, pero hablando no solamente de libertad, sino de libertad jurídica Germán J. Bidart Campos señala que la “libertad jurídica exige que a todo ser humano se le reconozca la calidad de persona jurídica, de persona en el ámbito *jurídico-político*: el primer derecho de todo hombre es el derecho a que se le depare el *status* de persona jurídica”.²⁵⁸

Sostiene Bidart Campos: “desde el *status de libertad jurídica* de la persona humana, ha de expandirse socialmente, de forma que esa realidad difusa que apodamos sociedad, disponga, en el espectro pluralista de sus grupos, de un espacio suficiente para movilizar sus iniciativas, proyectos, actividades, en una serie de ámbitos: cultural, económico, político, educativo, sindical, religioso, etc.”²⁵⁹

²⁵⁵ Burgoa Orihuela, Ignacio, *opcit*, pp. 10-11.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 13.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 14.

²⁵⁸ Bidart Campos, Jorge, *opcit*, nota 253, p. 19.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 20.

La universalidad de los derechos humanos es la igualdad, como lo dice Bidart Campos: “si cada hombre y todo hombre es sujeto de estos derechos porque es parte de la especie humana, todos los hombres en cuanto lo son, se hallan en pie de igualdad en la titularidad de sus derechos. Estos derechos son iguales en cada uno, en cualquiera, en todos”.²⁶⁰

El hombre está dotado de derechos, de garantías individuales consagradas en sus constituciones que deben ser no nada más reconocidas por los gobiernos, sino además, respetadas y promovidas en toda su amplitud.

En tal sentido, Ignacio Burgoa Orihuela sostiene que “para que la vida en común sea posible y por un sendero de orden, evitar el caos en la sociedad, es indispensable que exista una regulación que encauce y dirija esa vida en común, que norme las relaciones humanas; que es menester exista un Derecho, concebido formalmente como un conjunto de normas de vinculación bilateral, imperativas, obligatorias y coercitivas”.²⁶¹

Es prioridad y obligación de un Estado social y democrático, promover y velar por los derechos humanos, promoverlos y protegerlos, cuidar que las instituciones, es decir, que sus autoridades eviten en todo momento violentarlos con presión psicológica, juicios injustos, tortura, etcétera.

Jorge Carpizo también los derechos humanos diciendo que “el tema de los Derechos Humanos es recurrente en la historia de la humanidad, porque está estrechamente ligado a la dignidad humana”.²⁶²

Con lo que estamos de acuerdo, ya que el respeto a la dignidad humana, juega un papel importante en toda sociedad, conlleva la idea del respeto a sí mismo, a nuestros semejantes y a todo lo que nos rodea; del gran valor del ser humano, como de la naturaleza.

El Estado debe velar, porque en las acciones y programas que lleva a cabo, no se violenten los derechos humanos, ni se denigre a las personas por cuestiones de raza, credo religioso o ideas contrarias al orden establecido.

²⁶⁰ Bidart Campos, Jorge, *opcit*, p.21.

²⁶¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *opcit*, p. 17-18.

²⁶² Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, tercera edición, editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 71.

El mismo Jorge Carpizo sostiene “que la preeminencia de la idea de la dignidad humana no está a discusión; se le acepta desde las más diversas teorías y filosofías; es un valor supremo por encima de los demás”.²⁶³

Y sobre la dignidad humana, hace su aportación Thomas Fleiner al decir que “hablar de la dignidad humana supone respetar el ámbito de libertad que las personas necesitan para formar sus opiniones y, de conformidad con éstas, decidir sobre la manera de comportarse. Que la libertad de decisión forma parte del núcleo interno del ser humano”.²⁶⁴

Señala además, que “las personas no son sólo seres libres, sino también seres únicos que deben ser respetados en su individualidad. Una persona es lastimada en lo más profundo de su ser cuando se le veja y discrimina en consideración a su raza, nacionalidad o religión. Pertenece a la dignidad de la persona, ser respetada en su singularidad e individualidad y el no ser discriminada como si fuera miembro de una raza proscrita”.²⁶⁵

Ignacio Burgoa Orihuela apunta que “la regulación jurídica es indispensable para la existencia, subsistencia y dinámica de la sociedad en todos sus aspectos. Sin el Derecho, orden normativo necesario para la vida social, ésta no podría desarrollarse. La normatividad jurídica es para toda colectividad humana lo que el agua para los peces, dichos elementos son imprescindibles para la vida en sus respectivos casos”.²⁶⁶

Y como bien lo expresa Margarita Herrera Ortiz “para que los derechos del hombre sean respetados y valorados, es indispensable, la libertad del individuo, pero al mismo tiempo, como ya lo expresó Burgoa Orihuela, debe existir ese ordenamiento jurídico que permita la sana convivencia social”.²⁶⁷

Por lo que se asientan dos comentarios que merecen importancia:

a) Los derechos humanos sólo pueden tener existencia y validez, cuando el orden jurídico positivo les otorga reconocimiento.

²⁶³ Carpizo, Jorge, *opcit*, p. 71.

²⁶⁴ Fleiner, Thomas, *Derechos Humanos*, traducción de José Hurtado Pozo, editorial Themis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999, p. 1.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 2.

²⁶⁶ Burgoa Orihuela Ignacio, *opcit*, p. 19.

²⁶⁷ Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de Derechos Humanos*, editorial PAC, S. A. de C.V., México, 2000, p. 5

b) Los derechos humanos existen por sí, independientemente de que el Estado les concede un reconocimiento dentro del orden jurídico positivo, por que son principios básicos fundamentales y esenciales para que el hombre viva con dignidad que le corresponde como ser humano”.²⁶⁸

Se está de acuerdo con estos comentarios, primero, porque atendiendo a la teoría del *iusnaturalismo*, los derechos son inherentes al ser humano desde el momento de su nacimiento, sin necesidad de legislación al respecto, pero debido a la historia penal, dichos derechos son pisoteados por las autoridades, siendo necesario existan documentos legales que eviten esto y castiguen.

Ignacio Burgoa Orihuela sobre el *respeto irrestricto a los derechos humanos* dice:

“Cualquier régimen estatal, liberal o socialista, será respetable y respetado, basado en la dignidad y en la libertad de la persona humana. Existen entidades superiores, como el pueblo, el Estado, la sociedad, la nación, en cuyo beneficio el ser humano debe sacrificarse hasta renunciar a su propia libertad mínima, imposible que un todo tenga bienestar y felicidad, cuando sus partes son desdichadas y están postradas en la abyección y en el servilismo”.²⁶⁹

De lo expresado por Orihuela, en nuestro país debe ser prioridad del Estado velar y proteger los derechos humanos, sobre todo, cuando en ataques frontales contra la delincuencia, se vulneran las garantías individuales de los gobernados en aras de la seguridad nacional.

Cuando se afirma que los derechos humanos son universales, superiores y están por encima del Estado, se refieren a la filosofía que conforma los derechos humanos; entendida como el conjunto de verdades fundamentales, normas o principios ideales de justicia, juicios de valor o criterios de estimativa.

Margarita Herrera Ortiz refiere que “los derechos fundamentales del hombre y el *iusnaturalismo* de finales del siglo pasado y principios del presente eran tratados con desdén, con la segunda Guerra Mundial y la serie de atrocidades que sufrió la humanidad, atacada en su dignidad, atropellos, violaciones y vejaciones

²⁶⁸ Herrera Ortiz, Margarita, *opcit*, p. 5.

²⁶⁹ Burgoa Orihuela. Ignacio, *opcit*, p. 23.

en sus derechos esenciales y fundamentales, se vuelve la mirada hacia los derechos del hombre, llamados desde 1948, Derechos Humanos”.²⁷⁰

De lo anterior, es importante asentar lo que se establece en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde se sientan las bases obligatorias del respeto irrestricto a los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, y proclamados de la siguiente manera:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

²⁷⁰ Herrera Ortiz, Margarita, *opcit*, nota 267, pp. 5-6.

De acuerdo a estos considerandos, todas las naciones y sus gobiernos están obligados, a velar por el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de sus gobernados, cuidando que ninguno de sus ciudadanos al transitar por un país ajeno a sus orígenes, *sea vejado y ultrajado, ni se le denigre*.

Por tal motivo, las naciones han firmado pactos y acuerdos en este sentido, con la finalidad de que la humanidad se sienta protegida y segura de sus tribunales, lo que en la práctica, se dan hechos vergonzosos y lamentables, por los atropellos y atrocidades de los que hemos sido testigos.

3.1.1. Derechos humanos. Como ya se ha dicho, los derechos del hombre son derechos subjetivos reconocidos por el Derecho vigente, es decir, por ese conjunto de normas jurídicas elaboradas por el hombre, en el afán de encontrar los motivos suficientes que le permitan encontrar la felicidad y el reconocimiento como parte fundamental de la sociedad de que forma parte.

Si el término de los derechos humanos tiene el sustento en la filosofía, como Margarita Herrera Ortiz lo señala que “se debe considerar como filosofía de los derechos humanos, los requerimientos dirigidos al legislador, basados en juicios de valor, en normas o principios ideales de justicia en criterios estimativos”.²⁷¹

La filosofía madre de los valores y principios, debe estar presente y ser tomada en cuenta en todo actuar humano, para tener una sociedad más justa, equitativa, basada su organización en juicios y valores, cimiento fundamental, ya que al hablarse de derechos humanos como un juicio de valor, viene a la mente del hombre, el ser respetados éstos por sus autoridades.

Es conveniente anotar lo que escribe Luis Villoro al decir que “el juicio de valor objetivo, se refiere a lo estimable y no a lo estimado, que “algo es deseable aunque no sea de hecho deseado. Atribuir valor objetivo a algo implica pretender que cualquiera habría de tener una actitud favorable hacia ello en ciertas circunstancias, aunque de hecho no la tenga”.²⁷²

²⁷¹ Herrera Ortiz, Margarita, *opcit*, p. 7.

²⁷² Villoro, Luis, *opcit*, nota 52, p. 42.

Margarita Herrera Ortiz apunta que “el humanismo que sustenta la filosofía de los derechos humanos, contempla al hombre en toda su dimensión individual transpersonal, reconociendo que si todos y cada uno de los seres humanos tenemos un fin, también participamos de una función social común, en beneficio de toda la humanidad”.

Hace alusión en lo relacionado a que la terminología empleada para definir a los Derechos humanos, es variada como son Garantías individuales; Garantías constitucionales; Derechos humanos; Libertades públicas y Derechos subjetivos públicos.²⁷³

Thomas Fleiner al hablar de las libertades públicas y derechos subjetivos públicos hace la siguiente pregunta: “¿qué son los derechos humanos? Responde que el hombre de la Ilustración puede tomar su destino en sus propias manos. Él es en si mismo soberano y ningún poder estatal puede obligarlo a reconocer otra razón que la considerada por él como justa. Imagen que fundamentó las revoluciones y movimientos democráticos de los siglos XVIII y XIX”.²⁷⁴

Óscar Correas al referirse a la Justicia y derechos humanos señala que con “los derechos humanos, se suele decir, que por fin el derecho se ha puesto del lado de los débiles y oprimidos de la sociedad moderna”.²⁷⁵

Ariel Robinsón Manzanilla²⁷⁶ manifiesta y como así es, que el tema de los derechos humanos, nacen a la vida jurídica con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano aprobada el 26 de agosto de 1789, en donde se cristaliza la idea de la Revolución Francesa, pero que contribuyó la Declaración de Derechos constituida por las primeras diez enmiendas a la Constitución de Norteamérica, adoptadas el 3 de noviembre de 1791.

Fueron las declaraciones la francesa y la norteamericana, que hicieron una enumeración de derechos reconocidos a todos los hombres y sirvieron de ejemplo a otros países, los que en forma posterior a través de declaraciones, pactos,

²⁷³ Herrera Ortiz, Margarita, *opcit*, p. 8.

²⁷⁴ Fleiner, Thomas, *opcit*, nota, 265, p. 19.

²⁷⁵ Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos*, apuntes para un ensayo, ediciones Coyoacán, México, 2003, p. 67.

²⁷⁶ Robinsón, Manzanilla, Ariel A. César, *Garantías Consagradas en los Tratados Presunción de Inocencia*, Revista Jurídica Veracruzana, Órgano doctrinario e informativo del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, número 86, Tomo LXV, 2004, pp. 59-63.

tratados internacionales han consagrado el reconocimiento y respeto universal a los derechos del hombre.

Las diez primeras enmiendas a la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica, ponen especial interés en los hechos del procesado penal y se ocupan del tema las enmiendas IV, V, VI y VIII. La IV, consagra el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, domicilio, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias.

La V, establece el gran jurado como órgano de acusación, la garantía de *non bis in ídem*, el derecho de no auto criminalarse y del *debido proceso* legal. La VI, garantiza los derechos a un juicio rápido y público, por jurado; el derecho del acusado a que se le informe de la naturaleza y causa de la acusación, se le caree con los testigos que declaren en contra suya, se obligue a comparecer a los testigos que cite en su favor y a tener un abogado que lo defienda.

Por último, la enmienda VIII, dispone que no se exigirán al procesado, fianzas excesivas para otorgarle la libertad.²⁷⁷

El mismo Ariel Robinsón Manzanilla expresa que la declaración francesa, se ocupa de los derechos del procesado penal, sólo en dos de sus dieciséis artículos. El artículo 7º, *dispone que ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido, más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas por ella*. En el 9º, *establece el principio de que: “se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable”*.²⁷⁸

Asienta además, que el legislador francés sigue la idea de Beccaria: “a un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos que se le otorgó”.²⁷⁹

Al principio a que se refiere es el *non bis in ídem*, que en México, fue plasmado en el artículo 30, del Decreto Constitucional, de Apatzingán el 22 de Octubre de 1814, que establecía: “Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpable; México ha suscrito la Convención Americana sobre

²⁷⁷ Robinsón, Manzanilla, Ariel A. César, *opcit*, nota 276.

²⁷⁸ *Ídem*.

²⁷⁹ *Ídem*.

Derechos Humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, cuyo artículo 8.2 dispone:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” y el pacto internacional de derechos civiles y políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, en su artículo 14.2 refiere: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.²⁸⁰

La *Presunción de inocencia* impone a cualquier Estado la obligación de dar a todo ser humano tratamiento de inocente, hasta que los tribunales mediante sentencia firme, lo declaren culpable. Entonces y sólo entonces podrá el Estado tratar al individuo como culpable.

Tratamiento que concede al Estado la facultad de imponer, pena de prisión, la cual es privativa de la libertad, la multa o pecuniaria la cual disminuye el patrimonio y así mismo la reparación del daño que obviamente afecta el patrimonio del activo, pero resarce al agraviado, en consecuencia, se colige que quien no ha sido juzgado y condenado no puede ser considerado como culpable ni privado de sus derechos civiles y políticos.

Una vez que existe sentencia ejecutoriada, se puede afirmar que la presunción ha desaparecido y que nos encontramos ante un culpable el cual debe ser sancionado en los términos de la decisión jurisdiccional.

Luis de la Barreda Solórzano acude al preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos, que en su primer párrafo asienta: “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Y el tercer párrafo de la misma Declaración reza: “considerando esencial que los derechos humanos, sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de

²⁸⁰ Robinsón, Manzanilla, Ariel A. César, *opcit.*

que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.²⁸¹

Jesús Rodríguez Zepeda anota que algunos autores han defendido los derechos humanos llamándolos derechos naturales, pero nada se gana con esto si tales derechos no son concretados en las leyes y la practica cotidiana, ya que los derechos humanos o naturales son demandas ideológicas o políticas que dependen de una gran lucha para su implantación.²⁸²

Siguiendo con los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, el artículo 1º de la mencionada declaración establece:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

El artículo comentado, mantiene relación con el artículo 4º párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que protege esta garantía constitucional del individuo.

En un principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, sin ser el más antiguo es considerado el paradigma de los derechos humanos en el ámbito internacional, sólo poseía eficacia indicativa, sin carácter vinculante, por lo que no se podía obligar a legislar al respecto, solo se podían emitir simples observaciones o llamadas de atención.

José Guillermo Vallarta Plata expone que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, fue un paradigma, que con el paso del tiempo ha cambiado después de la Declaración de Teherán, aprobada en 1968, que establece:

“La declaración Universal de los Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia y la declara obligatoria para toda la humanidad”.

De la “Declaración Americana surge la Convención Americana de los Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica del 22 de

²⁸¹ Rodríguez, Zepeda, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

²⁸² *Ídem*.

diciembre de 1969, pieza capital del sistema protector de los Derechos Humanos en América. Ratificando México este instrumento el 24 de marzo de 1981”.

La competencia de la “Corte Interamericana de los Derechos Humanos, tiene un ámbito de competencia consultiva, y se conforma por siete jueces elegidos por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, su sede se encuentra en San José, Costa Rica, sus sentencias constituyen pronunciamientos finales, definitivos e inapelables, de cumplimiento obligatorio para los Estados Involucrados”.

Y puntualiza que esta Corte Interamericana “no ejerce una jurisdicción de carácter panal destinada a castigar a los individuos que han cometido violaciones a los derechos humanos. Su competencia se limita a determinar la responsabilidad de los Estados por las violaciones cometidas en el ámbito de su jurisdicción”.²⁸³

En seguida anotamos los aspectos procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

a) La Corte de oficio o a petición de parte, en cualquier etapa del procedimiento, puede ordenar las medidas cautelares necesarias, en caso de urgencia, a fin de evitar que se cometan daños irreparables.

b) Si alguna de las partes durante el proceso no comparece o bien no actúa, esto con el fin de entorpecer o tardar el procedimiento de la Corte de oficio impulsará el proceso hasta su conclusión.

c) En cualquier momento del proceso la Corte puede ordenar la atracción de dos o más casos a fin de instruirlos constantemente.

d) Una vez emitida una resolución de la Corte, no procede ningún medio de impugnación.

La Convención Americana de 1969 establece que únicamente los Estados parte y la Comisión Interamericana, tienen la facultad de someter un caso a la jurisdicción de la Corte; en esa virtud las personas carecen del *Ius Standi* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁸³ Vallarta Plata, José Guillermo, *la Corte Interamericana de Justicia y los derechos Humanos en México*, editorial Porrúa, México, 2003, pp. 93-97.

Los Estados parte deberán manifestar por escrito de ratificación o adhesión a la Convención Americana, y posteriormente reconocer la obligatoriedad de la competencia de la Corte a fin de que ésta pueda tener plena jurisdicción.²⁸⁴

Fue en 1998, cuando México se adhiere a la Convención Americana de Derechos Humanos y autorizó la jurisdicción vinculante de la Corte Interamericana de Justicia y tanto México como Brasil, reconocen la competencia Contenciosa del ámbito Latinoamericano, ante la negativa de los Estados Unidos de Norteamérica y su socio Canadá.²⁸⁵

Podemos afirmar y como así lo han dicho los que escriben sobre el tema, que los derechos fundamentales del hombre son derechos universalmente reconocidos, indisponibles e inalienables y son entre otros, el derecho a la vida, a la libertad personal y libertad de expresión, e igualdad, de educación, a tener un lugar seguro.

Para que le sean reconocidos al individuo por el sólo hecho de ser hombre, de formar parte del núcleo social y respetarlos, es importante se garantice su libertad, se respete su dignidad, se le reconozca la igualdad de derechos tanto civiles como políticos, de lo contrario, existen normas y organismos que entran en su defensa y los infractores sean sancionados.

De no respetarse, estaríamos ante a un Estado antidemocrático, con un derecho autoritario, que no ofrece garantías a los individuos que conforman su población, traspasando cualquier límite y justificando sus acciones en aras de proteger la seguridad social.

3.1.2. Derechos Constitucionales. Hablar de derechos constitucionales en materia penal, obliga a conocer y comprender primeramente, qué son y que significan los derechos fundamentales, saber qué son los derechos humanos y cuáles las garantías individuales, cuándo se violentan dichos derechos.

También, descifrar el por qué, el Estado está obligado a salvaguardar los derechos fundamentales de sus gobernados, brindando seguridad, servicios básicos y distribuyendo por igual la riqueza en la obtención de esos servicios, con

²⁸⁴ Vallarta Plata, José Guillermo, *opcit*, p. 99.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 101.

lo que se les brindaría un mínimo de bienestar, pero a la vez, también saber que las autoridades de ese Estado, están obligadas a respetar estos derechos en toda su amplitud.

3.2. ¿Derechos humanos o garantías constitucionales? Ahora bien, corresponde encontrar la diferencia entre derechos humanos y garantías individuales o garantías constitucionales. La mayor parte de los países, las plasman como se ha dicho en su Constitución, lo que permite estar en primer plano jurídico, el reconocimiento de estos derechos.

Se habla de derechos humanos en el sentido de filosofía como género y Margarita Herrera, los aborda de la siguiente manera:

“Dentro de ellos se colocan los principios y normas filosóficas, aspiraciones de justicia, juicios de valor, exigencias éticas, políticas, culturales, morales, religiosas, etc., todo lo que conforma los derechos humanos, que son necesarios para que el hombre viva y conviva con dignidad, lo que se logra cuando el Estado los reconoce, los respeta aplicando el ordenamiento legal basado en la justicia y la equidad”.

De los derechos humanos en sentido genérico (como filosofía), se desprenden dos grandes ramas:

1. Los derechos humanos Internacionales. Entre los cuales se agrupan los tratados, pactos convenios, convenciones internacionales que consagran derechos humanos (filosofía) reconocidos por organismos internacionales como lo son la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, que contempla que todos los discapacitados sean valorados en todas sus potencialidades que puedan aportar a su comunidad y les sean respetados todos sus derechos y garantías constitucionales, y el tribunal Europeo de Derechos Humanos, conocido también como Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos.

2. Los derechos nacionales. Dentro de este rubro o título, se agrupan a todos los derechos humanos (filosofías), reconocidos y consolidados dentro de un orden jurídico positivo de un Estado en particular, independientemente del nombre

que el Estado, particularmente, le quiera dar, así, por ejemplo, podrán llamarlos derechos del hombre, derechos fundamentales; libertades públicas; derechos humanos; garantías”.²⁸⁶

Cuando se habla de los derechos fundamentales del hombre, de derechos humanos, se habla también, de garantías individuales, lo que produce confusión, quedando la duda cuándo estamos hablando de derechos humanos, cuándo de derechos fundamentales y cuándo de garantías individuales.

La misma Margarita Herrera señala que “la individualización de los derechos de cada hombre llevó a utilizar la expresión derechos individuales”.²⁸⁷

Podemos afirmar, que los derechos fundamentales, son inherentes al ser humano, que cuando nace ya los trae implícitos como parte integrante del conglomerado humano, por lo que al hablar de los derechos humanos, estamos refiriéndonos a los principios de esas garantías reconocidas por el estado, que al ser plasmadas en las constituciones, toman el carácter de garantías individuales.

Es así como se comienza a manejar el término de garantías individuales y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene un capítulo dedicado a estas garantías, establecidas en los artículos del 1º al 29, con lo que las autoridades se ven obligadas a respetarlas por llevar implícitos los derechos subjetivos, por lo que la normatividad se debe aplicar dentro del marco de la legalidad, de la igualdad y el respeto irrestricto, a la dignidad humana.

3.3. Derechos humanos en México. Como lo hemos dejado asentado en líneas precedentes, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la que protege los derechos humanos de todos sus gobernados, los Tratados y Pactos Internacionales también contemplan y protegen estas garantías.

Margarita Herrera Ortiz los agrupa en dos ordenamientos legales importantes:

a) Los derechos humanos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus primeros 29 artículos consigna con el nombre de las

²⁸⁶ Vallarta Plata, José Guillermo, *opcit*, p. 101.

²⁸⁷ Herrera Ortiz, Margarita, *opcit*, p. 10.

Garantías Individuales, el 123 de la misma, que protege el derecho al trabajo, sobre el abuso del cual puedan ser objeto los obreros o asalariados por parte de los patrones, fija edades y espacios donde puedan laborar los menores de edad”.

b) Los tratados, pactos, convenios internacionales, que han pasado a ser parte del orden jurídico positivo, como lo señala el artículo 133 de nuestra Constitución Federal, como lo son por ejemplo: La Declaración Universal de los Derechos Humanos.²⁸⁸

La autora mencionada cita a Antonio Truyol con el siguiente razonamiento: “decir que hay derechos humanos, o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta, consagrados y garantizados.”²⁸⁹

Algo más que tiene a bien tratar Margarita Herrera, es que existen tres generaciones de derechos humanos, las cuales nos vamos a permitir anotar tanto la definición, como las generaciones a que hace alusión.

3.3.1. Generación de los Derechos humanos. El término generación se toma como algo cronológico, que transcurre a través del tiempo, etapas y situaciones, que marcan un referente en la historia, sea político, económico, social y familiar.

a) Primera generación. Se ubica en el absolutismo político junto a las monarquías, a finales del siglo XVIII, surge el constitucionalismo clásico; el hombre empieza a tomar conciencia *que para poder tener la convivencia política, conforme las ideas liberales*, debía tener ciertos derechos que le permitiera ejercitar libremente las ideas de la época; en donde las Colonias Inglesas se independizan de Inglaterra; tiempo en que surge la Declaración Francesa, de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789.

²⁸⁸ Herrera Ortiz, Margarita, *opcit*, p. 13-14.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 15.

Con la Declaración Francesa, surge la primera generación de los derechos humanos, llamados derechos individuales, que contenían, derechos civiles y políticos. Las ideas que dieron forma a estos derechos de la primera generación, son dadas al mundo, por Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás de Aquino, y retomadas posteriormente por Rosseau, Voltaire, Diderot y D'Alambert.

b) Segunda generación. Son derechos civiles y políticos, que surgen constitucionalmente por primera vez en México, en 1917; en Rusia, en 1918; en Weimar Alemania, 1919. Considerándose de tres tipos: Derechos Sociales y Derechos Económicos, sumándoseles los Derechos Culturales.

Los derechos humanos de segunda generación cumplen con una función social, sin dejar de ser personales, o mejor dicho, individuales; de esta manera, el individuo que es su titular, deberá ejercerlos con una conciencia social.

En México tenemos la propiedad que consagra el artículo 27 Constitucional, que contempla limitaciones tendientes a cumplir un Interés social; a su vez, el 123 Constitucional, para proteger económicamente los desprotegidos y procurar una más justa distribución de la riqueza, regula el salario justo, el descanso obligatorio y otorga seguridad social.

c) Tercera generación. Estos derechos también llamados derechos de solidaridad. Se refieren al derecho de los pueblos para reclamar ciertas prestaciones de la sociedad internacional. Dentro de estos encontramos: derecho a la paz; a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado; a beneficiarse con el patrimonio común de la humanidad; a la comunicación; al desarrollo; a los recursos materiales, al patrimonio cultural y artístico, etc.²⁹⁰

En México y nuestro Estado, ya se ha legislado respecto a los temas de protección al medio ambiente, al patrimonio cultural y artístico, derecho al desarrollo nacional, fomentando el Estado aunque sea en lo teórico, el crecimiento económico y el empleo con una justa retribución de la riqueza, que permita el

²⁹⁰ Herrera Ortiz, Margarita, *opcit*, p. 3.

pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales; sobre la propiedad de la Nación, artículos 25, 26 y 27 Constitucionales.

3.4. Derechos constitucionales en materia penal. Al ser el Derecho penal ese conjunto de normas jurídicas que tienen carácter abstracto, impersonal, generales y de carácter público, adquieren vigencia al quebrantarse las mismas y corresponde al Estado su aplicación y vigilar que a los imputados no se les violenten las garantías plasmadas en sus Constituciones.

Jorge Nader Kuri al tocar el tema de los Derechos Fundamentales de Luigi Ferrajoli, hace una comparación con el Código Penal para el Distrito Federal que entró en vigor el 13 de noviembre del 2002, Título Preliminar, Libro Primero, artículos del 1º al 6º que contemplan los Principios y Garantías Penales:

Legalidad; tipicidad y prohibición de aplicación retroactiva; analogía y por mayoría de razón; prohibición de la responsabilidad objetiva; bien jurídico y antijurídico material; culpabilidad y jurisdiccionalidad.

Es así que los derechos del hombre, plasmados en un documento como en el caso de México, para que los derechos constitucionales en materia penal, sean respetados y aplicados en cualquier momento de la infracción a la norma penal, hay que tomar en cuenta los principios rectores del proceso *penal garantista*.²⁹¹

Anota los diez principios fundamentales en los que descansa el Derecho penal garantista, los cuales y son:

1. Principio de retribuidad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; según el cual *nulla poena sine crimine*.
2. Principio de legalidad, en sentido lato (mera legalidad) o en sentido estricto (estricta legalidad), según el cual *nullum crimen sine praevia lege poenali valida*.
3. Principio de necesidad o de economía del derecho penal y de respeto a la norma, según el cual *nulla lex poeanlis sine neccesitate*.
4. Principio de lesividad o de la ofensividad del acto, según el cual, *nulla neccesitas sine iniura*.

²⁹¹ Nader Kuri, Jorge, *El sistema penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva*, http://www.poder-judicial_be.gob.mx/udmonjus/n27/AJ27_001.htm

5. Principio de materialidad o de la exterioridad de la acción, según el cual *nulla iniura sine actione*.

6. Principio de la culpabilidad penal, según el cual *nulla actione sine culpa*.

7. Principio de jurisdiccionalidad, según el cual *nulla culpa sine iudicio*.

8. Principio acusatorio o de separación entre juez y acusación, según el cual *nullum indicium sine accusatione*.

9. Principio de la carga de la prueba o de verificación, según el cual *nulla accusatio sine probatioine*.

10. Principio de contradictorio, o de la defensa, o de refutación, según el cual *nulla probatio sine defensione*.

Los principios 1, 2 y 3 responden a las preguntas ¿cómo y cuando castigar? Expresando las garantías relativas a la pena; los 4, 5 y 6 responden a las preguntas ¿cuándo y cómo prohibir? Y expresan las garantías relativas al delito; y los principios 7, 8, 9 y 10 responden a ¿cuándo y cómo juzgar? y expresan las garantías relativas al proceso.²⁹²

En el capítulo primero (1.3), se habló sobre los principios que rigen el Derecho penal, necesarios para impedir las arbitrariedades de las autoridades, pilares fundamentales dentro de un Estado Social y Democrático.

De los anteriores principios, vale la pena comentar algunos de los artículos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, mismos que tienen relación con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con lo cual tenemos que:

El artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su primer párrafo establece: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

El artículo anotado, mantiene relación con el artículo 14 Constitucional, aunque si difiere en razón de que en México, primero se detiene y después se levanta el acta de investigación, violándose los principios constitucionales de ser oído y vencido en juicio.

²⁹² Nader Kuri, Jorge, *opcit*, nota 291.

En que las reformas constitucionales llevadas a cabo en el 18 de junio de 2008, opera el principio de *indubio pro reo*, principio que debe ser respetado por todo acto de autoridad y vigilado por la autoridad judicial, el que contrasta con el arraigo, figura que ha sido tomada como garantía constitucional.

El principio de *presunción de inocencia*, garantizará que el imputado, primero tendrá que ser investigado y posteriormente detenido si le resulta responsabilidad penal y el Juez de instrucción dictará el auto donde recae la orden de aprehensión o de comparecencia en su caso; tendrá derecho además, a que se le respeten sus garantías procesales.

El artículo 12 de la misma Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, establece que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a su honra o reputación.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. El artículo 16 Constitucional, *mandata un debido proceso*, y en su primer párrafo establece que “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

El segundo párrafo señala que “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad de indiciado”.

El tercer párrafo del ordenamiento constitucional estipula que “La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior, será sancionada por la ley penal”.

Jorge Carpizo asienta que en México es una garantía individual que todo procesado sea juzgado antes de cuatro meses, si se trata de delitos cuya pena máxima no excede de dos años, y antes de un año, si la pena máxima excede de ese tiempo. Muchos de estos términos no son respetados por los Jueces, por lo

que proceden quejas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, lo que demuestra que la sociedad se organiza mejor cada día con el propósito de defender los Derechos Humanos.²⁹³

El artículo 5º del Pacto de San José de Costa Rica²⁹⁴, que trata sobre el Derecho a la Integridad Personal, mandata:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no debe trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

El artículo 7º en su número 3, estipula “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”,

El artículo 8º, en su número 2, establece “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho y plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:

- b) concesión al inculcado del tiempo y de los medios necesarios para la preparación de su defensa.
- g) derecho a no ser obligado contra si mismo ni ha declarase culpable.

Atendiendo a lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, es obligatorio para las autoridades administrativas, jurisdiccionales o ejecutoras, respetar las garantías de los detenidos, su integridad física y psíquica, con lo cual se estaría cumpliendo con la exigencia de respetar la dignidad humana.

Es en este tema, donde se podría poner en tela de juicio sí el Estado Mexicano garantiza o no este principio, toda vez que los actos llevados a cabo por la autoridad administrativa, sobre todo en esta lucha frontal contra la delincuencia

²⁹³ Carpizo, Jorge, *opcit*, nota 262, p. 77.

²⁹⁴ *Ídem*.

organizada, se violentan constantemente los derechos humanos, la dignidad humana se ve cada vez más vulnerada.

Si se ha consentido introducirse a los domicilios sin la debida orden de un juez, si se detiene a un individuo para investigación como probable partícipe de algún hecho delictuoso, quien al ser sometido a la justicia mediática, no solo sufre un *desvalor* en su persona, *sino que traspasa su esfera personal y alcanza a su familia y amistades, e incluso, a compañeros de trabajo o escuela*, lo que difícilmente lo superará y limpiará su imagen de ser inocente.

No queda duda, de como los medios informativos llámense periódicos, televisoras y la Internet, hacen escarnio del sujeto, presentándolo no como presunto, sino como un delincuente y que si resultó o no responsable del acto delictivo cometido, ingresa o no a la cárcel, quedó manchada su reputación.

Peor todavía, si compurgó la pena, es difícil que el Estado le tenga asegurado un empleo para allegarse los medios necesarios para su subsistencia, y la de su familia, si la tiene, o si la tuvo, tal vez ya hasta de ella lo desarraigaron, con lo que se vuelve más difícil su existencia.

Una característica esencial de los nuevos riesgos es su capacidad de causar daños futuros, o sea, los riesgos no se extinguen en el presente, sino que sus consecuencias y daños son proyectados hacia el futuro, por esta razón los problemas generados por ellos deben ser, en la medida del posible, previstos para que puedan ser controlados o evitados.

En lo que se refiere a las garantías constitucionales, Óscar Correas señala que una de las exigencias que se tienen “es la seguridad jurídica, ya que las garantías constituyen un campo de lucha de primera importancia. Surge una paradoja: quienes sabemos que la seguridad jurídica es apenas una aspiración, esta paradoja está marcada con la palabra irrestricto, lo que demanda el poder de abstención de violentar las garantías, y a los jueces su defensa más enérgica”.²⁹⁵

3.4.1. Concepto de lo legítimo y lo ilegal. En el capítulo primero, abordamos los principios que rigen el derecho penal, entre los que se encuentran

²⁹⁵ Correas, Oscar, *opcit*, nota 276, p. 87.

el de la *legalidad*, que debe estar por encima de cualquier interés particular o político y permite que los gobiernos restrinjan sus acciones arbitrarias en aras de satisfacer demandas sociales que le permitirían cosechar triunfos políticos.

En el caso que nos ocupa, *sobre la no violación de los derechos humanos en la imposición de las penas*, lo legal, es lo establecido en las leyes penales y su contravención, violarían las garantías de los individuos sujetos a proceso o investigación, las que se legitiman cuando cuentan con la aceptación social.

Lo reprochable es que los actos ilegales son legitimados tanto por la información de los medios, como por la misma sociedad, con la venta de la idea de la seguridad nacional o social, y en el afán de mantener legitimadas las instituciones que atentan contra los derechos fundamentales.

De ser así, se pondría en práctica por las autoridades, tendencias penales que caigan en lo que hemos denominado *Derecho penal del enemigo*. Por tal motivo, es conveniente tener en cuenta que en tratándose de personas detenidas por hechos delictuosos, el Estado y sus autoridades, deben basar sus acciones a lo estrictamente apegado a derecho.

Es así como Luis de la Barreda Solórzano al hablar del planteamiento de la legitimación del Derecho penal, expone que los penalistas mexicanos no han abarcado este tema con sumo interés, sino solamente en los ámbitos de la teoría del delito y lo plantea de la siguiente forma:

I. La *legitimidad* en términos jurídicos, se puede dar cuando una norma jurídica es obedecida sin que medie el recurso al monopolio de la violencia que dice que esa norma es percibida como legítima, por lo que toda norma jurídica debe tener: justicia, validez y eficacia.

1. La *validez* se refiere a la manera en que la norma ha sido promulgada: una norma jurídica es válida cuando ha sido emitida por el órgano competente, e invalidada cuando ha sido emitida por un órgano no competente.

2. La *justicia* se refiere al cumplimiento o no de los fines que la sociedad considera como buenos. Una norma es injusta si la población considera mayoritariamente que no se atiende a los objetivos de esa misma sociedad, e injusta si ocurre lo contrario, con independencia si se la considera válida o no,

injusto pagar por estacionarse en la vía pública, a pesar de los ordenamientos municipales que lo prohíben.

3. La *eficacia* se refiere al seguimiento o acatamiento de la norma. Una norma es eficaz si la población la cumple, con independencia si la percibe como justa o válida, e ineficaz si es ampliamente desobedecida –prohibición de aparcar en doble fila puede ser percibida por todo el mundo como algo justo, y es desde luego una prohibición válida. Sin embargo, es desobedecida por la gran mayoría de los conductores.

La validez es expresable en términos más o menos formales y objetivos. La justicia se expresa en términos más o menos materiales y subjetivos. La eficacia es una cuestión descriptiva y fáctica, referida a los hechos.

II. La *legitimidad* en sentido político. Si la legitimidad se refiere a la ley, la legitimidad política se refiere al ejercicio del poder. El poder político que es percibido como legítimo será mayoritariamente obedecido, mientras que el percibido como ilegítimo será desobedecido, salvo que se tenga obediencia por medio de la violencia del Estado.

La legitimidad política se podría entonces definir desde dos perspectivas: la de quien obedece y de quien manda. Desde la perspectiva de quien obedece, será legítimo aquel gobierno que accede al poder (legitimidad de origen) y lo ejerce (legitimidad de ejercicio) cumpliendo los requisitos y los que obedecen creen que tiene que cumplir para mandar.

Desde la perspectiva de quien manda, será legítimo aquel gobierno que acude al poder y lo ejerce haciendo ver a los que obedecen que cumple los requisitos para mandar. Cuando al aplicar la pena, preguntamos cuál es el sentido y los límites de la pena que el Estado se ha planteado.²⁹⁶

Al tratarse lo legítimo, no son legales las acciones encaminadas a descubrir a presuntos responsables, con métodos arcaicos, usando la tortura física y psicológica, fabricando delitos y delincuentes, violentando garantías individuales.

Lo peor viene cuando la sociedad misma legitima estas acciones por la incertidumbre y el miedo derivado de las imágenes que los medios presentan que

²⁹⁶ De la Barreda Solórzano, Luis, *Justicia penal y derechos humanos*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 72.

son los más sangrientos y mórbidos, con lo que se materializa como lo dijo José-María Silva Sánchez y que se expuso en el capítulo primero, la sociedad del miedo, de la inseguridad.

Si hablamos de la legalidad, nos referimos a lo apegado a derecho, lo establecido en las normas jurídicas y a las acciones de las autoridades llevadas a cabo conforme a derecho. Como se dijo en páginas anteriores, hay hechos en que intervienen los Estados a través de sus autoridades, queriendo dar respuesta inmediata a las exigencias sociales, atentan contra derechos fundamentales, rebasando los ordenamientos legales establecidos.

Situaciones a todas luces ilegales, pero que si sus gobernados los aprueban, esas acciones gubernativas contrarias a Derecho, adquieren legitimidad llegando en muchos casos a cobrar vidas y la desaparición de pueblos enteros cuando se atacan a grupos de terroristas.

Lo que sucedió con la caída de las torres gemelas en los Estados Unidos de Norteamérica, en septiembre del 2001 y que el gobierno norteamericano, con el discurso de proteger la Seguridad Nacional y los derechos de todos los pueblos del orbe, declaró la guerra a los terroristas, siendo cegadas vidas de inocentes, justificación el ataque en el atentado sufrido.

Esto va contra todo procedimiento legal y empleándose armamento sofisticado; no importando que en esa lucha desigual, resulten también muertos sus soldados, muchos de ellos, jóvenes en espera de documentos migratorios que les permitan una estancia legal en el país, y que no tienen la experiencia suficiente para estas luchas fratricidas.

3.4.2. Determinación de legitimación y lo ilegal. Como quedó asentado en el capítulo primero, cuando se habló de la legalidad y sobre las máximas de *nullum crimen sine lege*, indudablemente, la legalidad se da siempre que los actos de las autoridades caigan dentro del marco normativo aplicable, acciones de autoridades apegadas a estricto derecho.

Al decir que ciertos actos o acciones son legítimas, es porque están apegadas a derecho, pero puede suceder que las autoridades lleven a cabo

acciones que tiendan a combatir hechos delictuosos, sobre todo, aquellos que más lastiman a la sociedad y para acallar sus voces, como ya lo hemos citado en varias ocasiones, pueden atentar contra los derechos fundamentales, saliéndose del mandato constitucional.

Pero que al ser reiterativos en los medios informativos, pueden causar un alto impacto social, lo que conlleva a que los ciudadanos perdonen a las autoridades esos actos ilegales y legitimar tales acciones, aun cuando con eso se ponga en riesgo a la comunidad en su conjunto.

Santiago Mir Puig al hablar acerca del principio de utilidad de la intervención penal, señala que “si el derecho penal de un estado social se legitima, sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Y el principio de necesidad conduce a la exigencia de utilidad. Lo que plantea la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos”.²⁹⁷

Puede ocurrir y esa es la percepción social, que al aplicarse el Derecho penal en casos que no ameriten pena alguna, pero que los acontecimientos lleven a legitimar arbitrariedades estatales, la misma sociedad al ver saciada su necesidad de sentirse protegido, estaría legitimando arbitrariedades de la autoridad persecutora y tal vez, de la misma autoridad jurisdiccional.

Como lo expresa Luis de la Barreda Solórzano al referirse al principio de legalidad, el cual tiene “como función asegurar a todos los gobernados que no van a ser castigados por su conducta si esta no ha sido declarada inequívocamente como punible por una ley penal antes de haberse producido”. Lo cual tiene sustento en el principio de “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.²⁹⁸

3.4.3. ¿Es posible legitimar el abuso del Derecho penal? Al venir hablando de los derechos humanos y de las garantías constitucionales, no podemos pasar desapercibido que, unos y otras contemplan y protegen los derechos más sensibles de todo ser humano.

²⁹⁷ Mir Puig, Santiago, *opcit*, nota 19, p. 122.

²⁹⁸ De la Barreda Solórzano, Luis, *opcit*, nota 296, p. 125.

En ellos están presentes e inmersos los derechos de libertad, igualdad, asociación, expresión, desarrollo económico, educación formal, seguridad jurídica y sobre todo, el respeto a la dignidad humana.

Siendo importante entonces, no desconocer que en muchos aspectos se ha llegado a legitimar el abuso del derecho penal. En cuanto esto Tomás Fleiner alude a lo expresado por el rey francés Luis XIV cuando sentenció: “el Estado soy yo. Con lo que se justificaba en estas palabras, el abuso del poder, sobre todo, contra los más desprotegidos”.

El mismo Fleiner sostiene que “los Estados están sujetos al derecho. Por lo que no pueden ignorarlo o cambiarlo a su voluntad. Existen derechos irrenunciables de las personas que los Estados, sean grandes o pequeños, pobres o ricos, fuertes o débiles, democráticos o dictatoriales, no pueden suspender o violar”.²⁹⁹

Con lo expresado por Fleiner no cabe duda de que todo actuar de autoridades persecutoras, debe estar apegado al ordenamiento jurídico vigente y respetarse de manera irrestricta los derechos humanos; y no justificarse en que sus acciones acallan las voces sociales que claman justicia y aplauden incluso, cuando a leguas se ve que a los que detienen ó son chivos expiatorios ó a aquellos que no representan al verdadero capo de la delincuencia.

En este sentido, Winfried Hassemer señala que “nuestras leyes penales disponen, de un arsenal de medios de protección jurídica: derecho a callar, a negarse a testificar, a ser defendido por un profesional (a cargo del Estado), a defenderse frente a una acusación.

Los deberes de fundamentar las decisiones y permitir su control, de acelerar el procedimiento (pero no en contra de los intereses legítimos de los afectados), de no perjudicar al condenado en forma desproporcionada, de tratar a quien no está condenado por sentencia firme como si fuera inocente (aun frente a graves sospechas), y de protegerlo frente a imputaciones calumniosas”.³⁰⁰

Quien se refiere al papel riesgoso que juegan los medios es Eugenio Raúl Zaffaroni y dice al respecto:

²⁹⁹ Fleiner, Thomas, *opcit*, nota 264, pp. 25-26.

³⁰⁰ Hassemer, Winfried, *opcit*, nota 39, pp. 18-20.

“Los medios poco éticos o directamente criminales, venden la ilusión de que se obtendrá mayor seguridad urbana contra el delito común sancionando leyes que repriman fuera de cualquier medida a los pocos vulnerables que se individualizan (débiles mentales) y aumentando la arbitrariedad policial, con lo que legitima directa o indirectamente todo género de violencias incluso contra quienes objetan el discurso publicitario”.³⁰¹

3.4.4. Legitimación material del Derecho penal. Al hablar de la legitimación del Derecho penal como lo hemos venido planteando, no tratamos de descubrir si la legislación penal se legitima o no, esto no está a discusión, porque desde el momento en que las normas penales adquieren vigencia al ser sancionadas, también adquieren legitimidad.

Lo que se critica, son los actos llevados a cabo tanto por autoridades administrativas, judiciales y ejecutoras cuando atentan contra los derechos humanos, contra la dignidad de las personas, sobre todo, cuando se cometen actos de tortura psicológica y física, con la finalidad de obtener informaciones con métodos ineficaces e inadecuados.

Ya que la falta de conocimientos técnicos y científicos por los encargados de las investigaciones, como lo son las corporaciones policíacas, del propio ejército que ha salido a las calles a combatir la delincuencia, desviando su función, puede hacerse uso de la tortura, de lo que ya han dado cuenta los Comisiones Estatal y Nacional de los Derechos Humanos.

Es cuando dichos actos que gozan de toda ilegalidad, pero que al realizarse en nombre de la seguridad nacional, se abusa del Derecho penal, y se pueden legitimar, aun cuando sean arbitrarios e inhumanos, es decir, que al querer sancionar al sujeto que ha cometido un delito, la pena o los medios impuestos atenten contra la dignidad de las personas, por la exigencia social.

Vemos que para acallar voces que demandan seguridad y justicia, el Estado que debe ser garante de los derechos fundamentales, usa los medios menos idóneos, violentando los derechos fundamentales, con tal de obtener

³⁰¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006, pp. 73-74.

confesiones o declaraciones, mediante actos de tortura física o moral y justificar ese trabajo arbitrario, sin ciencia o técnica para obtener las informaciones más fidedignas que coadyuven en la investigación de hechos delictuosos.

Como lo asienta Oliveira de Barros Leal: “la actuación del ente estatal, desde el momento de su estructuración, ha estado caracterizado por ciertas directrices, que se han venido reproduciendo. Las que reflejan deficiencias en la propia estructura y funcionamiento teniendo como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales en los integrantes del colectivo social”.³⁰²

Sostiene el mismo Oliveira de Barros Leal que “la actuación de los elementos integrantes del Estado que tienen el control social, han estado en función de las acciones permitidas desde el momento de monopolizar la reacción punitiva de los actos contrarios a la normatividad establecida. Las consecuencias de esas conductas ilegales, afectan tanto, a los sujetos en general y a las víctimas en el desarrollo de la esfera social y psicológica de su entorno”.³⁰³

Günther Jakobs expresa que “el Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado”.³⁰⁴

También Jesús-María Silva Sánchez se refiere a los problemas de la legitimación del Derecho penal, al decir que la función intimidatoria del Derecho penal, entendida sobre la base de la teoría de la reacción psicológica de Feuerbach, plantea, al menos, cuatro problemas significativos:

1) El de la legitimación axiológica de la intimidación al delincuente; 2) El de su legitimación empírica; 3) El de la explicitación de los mecanismos de la intimidación; y 4) El de concepto de norma que presupone una concepción así”.

El primero de los problemas, fue tratado por Hegel al señalar que “la fundamentación de la pena de este modo la equipara al acto de levantar el palo frente a un perro, con lo que el hombre no es tratado según su honor y libertad,

³⁰² De Barros Leal, Oliveria, Coordinador, *Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública, Victimización Secundaria y efectos que produce en las víctimas del delito*, de René Yebra Núñez, Instituto Nacional de Ciencias Jurídicas, México, 2003, p. 423.

³⁰³ *Ídem*.

³⁰⁴ Jakobs, Günther, *opcit*, nota 57, p. 44.

sino precisamente como un perro; en cuanto a lo segundo, se trata de discutir si el conjunto de normas que integran el Derecho penal cumplen, efectivamente, una función de intimidación.

Lo que tiene que ver con el tercer problema relativo a los mecanismos de la intimidación que, por lo general, no son desde luego directos (pues la mayoría de los destinatarios no tiene un conocimiento inmediato del contenido de las normas), sino más bien indirectos.

Finalmente, la prevención general intimidatoria plantea el problema de si su aceptación implica de por sí la acogida de un determinado concepto de norma; ello tiene que ver también con la cuestión, relativamente discutida, de si lo que previene, intimida, es la pena o la norma.³⁰⁵

Si bien es cierto, que los derechos tienen una enorme difusión y los espacios de reconocimiento se vuelven más amplios, también es justo aceptar que la llamada justiciabilidad de los mismos, se ha visto afectada por la creación de mecanismos extremadamente tortuosos.

Mecanismos que desencadenan la incredulidad en el propio sistema estatal y que dañan a la propia legitimidad del Estado de Derecho, poniendo en riesgo, no solo al individuo perseguido, sino la propia gobernabilidad, como es el caso del Estado Mexicano, llamado por algunos críticos, Estado fallido.

Günther Jakobs proporciona la definición de bienes jurídicos penales, citando a Bockelmann, “Se denominan bienes jurídico-penales las situaciones valoradas positivamente, por la consecuencia de que el Derecho penal a veces (e incluso en algunos ámbitos casi siempre), no se preocupa de la pérdida de sus bienes: la muerte por *decriptud senil*, que una cosa se estropee con el tiempo, representan pérdidas, pero no realizan ningún tipo penal”.³⁰⁶

Ana Laura Magaloni refiere que “los elementos esenciales que interactúan en un Estado de Derecho son: el imperio de la ley; los derechos y libertades fundamentales y las garantías institucionales de certidumbre, imparcialidad y acceso. También se tienen dos ejes fundamentales que son: a) el vertical,

³⁰⁵ Silva Sánchez, Jesús María, *opcit.*, nota 64, p. 214.

³⁰⁶ Jakobs, Günther, *opcit.*, p. 45.

relaciones de la autoridad con la ciudadanía: el objetivo es garantizar las libertades básicas frente al poder público.

La falta del Estado de Derecho en el eje vertical lleva a un estado arbitrario. Dilema liberal. b) horizontal, relaciones de los ciudadanos entre sí. El objetivo es garantizar la seguridad jurídica frente a los demás ciudadanos; la falta de Derecho en el eje horizontal lleva a la ley de la selva: *dilema Hobbessiano*".³⁰⁷

Respecto al tema formas de anticipación de la tutela penal, Juan L. Fuentes Osorio citando a Günther Jakobs, asienta que "una norma será materialmente justa porque su existencia y el restablecimiento de su vigencia reducen la complejidad del sistema social y ayuda a la conservación de su estabilidad".³⁰⁸

El mismo autor cita a Rodríguez Ibáñez al decir que las normas son "justas sólo porque responden a criterios de funcionalidad, que conduce a la relativización de principios limitadores del poder punitivo del Estado (protección exclusiva de bienes jurídicos, de ofensividad, de culpabilidad, ausencia de un límite material permanente y necesario que justifique la norma penal), posibilita la aparición desde una perspectiva material del injusto vinculado al fin superior de protección de bienes jurídicos, de un ilícito formal".³⁰⁹

Pero como lo expresa Günther Jakobs y con lo cual estamos de acuerdo, "el Derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a ataques de determinada clase".³¹⁰

Con lo que se corrobora la teoría de que la prevención general no inhibe al delincuente, de que no funciona para prevenir delitos, ya que la difusión de las normas es nula por parte del Estado y la mayoría de la población está inmersa en el dilema del sustento diario y no le importa saber si existen leyes o no y menos, si son buenas o malas.

³⁰⁷ Magaloni, Ana Laura, *et.al.*, *una Definición de Estado de derecho*, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., México, noviembre 6, 2005.

³⁰⁸ Fuentes Osorio, Juan L., *Formas de Anticipación de la Tutela penal*, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, <http://criminnet.ugr.es/recpc-ISSN 1695-0194>, 2006, p. 2.

³⁰⁹ *Ibidem*, pp. 2-3.

³¹⁰ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 45.

3.5. La peligrosidad del Derecho Penal. No se puede asegurar que el Derecho penal sirve para mantener el orden social o que el Estado lo crea para armonizar la vida en la comunidad, pues dichas normas penales ni son difundidas por los gobiernos y menos dadas a conocer a los sectores sociales.

Y aunque así fuera, sería una utopía pensar que la población las escuchara y comprendiera, ya que los gobernados sobre todo en los países como el nuestro, que viven al día y con la falta de oportunidades, lo que menos piensan o les importa, es conocer las leyes y valorar las sanciones penales, virtud a que piensan que los gobernantes sean del color que sean, sirven a los poderosos.

Si el Derecho penal teniendo el carácter público, tendiente a armonizar la convivencia social con una sanción impositiva para el que rompe las normas establecidas, sus modificaciones deben ser meditadas de manera cuidadosa y tomarse el tiempo necesario para la elaboración de las leyes penales; lasque al ejecutarse, deber ser puestas en escena en forma solemne.

Enrique Díaz Aranda manifiesta que el derecho penal conforme al Estado de derecho y el derecho procesal penal, “constituyen no solamente un medio de persecución o de cruda lucha contra el delito; sino un medio para garantizar el aseguramiento de los derechos fundamentales de los que intervienen en un conflicto penal no solamente de la víctima, sino también de los testigos, y sobre todo, de los sospechosos del hecho”.³¹¹

Tomás Fleiner dice: “sabemos que el derecho penal debe entrar en acción al cometerse hechos delictuosos, para imponer al autor del hecho una pena, se sigue el principio de legalidad *indubio pro reo*, pero se corre el riesgo de que estas condiciones no se cumplan y se violente el Estado de derecho, esto puede ser cuando se trata de adversarios políticos indeseables que no han cometido ningún crimen”.³¹²

Lo dicho por Fleiner se vuelve una realidad, ya que nuestro gobierno ha hecho uso de la fuerza policiaca utilizando los medios menos idóneos en sus investigaciones, no sólo contra delincuentes, sino con personas inocentes,

³¹¹ Díaz Aranda, Enrique, *Dolo, causalismo-finalismo, funcionalismo y la Reforma en México*, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, 2002, p 97.

³¹² Fleiner, Thomas, *opcit*, p. 87.

violentando los derechos humanos, realizando acciones fuera de todo procedimiento judicial.

En repetidas ocasiones, las personas son sacadas de sus domicilios como presuntos delincuentes cuando no existen pruebas que comprueben su participación o relación con los grupos de delincuencia organizada, son llevadas a lugares secretos o aparecen asesinadas con el tiro de gracia, y los medios los presentan en la lista de ejecuciones del crimen organizado.

También Carolina Viquez al hablar de la peligrosidad del Derecho penal, expresa que a esta la podríamos encontrar en función de la pena, que no consiste solamente en la retribución del mal por el mal, “que es en cuanto su función, prevención general positiva y que la finalidad del derecho penal pretende garantizar la seguridad de expectativas y el mantenimiento de las normas de una sociedad, que se tienen por esenciales y se establecen en tipos penales”.³¹³

Concluimos que el Derecho penal no previene delitos, solamente se dedica a codificar delitos que culminan con una sanción al infractor de la norma y en ocasiones con penas desmedidas y con juicios previos fuera de los tribunales como son los medios informativos, que se encargan de procesar y de juzgar, pero lo que es peor, de satanizar al individuo y propagar odio social.

3.5.1. Límites al Derecho penal. Si el Derecho penal sirve sólo como instrumento de control social y no para prevenir los delitos, se corre el riesgo de que las normas penales como se ha dicho, se vuelvan más crueles, más inhumanas y menos preventivas. Por lo que es importante se fomenten y se apliquen límites al Derecho penal, creando una cultura de prevención de hechos y conductas delictivas, contar con policías capacitados y especializados en investigaciones científicas.

Con lo que se evitarían acciones denigrantes en contra de los reos y evitar la creación de chivos expiatorios para acallar las voces que claman justicia y seguridad pública, y exigen eficacia en las acciones de gobierno.

³¹³ Viquez S., Carolina, *Derecho penal del enemigo, ¿Una quimera dogmática o un modelo al futuro?*, [http://](http://Polít. Crim. n 3, Costa Rica, 2007, p. 9.)

Elías Neuman sostiene que si tomamos en cuenta que “el hombre no se intimida ni disuade y los rebotes delictivos son cada vez de mayor violencia. Las leyes por sí mismas no pueden cambiar un ápice de la realidad social”.³¹⁴

Enrique Díaz Aranda anota que en la revolución francesa producida en nombre de la libertad de los hombres, no iba a provocar cambio en ciertos aspectos de la idea de que la función legislativa del Estado no reconoce límites. Ripert, ha puesto de relieve la extraña paradoja “de que el absolutismo de los reyes se prolonga mediante un Poder Legislativo que, por ser expresión de la voluntad del pueblo y manifestarse mediante leyes que debían ser tenidas como voz de la razón, no podía incurrir en error”.³¹⁵

El mismo Díaz Aranda al seguir hablando de la función del Legislador Inglés, señala que en Inglaterra “se admitió el principio de que el legislador lo puede todo, *salvo hacer que un hombre se convierta en mujer*. Jurídicamente esta idea del poder absoluto del legislador se vincula con la soberanía del Estado, que significa que por encima de éste no existe ningún otro poder capaz de someterlo, por lo que se entiende que tiene un poder ilimitado”.

Dice que es en “el Renacimiento en donde se inicia una corriente que representa una afirmación de libertad del individuo y se preocupa de establecer fronteras a la autoridad del Estado, sustentado en las doctrinas del contrato social de Juan Jacobo Rousseau, la separación del derecho y la moral, y el reconocimiento de derechos naturales e imprescriptibles de los hombres”.³¹⁶

José Guillermo Vallarta Plata cita a Peces Barba cuando dice que “el tránsito a la modernidad de los derechos humanos se produce en la constante discusión sobre tolerancia religiosa y sobre límites al poder político, de donde deriva el principio de la teoría de pesos y contrapesos o la clásica división de poderes, o aun el contrato social; así como el gran debate sobre la humanización del derecho penal y procesal penal”.³¹⁷

³¹⁴ Neuman, Elías, *Victimología, rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, tercera edición ampliada, editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 21.

³¹⁵ Díaz Aranda, Enrique, *opcit*, nota 311, p. 97.

³¹⁶ Neuman, Elías, *opcit*, nota 315, p. 97.

³¹⁷ Vallarta Plata, José Guillermo, *opcit*, p. 12.

Luis de la Barreda Solórzano hace alusión a Santiago Mir Puig quien pregona que “si el objeto de estudio le permite a la dogmática jurídica diferenciarse claramente de disciplinas jurídicas diversas, como la historia del derecho, del derecho comparado, la sociología y la psicología jurídicas, con la interrogante de si ¿tiene sentido la dogmática jurídico-penal?

Trata de ir perfilando propuestas a los grandes problemas: a) el contenido y los límites de la sanción penal, b) la fundamentación constitucional, c) las instancias en las que surgen, d) el problema de la legitimación, e) los criterios para determinarlas cuantitativamente y cualitativamente, f) las definiciones, g) la finalidad perseguida, h) los denominados sustitutivos penales”.³¹⁸

Jesús-María Sánchez Silva asienta que es conveniente “aludir a las causas por las que, todos los intentos de la fundamentación de la legitimidad del Derecho penal, pasan por la prevención general, mientras que la retribución y la resocialización han quedado en un segundo plano. En el caso de la retribución, las razones de su superación como fundamento de la intervención jurídico-penal sobre personas y bienes de los ciudadanos son culturales (o ideológicas)”.³¹⁹

Con esto surge entonces la interrogante, ¿y por qué castigar?, ¿Por qué el hombre permite que otros hombres le castiguen, en base a qué? El porqué *del ius poenale*. Luis de la Barreda Solórzano dice que se hace necesario tener claro respecto al *ius puniendi*, tanto para la creación de sus normas penales, como para privar a sus gobernados de su libertad e incluso, de sus propiedades en aras de la *reparación o indemnización*.³²⁰

La facultad que tiene el Estado para castigar al individuo (*ius puniendi*) que ha transgredido el ordenamiento penal con la comisión de una conducta tipificada como delito, la pena como ya se ha dejado establecido, debe ser proporcional al hecho cometido y no traspasar la esfera personal del autor de ese hecho, por lo que entonces estaríamos frente a una violación de los derechos humanos

³¹⁸ De la Barreda Solórzano, Luís, *opcit*, nota 297, p. 73.

³¹⁹ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 64, p. 199.

³²⁰ De la Barreda Solórzano Luis, *opcit*, p. 71.

Lo que trae a colación lo expresado por Thomas Fleiner: “quien quiera proteger los derechos humanos debe limitar el poder que la persona tiene sobre las demás y con este objeto cuidar que éste pueda ser controlado siempre”.³²¹

Prosigue, citando al filósofo Thomas Hobbes cuando dijo hace más de 300 años: “el hombre es ambicioso de poder, de honor o de dinero, actúa para conservar o para aumentar su poder; busca honor y gloria en la política, en el deporte, en las ciencias, en la Iglesia, en el arte o se mata trabajando para adquirir poder o consideración económicos”.³²²

Con lo que se confirma las aportaciones que de Thomas Hobbes hicimos en el segundo capítulo, de que el hombre busca siempre ser respetado y temido por el poder o por el dinero y que en aras de esto, siempre está en una lucha constante, hasta declara la guerra con tal de conseguirlo y en tal sentido, también el Estado no escapa a estas debilidades con tal se seguir conservando el poder.

3.5.2. El Estado de Derecho. Hablar del Estado de Derecho, es por la preocupación de no observarse el respeto irrestricto a los derechos humanos, a la legalidad, por parte del Estado, el cual está obligado a velar por que se respeten los derechos fundamentales de sus gobernados. El Estado de Derecho, es un concepto tomado en dos vertientes: por un lado, como poder político concentrado, y por otro, el derecho como conjunto de normas.

El término Estado de derecho, es un poder limitado por su derecho vigente. En el Estado absolutista, el soberano es el rey, él es el poder que está por encima de todos, es el que unifica todas las funciones del poder político y no admite límite ni contrapeso ni crítica.

Para limitar al Estado *absolutista*, surge el Estado de derecho. El *poder absolutista* se instituye desde arriba, no surge del pueblo, sino del poder mismo, poder único, sin divisiones ni separaciones, que inunda a la sociedad, la domina y la avasalla; el individuo carece de fuerza ante ese poder.

Martí Batres Guadarrama escribe una nota sobre el Estado de derecho, en donde asienta que para limitar el poder del soberano se va desarrollando la idea

³²¹ Fleiner, Thomas, *opcit*, p. 37.

³²² *Ídem*.

del Estado de derecho, por lo que entonces surgen conceptos como la división o separación de poderes.

“Aparece el parlamento, que genera un contrapeso al monarca absoluto, y los tribunales van adquiriendo autonomía frente al soberano y surge el concepto de la soberanía popular, es decir, el pueblo como soberano, no el monarca y el de los derechos humanos como reivindicación jurídica de los individuos frente al poder del Estado. La democracia forma parte de esta evolución buscando la legitimación del poder por el ciudadano, materializando así la soberanía del pueblo”.³²³

El Estado de derecho es un tema que a todos nos ocupa y preocupa, pues se vuelve una desgracia social cuando no se respetan las formalidades legales y se atenta contra los derechos humanos.

Como lo manifiesta Thomas Fleiner: “uno de los logros más terribles del Estado dictatorial es que permite e incluso manda a la policía a penetrar, cualquier casa a buscar a presuntos terroristas o enemigos del Estado”.³²⁴

De México se dice que es un Estado Democrático, pero curiosamente y como lo hemos sostenido, se dan actos de un Estado dictatorial, se irrumpen domicilios sin la debida orden judicial y se intervienen llamadas telefónicas, por lo que cabe la pregunta, ¿en qué modelo de Estado vivimos? La respuesta queda en el aire.

Ana Laura Malagoni junto con otros autores sostienen que el Estado, en el “que autoridades e individuos se rigen por el Derecho y éste incorpora los derechos y libertades fundamentales, normas aplicadas por instituciones imparciales y accesibles que generan certidumbre, es un Estado de Derecho, el que existe siempre que el gobierno se apeg a las reglas”.³²⁵

El concepto de Estado de Derecho se apoya en la idea de que el Estado realiza una concepción de organización social que ampara los valores de la personalidad humana, quedando sometida al igual que los ciudadanos, a normas jurídicas objetivas, lo que se expresa en:

³²³ Batres, Guadarrama, Martí, *Estado de Derecho*, <http://www.jornada.unam.mx/2005/04/21/023a2pol.php>. (19/12/2007)

³²⁴ Fleiner, Thomas, *opcit*, p. 87.

³²⁵ Magaloni, Ana Laura, *et al.*, *opcit*, nota 308.

a) Afirmación de que corresponde una primacía a la norma general de la ley, pues esa norma general crea justicia y seguridad, a base de reglas y consecuencias jurídicas predeterminadas, que rigen para todos los casos;

b) Un sistema de responsabilidades de la Administración y de los funcionarios públicos, dotados ambos de facultades que van siempre en aumento, dentro de la sociedad moderna y que llegan cada vez a zonas más extensas de la vida humana, y el establecimiento de recursos legales que permitan prevenir y sancionar los actos administrativos ilegales y,

c) La existencia de un control jurídico de legislación, para evitar las leyes que excedan los marcos del Derecho. Montesquieu decía en su *De l' esprit des lois*, libro XI, cap. IV, que “es una experiencia eterna que todo hombre que tiene autoridad es capaz de abusar de ella, hasta que encuentre una barrera”.³²⁶

3.5.3. Sin Estado de Derecho no existe democracia. Hemos hablado de un Estado de Derecho democrático, lo que sirve para decir que sí vivimos en un Estado de Derecho, estaremos hablando de un Estado democrático, en donde se permite a los ciudadanos elegir libremente a sus representantes y las acciones de gobierno se deciden de una manera democrática.

Jesús Rodríguez Zepeda al respecto señala que en el Estado de derecho, prevalece el gobierno de las leyes sobre el arbitrio de los hombres, al tiempo que se reconocen y garantizan las libertades de los ciudadanos. Por ello, “es un patrimonio común que debe ser creado, protegido y consolidado responsablemente por todos los actores políticos.

Es una plataforma compartida que previene y castiga las arbitrariedades de la acción política, a la vez que ofrece certidumbre y orden políticos. Orden que, no es inmutable, ya que el Estado de derecho democrático brinda los espacios y los procedimientos legítimos para la libre confrontación de los proyectos y programas políticos que buscan dotar de contenido sustantivo a los regímenes democráticos.

³²⁶ Díaz Aranda, Enrique, *opcit*, nota 311, p. 98.

El Estado de derecho democrático está abierto al pluralismo, a la tolerancia y al cambio social, y puede considerarse, con toda justicia, como una conquista civilizatoria del pensamiento y la acción políticos.³²⁷

Günther Jakobs cuando se refiere a los *Terroristas como personas en Derecho*, expresa que “el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad. En este contexto, la vigencia real debe tomarse como contraposición a una vigencia tan solo postulada, y no impuesta, una vigencia que no dirige la orientación.”³²⁸

Cuando se habla del Estado de derecho, lo conceptuamos como un Estado justo, con leyes justas, lo que en la realidad no se da, ya que aun y cuando se pregona que ha habido cambios democráticos, sus autoridades se vuelven más autoritarias y de oídos sordos.

En tal sentido Oscar Correas dice que la expresión estado de derecho consiste en que los funcionarios deben ajustar su conducta a lo establecido por las normas. Que de ser esto verdad, ¿por qué no lamentar, que los nazis, obedeciendo al derecho, por tanto dando existencia al estado de derecho, no mataron otro par de millones de judíos?

Y remata diciendo: la verdad es que el derecho no garantiza la justicia. Como le ha ido a la humanidad en el siglo XX, se acredita lo contrario: el derecho ha sido el instrumento de dominación que ha permitido el espectáculo con que terminamos la centuria: mucho más de la mitad población mundial vive en la miseria, la ignorancia, el desamparo, el hambre y la enfermedad.³²⁹

3.6. La expansión del Derecho penal. Ha avanzado la globalización, se han producido de manera extraordinaria cambios tecnológicos y científicos, pero también, han surgido nuevas formas de cometer ilícitos, por lo que el Derecho penal, debe estar evolucionando constantemente, así que ha surgido la necesidad

³²⁷ Rodríguez Zepeda, Jesús, *opcit*, nota 281.

³²⁸ Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez, Coordinadores, *opcit*, nota 106, p. 80.

³²⁹ Correas, Oscar, *opcit*, p. 69.

de un gran desarrollo de la técnica legislativa a través de las exigencias sociales y de las nuevas formas de cometer los delitos.

André Luis Callegri y Fernanda Arruda Deutra cuando se refieren a la expansión del Derecho penal, dicen que es del conocimiento de todos que durante muchos años, especialmente en los Estados autoritarios, a nombre de la seguridad nacional, la promoción del uso de la violencia más allá de los límites impuestos por el Estado de Derecho fue utilizada.

Hoy, algunos Estados adoptan estrategias represivas y punitivistas justificando el uso de la violencia en nombre de la seguridad nacional como forma de contención del fenómeno criminal.

La presión social provocada por la inseguridad ha servido como justificativo para generar la legitimación necesaria para que el Estado aumente su *potestad*, ampliando su espectro de control penal (a través de la creación de nuevos tipos penales y aumento de pena –en el caso del Derecho penal material-) en la lucha contra la criminalidad suprimiendo derechos y garantías hasta el punto de admitirse la pérdida del estado de persona, como defiende Jakobs.³³⁰

Jesús-María Silva Sánchez expresa que “el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provengan precisamente de las decisiones que otros ciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: es un riesgo para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios en las aplicaciones técnicas de los desarrollos de la biología, genética, energía nuclear, informática, comunicaciones”.³³¹

Steve Pardo manifiesta que “la principal característica que se contempla en la expansión del Derecho, es la sensación de riesgo, de inseguridad social que se percibe en la sociedad. Esa característica de los riesgos tiende a comprometer a las generaciones futuras, pues no es posible calcular con seguridad los efectos de los mismos.

Tal característica es perceptible cuando se observan los avances científicos en algunos temas como la energía nuclear y la biogenética, con experimentos de

³³⁰ Cancio, Meliá y Gómez-Jara Diez, Coordinadores, *Derecho penal del enemigo, el discurso de la exclusión*, Volumen I, edisofer, Argentina, 2006, p. 227.

³³¹ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit.*, nota 109, p. 22.

clonación de animales y de seres humanos. Nadie es capaz de delimitar con certeza, o con un nivel aceptable de seguridad, cuáles pueden ser las consecuencias de un accidente en una *usina nuclear* ni los efectos de la clonación humana”.³³²

Y sigue diciendo Steve Pardo que “el ritmo de los avances tecnológicos y el amplio margen de desconocimiento de sus efectos reflejan uno de los problemas centrales de la sociedad del riesgo, haciendo que, en muchos casos, se tome conciencia de los riesgos generados, no en experimentos, sino en su contacto con las personas o medio ambiente”.³³³

El progreso técnico como se ha dicho, ha traído grandes avances en el desarrollo humano, social y económico, pero cierto es, que también trae aparejado consecuencias negativas, con el surgimiento de nuevas conductas delictivas.

Y como lo asienta Jesús-María Silva Sánchez de que se ha dado lugar a la “adopción de nuevas técnicas como instrumentos que le permite producir resultados nocivos y surgen modalidades delictivas dolosas de nuevo cuño. Es innegable que la existencia de una criminalidad organizada, que opera a nivel internacional, constituye uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados)”.³³⁴

El mismo Jesús-María Silva-Sánchez apunta “que la sociedad *postindustrial* europea, es una sociedad que expresa la crisis del modelo de Estado del bienestar, una sociedad del desempleo –especialmente juvenil-, de migraciones, de choque de culturas. Una sociedad en suma, con importantes problemas de vertebración interna”.³³⁵

Lo anterior muestra, que no nada más la sociedad europea, padece dichos problemas, también México, estos conflictos agobian a la sociedad mexicana, como son desempleo, corrupción, falta de oportunidades para los jóvenes y los ancianos, la visión que se tiene, es la de un futuro incierto, con lo que se agrava la situación y algunas regiones se vuelven más inseguras.

³³² Steve Pardo, José, *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico ambiental*, editorial Ariel., 1999, p. 35.

³³³ *Ídem.*

³³⁴ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 109, p. 22.

³³⁵ *Ibidem*, pp. 23-24.

Los medios presentan día a día hechos violentos tanto de bandas organizadas como de violencia estatal, encaminada a acallar voces que piden un mejor futuro para las nuevas generaciones y un mejor bienestar social para las clases más desprotegidas que emigran a los Estados Unidos de Norteamérica.

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto al hablar de la globalización del derecho penal, expresa que “el intervencionismo estatal desmoronará la cosmovisión liberal clásica: al igual que ocurre en el terreno de la economía, se exige la decisiva participación del Estado para reducir los desequilibrios que también en la esfera de la delincuencia, ocasiona el proceso *industrializador*”.³³⁶

Lo manifestado por de Toledo y Ubieto es señal que el gobierno al ver en riesgo su estabilidad, puede hacer uso del derecho penal de forma arbitraria, buscando enemigos donde no los hay, violentando las garantías individuales de los gobernados, en lugar de ofertar un mejor trabajo de las autoridades, dar mayor seguridad pública y económica.

Sobre la seguridad, Jesús-María Silva Sánchez dice que “la gran sensación de inseguridad frente a los riesgos, por la falta de conocimientos respecto de los mismos y por un modelo de víctima que no admite que el hecho sufrido fue por culpa suya o debido al azar, la sociedad tiene la necesidad de imputar los hechos y sus consecuencias a alguien, partiendo del axioma de que siempre debe haber un tercero responsable”.³³⁷

Con lo que vendría al caso, hablar de que toda sociedad forma un sector de excluidos, los que deben justificar el hecho de que se elaboren leyes penales y se creen más cárceles.

Jesús-María Silva Sánchez cuando trata sobre la exclusión dice que “caben formas de exclusión que no implican la consideración del excluido como enemigo, ni como no persona; aunque ciertamente reducen drásticamente en su caso, la materialidad de la condición de ciudadano o de persona entendida como alter ego.

³³⁶ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, p. 196.

³³⁷ Silva Sánchez, Jesús-María., *opcit*, pp. 47-48.

Y que la exclusión absoluta implica la negación de la condición de persona del sujeto afectado”.³³⁸

La expansión del Derecho penal como no ha escapado a las críticas de penalistas y criminólogos, así Carolina Viquez A. señala que la “expansión” del Derecho está vinculada a un Derecho penal simbólico, el cual está definido por la crisis que delata la política criminal actual orientada a las “consecuencias”; que este Derecho penal concuerda con las imágenes de la “inseguridad global” y de una “sociedad de riesgo”.³³⁹

Tanto se habla de la inseguridad, de la sociedad del riesgo, que se ha hecho costumbre darnos cuenta de cómo el Estado, impulsa la divulgación de los castigos inhumanos, en aras de la seguridad de sus ciudadanos.

Y como lo dice Elías Neuman, “que en el mundo actual, la violencia se ha enseñoreado de tal modo que existe el riesgo diario y latente de ser víctima de fraudes que se producen desde las esferas ministeriales, medicamentos y alimentos”.³⁴⁰

3.7. La globalización en el marco jurídico penal. El tema de la globalización ha sido una cuestión ideológica que se ha venido desarrollando a través de lo económico y tiene que ver también con lo jurídico, por lo que entonces se habla ya de un derecho internacional.

Ocupándose de lo que tiene que ver la globalización en lo penal, Rafael Márquez Piñero, asienta que “el lugar donde el *imperium* estatal se manifiesta, con toda su fuerza y ejecutividad, es precisamente el Derecho penal”.³⁴¹

La globalización y los cambios sociales que de ésta derivan, ejercen fuerte influencia en el derecho penal, siendo natural que esta rama del derecho, como todas las demás, acompañe la evolución de la sociedad, ofreciendo respuestas a los nuevos problemas sociales; dicha influencia provoca la transformación del

³³⁸ Silva Sánchez, Jesús-María, *Los indeseados como enemigos, la exclusión de los seres humanos del status personae*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN1695-0194

³³⁹ Viquez S., Carolina, *opcit*, nota 313, p. 7.

³⁴⁰ Neuman, Elías, *opcit*, pp. 27-28.

³⁴¹ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal y Globalización*, introducción, editorial Porrúa, México, 2001, p. XXXVII

Derecho penal, lo que es utilizado indiscriminadamente y sin que se tenga en cuenta sus verdaderas funciones, herramientas y principios fundamentales.

Esto ocurre porque el Derecho penal es utilizado para resolver conflictos de los que no debería ocuparse, al haber otras ramas del derechos que pueden hacerlo, sin menos costo a la sociedad como lo es el Derecho Administrativo sancionador y se puede hacer uso de la conciliación.

Es Jesús-María Silva Sánchez quien más se ha ocupado del tema de la *expansión del derecho penal* y no deja de hablar de *la globalización*, diciendo que “no es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal.”³⁴²

El mismo Jesús-María Silva Sánchez al referirse al derecho de la globalización y a lo económico, sostiene que “el paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada *macro criminalidad*: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños)”.³⁴³

Asimismo, el autor antes citado dice que la delincuencia de la globalización “es delincuencia económica, a la que se tiende a asignar menos garantías por la menor gravedad de las sanciones, o es criminalidad perteneciente al ámbito de la clásicamente denominada legislación excepcional, a la que se tiende a asignar menos garantías por el enorme potencial peligroso que contiene”.³⁴⁴

El mismo autor, no deja pasar por alto el tema de la inseguridad que tanto preocupa hoy en día a todos los pueblos, y sobre todo en nuestro país, donde los índices delincuenciales, llevados a cabo por la delincuencia organizada, han ido en aumento, y nos dice que “uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era *postindustrial* es la sensación general de inseguridad.”³⁴⁵

³⁴² Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 109, p. 22.

³⁴³ *Ibidem*, p. 22.

³⁴⁴ *Ibidem*, pp. 85-86.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 24.

En lo que hace al Derecho penal, resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad con el modo de proceder de los medios de comunicación.

Jesús-María Silva Sánchez sostiene que, “junto a los medios de comunicación, no cabe negar, que en ocasiones, también las propias instituciones públicas de represión de criminalidad transmiten imágenes sesgadas de la realidad que contribuyen a la difusión de la sensación de la inseguridad”.³⁴⁶

Winfried Hassemer anota también, que “este Derecho penal de la globalización, que se identifica con el llamado moderno Derecho penal, posee algunas características propias, tales como, la protección de bienes jurídicos, la prevención y la orientación a las consecuencias”.³⁴⁷

El mismo Winfried Hassemer manifiesta que no queda más que asentar la serie de principios básicos que el Diplomático Yago Pico de Coaña, enumera como “Principios Básicos de una Política Exterior Iberoamericana como Premisa para el respeto de los Derechos Humanos”, y que son los siguientes:

1. Universalidad de relaciones entre todos los países con independencia de su régimen político.
2. Defensa de los Derechos humanos y libertades fundamentales.
3. En concordancia con el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas, preterición y rechazo del uso de la fuerza y de la militarización de las sociedades.
4. Apoyo a los procesos democratizadores y priorización de la solución pacífica de los conflictos internos.
5. Respeto al Derecho y Seguridad Internacionales, como elemento clave de nuestra era.
6. Procesos modernizadores de los Estados para conseguir una Administración Pública eficaz.
7. Colaboración con los procesos integracionistas regionales y contribución a la superación de la crisis económica.
8. Firme cooperación contra el narcotráfico y el terrorismo.

³⁴⁶ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 109, pp. 27-28

³⁴⁷ Hassemer, Winfried, *opcit*, p. 640.

9. Difusión de los instrumentos como las Cumbres Iberoamericanas de jefes de Estado y de gobierno, como un instrumento adecuado para el contexto internacional del año 2000.

10. Difusión de los elementos comunes de la cultura y del idioma.

11. Proyección, cada vez, mayor, para institucionalizar un diálogo político y una cooperación económica entre la unión europea y América.³⁴⁸

3.8. Primera Razón. Hemos llegado al tema que siempre ha causado discusión, sobre todo, cuando se dice que el Derecho penal debe ser la *última medida* de la cual debe echar mano el Estado para el castigo al gobernado, y también cuando algunos juristas hablan sobre la abolición del Derecho penal.

No podemos estar de acuerdo con ello, toda vez que la salida para terminar con la delincuencia, no es la desaparición de este sistema jurídico, sino que hay que ir buscando mecanismos que tiendan a prevenir delitos y conductas, con una mejor educación social.

Rafael Márquez Piñero en cuanto a la *última ratio*, expone que “la violencia siempre debería ser la *última ratio*, la salida desesperada. Nunca tendrán las armas la razón, pero cuando se aprende a llorar por algo, también se aprende a defenderlo”. Que “*la expansión del Derecho penal*, no es otra cosa que ir atacando las conductas delictivas con penas más severas, ir viendo al ciudadano, como *un verdadero enemigo, como un peligro para la sociedad*”.³⁴⁹

Otro jurista que también se ocupa del tema de la violencia, es Percy García Caveró quien refiriéndose a lo que Cancio Meliá, describe como Derecho penal del enemigo y delitos de Terrorismo, asienta que “*bajo la denominación Derecho penal del enemigo*, se hace referencia al Derecho penal que trata a los infractores como enemigos, es decir, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea”.³⁵⁰

Se ve con claridad, que este Derecho penal se opone al Derecho penal del ciudadano, en donde la imposición de una pena se hace necesariamente en el

³⁴⁸ Hassemer, Winfried, *opcit*, p. 640

³⁴⁹ Márquez Piñero, Rafael, *opcit*, nota 341, pp. 210-211.

³⁵⁰ García Caveró, Percy, *¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?* <http://www.alfonsozambrano.com/dpe/existe.doc>.

marco de un procedimiento rodeado de garantías, pero que contrario a esto, en la justificación de *inocui*zar al ciudadano que ha cometido delitos impactantes y sobre todo a los terroristas, las garantía se *van flexibilizando*, por lo que se violentan los derechos humanos.

3.8.1. Principio de mínima intervención. Hemos venido sosteniendo, que el Derecho penal debe castigar las conductas más significativas y no ocuparse como se ha hecho en los Código penales, de conductas qué debe castigar el Derecho civil, el Derecho administrativo sancionador, con lo que se estaría aplicando la mínima intervención estatal y aplicación de normas que vayan encaminadas a degradar a la persona humana.

Jesús-María Silva Sánchez en su obra *Expansión del Derecho penal* y de la que se a tomado nota en el presente, refiere que el Derecho penal mínimo engloba propuestas diversas cuyo, denominador común es una vocación restrictiva del Derecho penal, pero sin que exista una coincidencia total en cuanto al alcance exacto de las mismas.

Cita a Barata cuando dice que el punto de partida de la orientación *minimizadora*, ha venido siendo la estimación de la radical injusticia e inutilidad de la pena, cuya función sería la reproducción de las relaciones de dominio preexistentes, recayendo fundamentalmente sobre las clases subalternas. A partir de ello, ha pretendido desarrollar *una teoría de la minimización de la intervención penal a partir de los derechos humanos*.³⁵¹

El mismo Silva Sánchez sobre el principio de intervención mínima, señala que: 1) el Derecho penal cumple una función intimidatoria que impide considerar, desde perspectivas utilitaristas, su supresión; 2) que los incrementos en la severidad de las penas no influyen en una mayor intimidación, al igual que las disminuciones de éstas tampoco reducen significativamente el nivel intimidatorio.

³⁵¹ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 109, p. 16.

Este principio, expresa la idea de que el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.³⁵²

La idea que nos ha planteado Jesús-María Silva Sánchez responde al criterio de que la pena sólo es admisible cuando no hay otro mal menor, la cual tiene dos manifestaciones:

Una externa, que debe prescindirse de la conminación y sanción penal siempre que, en el caso de que se trate, quepa esperar similares (o superiores) efectos preventivos de la intervención de medios menos lesivos, como por ejemplo, medidas estatales de política social, sanciones propias del Derecho civil, del Derecho administrativo, o incluso medios no jurídicos del control social (soluciones privadas o sociales del conflicto).

Alude con la denominación del *carácter subsidiario* del Derecho penal, también *ultima ratio* o *extrema ratio*. Que la otra manifestación es interna, debe prescindirse de una determinada sanción penal siempre que quepa esperar similares efectos preventivos de otra sanción (o consecuencia jurídica no *sancionatoria*) penal menos gravosa”.³⁵³

3.8.2. Violación del principio de la *última ratio*. Podríamos decir que la violación a este principio, se da cuando se interviene para sancionar conductas que aun y cuando están contempladas en la legislación penal como vigentes, puede hacerse uso de penas alternativas, como lo son trabajos a favor de la comunidad, que redundan en beneficio del Estado, las multas o pago por infracciones menores en favor del Estado.

Si el Derecho penal es *la última ratio* y que el Estado debe responder cuando todos los medios utilizados no sirvieron para prevenir delitos y como lo dice Eugenio Suárez Palomares, que ésta es “una opción del sistema político y la

³⁵² Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 64, p. 246.

³⁵³ *Ibidem*, p. 247.

respuesta final que solo debe actuar cuando la política preventiva no ha sido bastantes para evitar la comisión de delitos”.³⁵⁴

En el primer capítulo, citamos al Marqués de Beccaria, impulsor de un Derecho penal más humanista, que respetara los derechos fundamentales de las personas, de penas proporcionales y sobre todo, que respetaran la dignidad humana, con lo que se viene atendiendo al principio de la *última ratio*.

Sobre este principio, Pablo Milanese indica que “el sistema presentado por Beccaria está constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, el reclamo de la sociedad de la época, limita el poder del soberano a través de la libertad e igualdad del ciudadano”.

Este sistema responde a una nueva perspectiva, basada en la valoración de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, sino asegurando su libertad e igualdad”.³⁵⁵

El mismo Pablo Milanese dice que en la actualidad “*el principio de intervención mínima* se configura como una garantía frente al poder del Estado y constituye, el fundamento de los ordenamientos jurídicos penales de los Estados de Derecho. El Derecho penal sólo debe intervenir en casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Siempre que existan otros medios diferentes al derecho penal para la defensa de los derechos individuales, éstos serán preferibles, porque son menos lesivos”.³⁵⁶

Si tomamos la aportación de Elena Larrauri quien se refiere a las penas *shamefull sentences*, aplicadas por el gobierno norteamericano, a las que llama penas deshonrosas debido a que el catálogo de las *shaming penalties* o *shamefull sentences* se compone de alguna de las siguientes posibilidades.

Publicidad estigmatizadora: el contenido de la condena te obliga a aparecer en un programa de televisión confesando el delito (acostumbra a estar reservado para los casos de delincuencia sexual).

³⁵⁴ SuáresPalomaresEugenio,Últimaratio,<http://www.elpais.com/artículo/andalucía/Ultima/ratio/elpepuespand/20060920elpand...>

³⁵⁵ Milanese, Pablo, *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,1,0,1,0>

³⁵⁶ *Ídem*.

Acarrear un estigma: la pena consiste en portar un *brazalete* o en *fijar un adhesivo al coche* (se reserva normalmente para los supuestos de conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas) o clavar un letrero en la puerta de tu casa explicitando la condena (en casos de delincuencia sexual).

Exposición pública: la persona debe llevar algún tipo de objeto, como una *pancarta o una camisa*, en la que se refleja la condena de que ha sido objeto, durante un tiempo en un lugar indicado por el juez (acostumbrada a reservarse para delitos contra la propiedad y el lugar de exposición es el sitio donde se produjo).

Disculpas públicas: se trata de que la persona presente disculpas públicas ya sea por televisión, en un periódico, o incluso utilizando un megáfono (delitos de violencia domestica).

Las más populares son los adhesivos que alertan de la condena a un conductor ebrio (DUI), *las pancartas (hombres sándwich) que deben portarse delante del sitio en que se ha realizado el delito y las disculpas públicas ante una audiencia*.

Que tal vez se han empezado a aplicar en la década de los noventa estas penas deshonrosas, “puede ser debido a la masificación existente en las cárceles norteamericanas. Y estudios en los Estados unidos concluyen que estas penas están justificadas de acuerdo a los fines tradicionales esgrimidos para justificar el castigo”.³⁵⁷

Por todo lo expuesto, tenemos que, no podemos prescindir del Derecho penal. Pero si es necesario, que las penas sean más humanas, menos lesivas para *la dignidad humana*, pues resulta reprochable que todavía se escuchen voces de políticos que pugnen por la pena de muerte, si de por sí con el

³⁵⁷ Larrauri, Elena, *Derecho penal, penas degradantes (Shamefull sentences)*, pp. 1-2, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artlar.htm>

desmedido aumento de penas de prisión en algunos de los delitos en las legislaciones penales, no se ve que éstas funciones de manera eficiente.

Nada nos garantiza que imponiendo la pena de muerte tendríamos asegurado la disminución de delitos, pero por el contrario, estaríamos ante a un retroceso en el sistema penal y ante la comisión de delitos cometidos en nombre del Estado.

De acuerdo con los principios de la última ratio, ya que es mejor tener un sistema penal establecido, lo que debemos tener es una maquinaria estatal más eficiente, con mejores agentes persecutores de los delitos, así como mejores tribunales y autoridades ejecutoras, con lo que entonces tendríamos también, un sistema penal y penitenciario más confiables y que darían la oportunidad de una verdadera prevención y readaptación social.

CAPITULO CUARTO

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, ¿UN RIESGO SOCIAL?

4.1. La pena. Se aborda de manera breve, las penas y las medidas de seguridad, para descubrir lo concerniente a la peligrosidad del Derecho penal, su expansión y el por qué del riesgo social de tomar vigencia el *Derecho penal del enemigo*, punto central de la investigación que nos ocupa.

Entrar al capítulo de las penas y medidas de seguridad, es adentrarse a un campo bastante amplio en el estudio del Derecho penal, sobre todo, navegar en el mundo del conocimiento jurídico en la búsqueda ¿del porqué el castigo a los individuos que viven en una misma sociedad?, ¿el por qué el hombre a través de los siglos, se ha encargado de castigarse a si mismo?

Carlos Parma señala que “el término pena deviene de latín *poena* (del griego *poine*) que significa dolor, trabajo, fatiga o sufrimiento.”³⁵⁸

El mismo autor cita a Rodríguez Devesa al decir que “la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito”, además alude a Franz Von Liszt que decía que “la pena es un mal que el juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor”.³⁵⁹

Eugenio Raúl Zaffaroni refiere que “el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad, y se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho liberal”.³⁶⁰

De lo expresado por Zaffaroni, se puede asegurar que la imposición de las penas no termina con la delincuencia y sólo se aplican a los más vulnerables, con lo que no se quiere decir que se deje de hacer uso del Derecho penal, como un

³⁵⁸ Parma, Carlos, *Roxín o Jakobs, ¿Quién es el enemigo en el Derecho penal?*, ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, Colombia, 2009, p. 67.

³⁵⁹ *Ídem*.

³⁶⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, nota 301, p. 11.

ordenamiento sancionador, sino que los programas preventivos, deben ser más eficaces.

Todo ordenamiento jurídico debe tender a ser justo y equitativo, por lo que los tribunales responsables de aplicar la ley, están obligados a hacerlo bajo los principios de equidad, de justicia, en un alto valor ético- jurídico, no olvidando que el delincuente sigue siendo un ser humano.

Jorge Ojeda Velázquez con respecto a las sanciones impuestas menciona que “desde los tiempos más remotos hasta los más modernos, la sociedad ha procurado combatir el delito y aquellas conductas que ha creído mayormente lesivas a los contenidos fundamentales de su cultura mediante instrumentos de control, imponiendo sanciones”.³⁶¹

De lo anterior tendremos un derecho que permita sancionar aquellas conductas que atentan contra el orden social y sobre todo, contra la integridad física de las personas o que medran su patrimonio, penas que indiscutiblemente son un castigo, pero lo que se desea es que sean restablecedoras de los derechos de las víctimas, de las garantías de los imputados y del orden social.

Francisco Pavón Vasconcelos sobre la función de la pena, anota las siguientes teorías:

a) Que ven en la pena una retribución, de origen divino, moral o jurídico. Destacando la posición de Manuel Kant, para quien el deber de castigar el delito es un imperativo categórico constitutivo del fundamento de *jus puniendi*, careciendo de fin concreto, virtud de imponerse por el simple hecho del delito. La pena, es la expresión de la justicia al retribuir el mal inferido con el delito.

Para Federico Hegel el ordenamiento jurídico dictado por el Estado, persigue un orden aparentemente alterado por el delito, por ello, la infracción a la ley penal es negación del derecho y como la pena tiende a restaurar la supuesta alteración de tal orden, causada por el delito, viene a constituir la negación de éste, o sea la negación de la negación del Derecho.

b) Según las cuales la pena tiene un carácter intimidatorio y por tanto, su fin es la prevención del delito. Prevención que puede ser especial, según Grolmann

³⁶¹ Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho Punitivo, Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, editorial Trillas, México, 1993, p. 19.

cuando tiene como finalidad evitar que el delincuente cometa hechos delictuosos, o general, cuando la amenaza de la pena persigue la ejemplaridad y la intimidación para que los individuos se abstengan de cometer delitos (*coerción psicológica*).

c) Teorías que encuentran la función de la pena en la defensa de la sociedad, sea ésta directa o indirecta.³⁶²

4.1.1. Fines de la pena. Sin lugar a dudas, todo actuar humano tiene un fin al que corresponde una reacción, y hablando del Derecho penal, quien lo contraviene recibe el reproche social o una sanción: una pena privativa de la libertad, imposición de un mal, por otro mal cometido. Delito y pena, es la sanción obsequiada por la trasgresión a dicha ley.

Fernando Castellanos cita a Cuello Calón al decir que la pena debe aspirar a los siguientes fines: “obrar en el delincuente, creando en él por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley”.³⁶³

Eugenio Raúl Zaffaroni expone que en todas las sociedades actuales, “la conducta desviada socialmente dañosa, lleva la imposición de sanciones públicas contra su autor. Desde que existen comunidades humanas con formas establecidas de convivencia, hay también sanciones jurídico-penales”.³⁶⁴

Sostiene Zaffaroni que “la pena es (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor y (c) que no repara ni restituye (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”.³⁶⁵

La pregunta que al parecer ha quedado sin respuesta, es ¿de si la pena tiene justificación de ser? ¿Si es necesaria para inhibir al delincuente de cometer delitos? Queriendo contestar a estar interrogantes, Octavio Emilio de Toledo y

³⁶² Pavón Vasconcelos, Francisco, *opcit*, pp. 62-64.

³⁶³ Castellanos, Fernando, *opcit*, p. 319.

³⁶⁴ *Ídem*.

³⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, nota 31, pp. 37-38.

Ubieto citando a Maurach, dice que “existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su necesidad”.³⁶⁶

Si decimos que la pena debe surgir de acuerdo a las necesidades sociales, esto resulta riesgoso, ya que estaríamos justificando la imposición de penas denigrantes que van más de allá del mero castigo y que pueden imponerse hasta por mero ejemplo a futuros delincuentes, por racismo o discriminación social y pueden resultar desproporcionadas al hecho cometido.

Günther Jakobs al hablar del injusto penal, lo hace diciendo que éste “es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal. Sería absurdo querer un mal porque ya se ha dado otro mal, y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su carácter superficial”.³⁶⁷

Las penas deben ser tal, que no deben sobrepasar la esfera del individuo y mucho menos, inhumanas y crueles. Esto trae a colación lo que escribió Cesare Beccaria en su obra *De los Delitos y de las Penas*, cuando se refiere a la suavidad de las penas, haciéndolo de la siguiente forma:

*“El fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido, el fin no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y apartar a los demás de que los hagan iguales. Las penas y el método de infligirlas, deben elegirse en tal forma que, guardada la proporción, produzcan la impresión más eficaz y duradera en los ánimos de los hombres y menos atormentadora sobre el cuerpo del reo”.*³⁶⁸

La pena consiste en el castigo impuesto al delincuente; actualmente se apuesta a que sirvan para la resocialización de éstos y que obren en beneficio de la víctima del delito.

Luis Gracia Martín expone que el Derecho penal del ciudadano “define y sanciona delitos o infracciones de normas que llevan a cabo individuos de un modo incidental y que son normalmente la simple expresión de un abuso por los

³⁶⁶ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, p. 195.

³⁶⁷ Jakobs, Günther, *opcit*, nota 57, p. 8.

³⁶⁸ Beccaria, César, *opcit*, p. 38.

misimos de las relaciones sociales, en su condición de sujetos vinculados a y con el Derecho”.³⁶⁹

Claus Roxín en cuanto al fin de la pena, señala que en los delitos pasionales, o de terrorismo, el contra estímulo de la pena juega un papel de muy dudosa relevancia;³⁷⁰ ya que la eficacia no debe de medirse sobre la base de los que han delinquido, toda vez que puede demostrar un resultado ineficaz y la eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, los que han de buscarse entre los que no han delinquido.

Jesús-María Silva Sánchez sostiene que “si el Derecho penal se considera un mal dentro de la sociedad, se puede discutir si este mal es menor al que trata de evitar, como lo es la violencia entre individuos que trastoca el orden social.”³⁷¹

Para encontrar respuesta a la interrogante, del ¿por qué castigar? Luigi Ferrajoli dice que la pregunta “puede ante todo ser entendida en dos sentidos diferentes: a) por qué existe la pena, es decir, por qué se castiga; b) por qué debe existir la pena, esto es, se debe castigar?”³⁷²

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto cita a Kant al decir que “la necesidad absoluta de la pena se deriva de un mandato incondicionado en la justicia: exige su imposición cada vez que se comete un delito; no verificarla implica el fracaso de la Justicia y éste la carencia del valor de la vida de los hombres sobre la tierra; aunque el castigo a imponer sea el máximo, es preferible que un hombre muera a que se eche a perder todo un pueblo”.³⁷³

4.1.2. Penas privativas de la libertad. Sin lugar a dudas, la pena que más afecta no solo al sujeto que ha delinquido y se ha hecho merecedor al castigo es la de prisión, porque atrae también consecuencias a la familia de éste y al propio Estado, el que estaría pagando su estancia de este con todo y vigilancia dentro de la cárcel en la que se vuelve huésped distinguido.

³⁶⁹ Gracia, Martín Luis, *El Horizonte del Finalismo y el Derecho penal del Enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp. 98-99.

³⁷⁰ Roxín, Claus, *op.cit*, p. 81.

³⁷¹ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 64, p. 198.

³⁷² Ferrajoli, Luigi, *opcit*, nota 35, pp. 321-322.

³⁷³ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, p. 202.

El Código Penal establece como penas privativas de la libertad: prisión, reclusión, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado, vigilancia de la policía.

Efraín Moto Salazar escribe al respecto: la prisión consiste “en privar de la libertad corporal a un individuo”, lo que significa que una vez que el sujeto ha cometido un delito que merezca pena corporal, se le privará por la autoridad juzgadora en sentencia, de su derecho de ambular libremente, pero que las personas sujetas a prisión preventiva y los reos políticos, deben estar separados de los sentenciados.³⁷⁴

Enrique Bacigalupo menciona que “la noción de la pena resocializadora, parte del respeto que merece la persona humana dentro de los límites de un Derecho penal, proclama afianzar el principio de *nulla poena sine culpa* y las garantías del Estado de derecho. Esta pena no “implica la exclusión de un adecuado equilibrio de la prevención general y la prevención especial.

Dice Bacigalupo que el máximo de la pena debe ser de tal naturaleza que permita, en principio, que luego de su cumplimiento el condenado conserve la posibilidad de reintegrarse a la vida social.³⁷⁵

Claus Roxín apunta que la pena “es un imperativo establecido en la legislación penal, y obligación que tienen los juzgadores dentro de una sentencia que sea condenatoria, decretar la pena que debe sufrir el individuo procesado, de acuerdo al delito cometido, debiendo observar los principios de *legalidad, proporcionalidad y equidad*”.³⁷⁶

El mismo Roxin se refiere a la descripción del filósofo Manuel Kant, diciendo que “*La ley penal es un imperativo categórico*; a aquél a quien por motivo de un propósito mundano cualquiera absuelva a un malhechor de la pena o incluso sólo dé un grado de la misma, le invoca una calamidad: *cuando perece la justicia, no tiene valor alguno que los hombres vivan sobre la tierra*”.³⁷⁷

³⁷⁴ Moto Salazar, Efraín, *opcit*, pp. 313-314.

³⁷⁵ Bacigalupo, Enrique, *Estudio de Derecho penal y Política Criminal*, editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989, pp. 519-520.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 520.

³⁷⁷ Roxín, Claus, *opcit*, nota 9, p. 82.

Enrique Bacigalupo cita al Doctor Porto cuando señala que “la pena de prisión perpetua debe sustituir la de muerte. Que la prisión perpetua casi nunca es por toda la vida, puesto que resulta modificada, cuando hay razón para ello, por la institución de la libertad condicional y por las conmutaciones e indultos de penas, que realizan así, la parte final de la individualización de la sanción”.³⁷⁸

4.1.3. Penas y medidas de seguridad. El código penal federal en su artículo 24 clasifica las penas y las medidas de seguridad en la siguiente forma:

1. Prisión; 2. Tratamiento en Libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad; 3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos; 4. Confinamiento; 5. Prohibición de ir a lugar determinado; 6. Sanción; 7. (Derogada); 8. Amonestación; 10. Apercibimiento; 11. Caución de no ofender; 12. Suspensión o privación de derechos, 13. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos; 14. Publicación especial de sentencias; 15. Vigilancia de la autoridad; 16. Suspensión o destitución de sociedades; 17. Medidas tutelares para menores; 18. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito; y las demás que fijen las leyes

Creemos que si tanto las penas como las medidas de seguridad resultasen eficientes, operaría de manera real la prevención general como la especial que en páginas posteriores abordaremos.

Günther Jakobs dice que “la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales”.³⁷⁹

Con lo que debemos tener presente, que las medidas de seguridad deben servir para aplicar las sanciones preventivas a los delincuentes y su reincursión al núcleo social.

Existe confusión entre pena y medida de seguridad, al ser consideradas ambas como sanciones penales, Fernando Castellanos sostiene que la diferencia radica en que: “Mientras la pena lleva consigo la idea de expiación y de retribución, las medidas de seguridad, intentan evitar nuevos delitos (prevención

³⁷⁸ Bacigalupo, Enrique, *opcit*, p. 520.

³⁷⁹ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 14.

especial), evitar futuros delitos, actuando directamente sobre el sujeto peligroso, bien tratando de curarlo, reeducarlo o bien de *inocuízarlo*.³⁸⁰

Sobre las medidas de seguridad, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto cita a Rodríguez Devesa al asentar que “lo que denota que una conducta es delictiva, es la pena que le sigue; las medidas de seguridad, lo mismo que otras consecuencias del delito, siguen estando en el Derecho en un segundo plano; para que puedan actuarse hay que comprobar si estamos ante una conducta a la que la ley señala una pena”.³⁸¹

Günther Jakobs clasifica las medidas de seguridad entre las instituciones jurídicas: medidas tutelares jurídico-civiles y en parte auténticas penas. Como pena considera la custodia de la seguridad: “Quien ha llevado una vida de delincuente habitual se ha merecido la pena privativa de libertad indeterminada”.³⁸²

El mismo Jakobs al referirse a las medidas de seguridad, lo hace diciendo que “todas las medidas de seguridad están vinculadas con un mal que el autor ha de soportar. Distingue las siguientes clases: a) medidas complementarias de la pena, b) sustitutivas de la pena y c) medidas impuestas en lugar de la pena.

a) En cuanto a las medidas complementarias que se aplican junto a la pena, ha de tenerse en cuenta que mediante la pena no se pueden compensar la pérdida de bienes que padece la víctima. A causa de una mera función auxiliar, la medida de seguridad complementaria ha de limitarse al *quantum necesario* para apoyar el efecto de la pena.

b) En la medida de seguridad sustitutivas que se imponen por el comportamiento inculpable del autor, sólo resta esa leve relación con la autoridad de la norma se deriva de la circunstancia de que se procede contra el autor, de que se toma en serio el conflicto y el autor con su causa (a las meras faltas de tacto y a las groserías no les sigue reacción de corrección o aseguramiento).

c) Entre las dos clases de medidas, antes se halla la que se impone o se ejecuta frente al autor culpable en lugar de la pena. Tiene en común con la medida complementaria, una reacción a una infracción normativa imputable, y las medidas

³⁸⁰ Castellanos, Fernando, *opcit*, p. 34.

³⁸¹ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, pp. 257-258.

³⁸² Jakobs, Günther, *opcit*, pp. 39-40.

sustitutivas de la pena que la solución del conflicto se buscan exclusivamente en el ámbito cognoscitivo.³⁸³

Sostiene el autor citado, que así como la pena es una reacción frente a un menoscabo de la autoridad de la norma, la medida de seguridad es una reacción a un peligro de repetición, objetivado en el hecho. Esta calidad *de la doble vía* (así designada ya en las teorías de la unificación) en la reacción se impone cuando divergen la pena y lo necesario para la prevención especial.

El anclaje de la *doble vía* en el Derecho vigente se basa en los intentos de combinar las ventajas de una pena vinculada a la culpabilidad con algunas ventajas del tratamiento eficaz desde el punto de vista de la prevención especial.³⁸⁴

Jorge Ojeda Velázquez cita que en México, fue el Código penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal de 1931, que introdujo en el mundo del derecho punitivo mexicano *il doppio binario*, es decir, *la doble vía como sistema complejo de medios de lucha contra la delincuencia*.

La pena es “el correlativo de la culpabilidad y la medida de seguridad representa el sistema curativo que el Estado implementa en las personas peligrosas para tratar de readaptarlas a la vida social, alejarlas de ella, o por lo menos circunscribirlas en hospitales psiquiátricos o judiciales para sanarlos”.³⁸⁵

4.2. El derecho penal como un derecho garantizador. El Derecho en general, debe garantizar la protección de los bienes jurídicos y el Derecho penal, velar por que los derechos fundamentales establecidos en las Constituciones Generales de cada país, no se vulneren, que se fijen los límites que contengan el abuso estatal.

Es así como nuestra Carta Magna se ocupa de las garantías individuales, protegiendo a todos los gobernados y extranjeros por igual y también al delincuente, obligando que a la víctima le sean restablecidos sus derechos y que no nada más cuide que no se le violenten los mismos al delincuente, con lo que

³⁸³ Jakobs, Günther, *opcit*, pp.40-42.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 39.

³⁸⁵ Ojeda Velázquez, Jorge, *opcit*, nota 361, p. 174.

estaríamos ante el principio de *estricta legalidad* y con ello, la sociedad podría sentirse segura y protegida por sus autoridades.

Por lo tanto, las garantías constitucionales y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, sirven de límite al uso desmedido del derecho penal por parte del Estado, con lo que se evita que se haga uso de la arbitrariedad.

Y que el ente estatal justifique sus acciones ilegítimas en aras de la seguridad Nacional, utilizando prácticas ilegales y catalogue a determinados grupos como enemigos sociales, con lo que se legitimaría un Derecho penal distinto, quizás lo que es materia de estudio, *el Derecho penal del enemigo*.

Luis Gracia Martín sobre el Derecho penal del enemigo, señala que el derecho penal del ciudadano define y sanciona delitos o infracciones de normas que llevan a cabo los individuos de modo incidental y que son simple expresión de un abuso de las relaciones sociales en que participan desde su *estatus de ciudadano*, vinculados a y por el Derecho; el delito no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino como irritación de ésta, como desliz reparable.³⁸⁶

Por lo anterior, estaríamos asegurando que el Derecho penal se vuelve un derecho garantizador tanto de los bienes jurídicos como de los individuos, cuando respeta todas y cada una de sus garantías.

4.2.1. Teoría de la retribución y la expiación. Desde la antigüedad, a la pena se la han atribuido dos significados importantes que son: la *retribución y prevención*; al respecto, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto dice que a la primera, al relacionar la pena con el delito ya cometido, se la ha entendido como *restablecedora* del orden jurídico alterado. Desde la segunda, relacionándola con la posibilidad de comisión de delitos, se interpreta como elemento disuasorio de la inclinación a ejecutarlos.³⁸⁷

Claus Roxin respecto a la teoría de la retribución señala que en cuanto a la aplicación de la pena, no se encuentra “un carácter o fin socialmente útil, sino que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la

³⁸⁶ Gracia Martín, Luis, *opcit*, nota 369, pp. 98-99.

³⁸⁷ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit.*, p. 195.

culpabilidad del autor por el hecho cometido (teoría absoluta, por que ella el fin de la pena es independiente, desvinculado de su efecto social)".³⁸⁸

La teoría de la retribución, parte de la teoría absoluta de la pena y como lo asienta Günther Jakobs, "en la actualidad puede considerarse que sólo se castiga para mantener el orden social, de modo que todas las teorías se insertan en el *ne peccetur*, en el interés por la estabilización de la norma".³⁸⁹

Jesús-María Silva Sánchez expone que "desde el momento en que la pena retributiva no aparezca justificada por sí misma de modo absoluto, sino por los *efectos psicosociales* que pueda producir, no podrá hablarse de retribución en sentido estricto, sino de prevención a través de la retribución".³⁹⁰

Sobre esta teoría, Santiago Mir Puig manifiesta que "la concepción más tradicional de la pena ha sostenido la necesidad de asignarle la función de *retribución* exigida por la justicia, por la comisión de un delito. Responde a la *convicción de que el mal* no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido" (razones religiosas, éticas y jurídicas)".³⁹¹

Fernando Castellanos cita a Cuello Calón al decir que "si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de *utilidad social* y de *prevención del delito*, no puede prescindir de la idea de justicia, cuya base es la retribución, fin socialmente útil y por eso la pena, aun cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta sentimientos arraigados en la conciencia colectiva, que exigen el *justo castigo* del delito y da a la represión un tono moral que la eleva y ennoblece".³⁹²

4.2.2. Teoría de la prevención general. Podemos asegurar que no a toda norma (promulgada) le sigue una pena. Así, Günther Jakobs indica que "se puede prescindir de la pena si cabe discutir la competencia del autor para desautorizar la norma (*el autor es un niño o está enajenado: en todo caso es incompetente*), o si

³⁸⁸ Roxín, Claus, *opcit*, pp. 81-82.

³⁸⁹ Jakobs, Günther, *op.cit*, p. 20.

³⁹⁰ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 338, p. 204.

³⁹¹ Mir Puig, Santiago, *opcit*, pp. 83-85.

³⁹² Castellanos, Fernando, *opcit*, p. 19.

la situación en que se actúa puede definirse como una situación especial (*obró en peligro de muerte, sin tener que responder de ello*).³⁹³

La prevención general del Derecho penal debiera ser contundente y eficaz, pero cierto es que el Derecho penal no previene conductas delictivas, ni la amenaza de la pena disminuyen delitos; por lo que es función y obligación estatal, dar a conocer las normas jurídicas penales e implementar programas de gobierno efectivos que den mayor bienestar a sus gobernados, con lo que se evitaría en mayor medida, la comisión de hechos delictuosos.

Dice el mismo Jakobs que la pena debe garantizar la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad, el Derecho penal “debe servir para el mantenimiento del orden social y el principio del *talión*: retribución de un mal con otro igual, resulta una limitación de la pena al prescribir el principio *ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie*, etc., lo que limita a su vez, la venganza”.³⁹⁴

Para Jesús-Maria Silva Sánchez la prevención general negativa, es un elemento común del moderno Derecho penal y del Derecho previo a la modernidad, Derecho penal privado y medios de control social informal. Cita a Feuerbach, -*coacción psicológica*:- “disuadir al delincuente de la comisión de un delito, amenazándole con infligirle un mal que resulte superior al mal que le pueda suponer el renunciar a la comisión de dicho delito”.³⁹⁵

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto sostiene que para poder comprender la teoría de la prevención general, es preciso decir que “el entendimiento preventivo-general de la pena la presenta como un instrumento que opera sobre el conjunto de los individuos disuadiéndoles (o intentando hacerlo, la mayor parte de las veces sin éxito) de realizar los delitos” (*teoría de la coacción psicológica*).³⁹⁶

Günther Jakobs sobre la prevención general positiva dice que “así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo que en los contactos sociales,

³⁹³ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 14.

³⁹⁴ *Ibidem*, pp. 20-21.

³⁹⁵ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, p. 212.

³⁹⁶ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, pp. 206-208.

sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la persona.

De lo contrario “cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. Si se decepciona esa expectativa, para el decepcionado surge un conflicto al que debe reaccionar, con la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos y aquellos otros que se realizan ya no cuadra el modelo de orientación del decepcionado debe someterse a revisión”.³⁹⁷

Claus Roxin sostiene que esta teoría no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, “sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación, tiende a la prevención de delitos (preventiva y relativa) y la pena debe actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad.”³⁹⁸

Günther Jakobs señala que “toda persona sabe que su semejante es de carne y hueso y está sometido a leyes naturales, que se ahoga en el agua si es profunda cuando no sabe nadar, que cae cuando se le golpea enérgicamente, o es presa de convulsiones cuando sufre un ataque epiléptico, por lo que se espera de la otra parte en el contacto social que su estado o situación siga las reglas de la naturaleza, pero no que respete las normas jurídicas”.³⁹⁹

El mismo Jakobs sostiene que “la pena intimidante no debe superar la medida de lo adecuado a la culpabilidad o de lo proporcionado, de lo contrario se le sentiría arbitraria y perdería su eficacia intimidatoria. Se percibe como arbitraria la pena extremadamente leve en supuestos de provecho insignificante y alto daño social”.⁴⁰⁰

4.2.3. Teoría de la prevención especial. Esta teoría merece mucha atención, ya que es una exigencia social y para el Derecho penal, que las cárceles funcionen de manera eficiente, que los encargados de las mismas sean hombros

³⁹⁷ Jakobs, Günther, *opcit*, pp. 9-10.

³⁹⁸ Roxin, Claus, *opcit*, p. 89.

³⁹⁹ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 10.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 28.

probos y honestos, para asegurar una verdadera readaptación social en el delincuente la que una vez lograda, la sociedad y el Estado le brinden todas las garantías al individuo readaptado.

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto expone que en cuanto teoría relativa, la doctrina de la prevención especial participa de la idea de “que la pena es un medio con el que se procura evitar la comisión de los delitos, pero, a diferencia de la prevención general, tales delitos a evitar son los provenientes de los sujetos que ya han delinquido: a través de la pena se busca impedir que vuelvan a delinquir.”⁴⁰¹

El autor referido, hace una crítica a la teoría preventivo especial diciendo que ésta “conduce a un Derecho penal *inhumano y clasista*: *inhumano*, porque únicamente toma en consideración un dato objetivo, la peligrosidad, que puede también existir en animales o cosas; *clasista*, porque defender con exclusividad la idea de reforma implica entender que el delincuente es una persona enferma o inadaptada; en definitiva, una *subclase* de hombre”.

Otra de las críticas es lo relacionado con la resocialización: ya que “ni todos los que han delinquido precisan ser *resocializados* (el delincuente ocasional), ni todos los que quizás, necesiten tal resocialización son susceptibles de ella (delincuentes incorregibles)”.⁴⁰²

Günther Jakobs considera que cuando se habla de que la misión de la pena es desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial. El Derecho penal debe configurarse de *lege ferenda* de modo que sirva a la prevención especial, o sustituirlo por medidas de seguridad idóneas.⁴⁰³

Claus Roxin menciona que ésta teoría consiste únicamente en hacer desistir *al autor de futuros delitos*. Esta pena va dirigida al autor individual (especial). Así, la prevención especial es el fin de la pena. Esta es una teoría “relativa”, pues se refiere al fin *de prevención de delitos*.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, pp. 209- 210.

⁴⁰² *Ibidem*, pp. 213-214.

⁴⁰³ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 29.

⁴⁰⁴ Roxin, Claus, *opcit*, p. 85.

La función de la pena y de las medidas de seguridad que la acompañan o la sustituyen se puede, caracterizar, como lo anota Günther Jakobs al citar a Franz Von Liszt: 1. “Corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella, 2. Intimidación del delincuente no necesitado de corrección, inocuización del delincuente no susceptible de corrección”.⁴⁰⁵

También respecto a la teoría de la prevención especial, Santiago Mir Puig sostiene que a diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, “la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder de una persona determinada. Esta no puede operar como la general, en el momento de la conminación legal, sino en los de imposición y ejecución de la pena”.⁴⁰⁶

Claus Roxin refiriéndose a las reformas a la Ley Penitenciaria de la República Federal Alemana de 1969, que muestra el lado humanitario, manifiesta que “en la ejecución de la pena privativa de libertad, el recluso debe llegar a ser capaz de llevar en el futuro con responsabilidad social una vida sin delitos, confirmándose el principio de resocialización, exigencias del principio del Estado social”.⁴⁰⁷

Dice el autor citado, que la pena “es un medio con el que se procura evitar la comisión de los delitos, pero a diferencia de la prevención general, tales delitos a evitar son los provenientes de los sujetos que ya han delinquido, por lo que a través de la pena se pretende evitar que vuelvan a delinquir”.⁴⁰⁸

De lo anterior, se estaría hablando de la resocialización del delincuente, de quien la sociedad espera que a través de la pena impuesta y los medios empleados para su readaptación, entendiera el valor que tiene la libertad, así como el significado que él mismo representa para la misma sociedad; por lo que habría que reeducado para respetar todas las normas sociales y jurídicas.

Santiago Mir Puig manifiesta que “cuando la privación de la libertad sea inevitable, habrá que configurar su ejecución de forma tal que evite en lo posible

⁴⁰⁵ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 29.

⁴⁰⁶ Mir, Puig, Santiago, *opcit*, p. 90.

⁴⁰⁷ Roxin, Claus, *opcit*, pp. 86-87.

⁴⁰⁸ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, pp. 209-210.

que sus efectos *desocializadores*, fomente comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad”.⁴⁰⁹

Sigue diciendo Santiago Mir Puig que el “principio de resocialización en un Estado democrático, es como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal”.⁴¹⁰

Con lo anterior no se pretende tocar el tema del Derecho penitenciario y ver sobre el asunto de las cárceles, tema que merece todo nuestro respeto y un minucioso análisis, sino descubrir si las teorías sobre la retribución de la pena, la preventivo general y la especial, en verdad ven sobre la resocialización del individuo o solamente se concretan a imponer el castigo para evitar que se sigan cometiendo ilícitos.

En lo particular estamos de acuerdo con la preventivo-especial, ya que procura que aquél sujeto que delinquiró, no lo vuelva a hacer, atendiendo a su readaptación social y a la utilidad colectiva de que puede ser objeto.

4.2.4. Teorías unificadoras retributivas. Dentro de estas teorías, Claus Roxin sostiene que las teorías mixtas o unificadoras o de la unión, que antes fueron absolutamente dominantes y que todavía son determinantes para la jurisprudencia, “consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente”.⁴¹¹

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto sobre estas teorías, argumenta que “se construyen las tesis mixtas, que en Alemania han recibido el nombre de teorías del espacio o de juego o teorías del marco. Que una pena proporcionada a la culpabilidad permita que se lleven a cabo funciones preventivas. La retribución se constituye en el límite máximo de la prevención: límite que no puede rebasarse por razones preventivas.”⁴¹²

⁴⁰⁹ De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, p. 210.

⁴¹⁰ Mir Puig, Santiago, *opcit*, pp. 133-134.

⁴¹¹ Roxin, Claus, *opcit*, p. 93.

⁴¹² De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, *opcit*, pp. 217-218.

En las Sextas Jornadas Penitenciarias Andaluzas,⁴¹³ celebradas en la universidad de Alcalá, se habló sobre las teorías retributivas, en el sentido de que en el derecho penal existen contradicciones como lo es en “las etapas: *juzgadora y de ejecución de la condena*.”

La primera, se dirige a esclarecer el hecho concreto, fugaz o de corta duración en el tiempo, una vez comprobado, así como la participación en él, se efectúa la valoración de ambos en su aspecto objetivo y subjetivo, se efectúa el veredicto de responsabilidad conforme a criterios inspirados por añoranzas éticas, en opinión de Novoa Monreal.

La legislación penal se apoya en principios *retribucionistas*, lo que motiva que en la ejecución de la pena se tengan presentes criterios *resocializadores* del delincuente. De ahí que se preste más atención a la personalidad del sujeto y a la evolución en el cumplimiento de la pena, que al recuerdo del hecho delictivo que dio origen a ésta.

4.2.5. Teorías unificadoras preventivas. Claus Roxin manifiesta que el punto de partida de toda teoría hoy defendible debe basarse entendiendo “que *el fin de la pena* debe ser de tipo preventivo. Las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio.

Y que la prevención especial y la prevención general deben figurar conjuntamente como fines de la pena. Puesto que los hechos delictivos pueden ser evitados tanto a través de la influencia sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se subordinan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos.⁴¹⁴

Jesús-Maria Silva Sánchez dice que “la mejor forma de prevenir es atenerse a las reglas de la imputación justa pero, bajo el término *Justino*, valor

⁴¹³ VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Universidad de Alcalá, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: *Valoración Crítica Especial referencia al artículo 76*, Ponente Manuel Conde Pumpido, Defensor del Pueblo Andaluz, 1990, p. 19.

⁴¹⁴ Roxin, Claus, *opcit*, p. 95.

absoluto de la justicia, sea cual sea su forma de concreción, sino la estimación social concreta acerca de cual es la sanción justa en un determinado caso”.⁴¹⁵

Günther Jakobs apunta que “si hubiese una pena correspondiente a una culpabilidad determinada sin consideración a fines, se exigiría la legitimación de la pena desde el punto de vista preventivo, pero no de modo en sí injusto. Una prevención a la que a través del principio de culpabilidad se la ha privado de sus casos extremos tampoco tiene que legitimarse como una prevención potencialmente extrema, sino sólo como una prevención moderada”.⁴¹⁶

4.3. El desmedido aumento de penas, ¿logran inhibir el delito? El Derecho penal como se ha dicho, sirve como instrumento del Estado para amedrentar a los individuos que pretenden o han cometido un delito, pero como no cabe la menor duda de que el uso del Derecho penal, ha de basarse en el principio de la *intervención mínima*, debiendo constituir la pena como fin *ultimo* y no como la *única ratio*.

Günther Jakobs manifiesta que las penas cortas de prisión han demostrado su inutilidad, con carácter perjudicial para el condenado, su familia y la misma sociedad. A las largas su factor destructivo de la personalidad, incompatible con la resocialización proclamada como fin de la pena⁴¹⁷, por lo que se impone la búsqueda y establecimiento de otras penas alternativas a la prisión.

Si no se dan estos cambios, lógico es que no debemos sentirnos satisfechos si estos tienen lugar y estaríamos afirmando la ineficacia de la pena, de lo que se habló en cuanto a los fines de la misma.

Eugenio Raúl Zaffaroni asienta que “la historia enseña que la dignidad humana cuando avanza, lo hace en lucha contra el sistema penal. Podría decirse que la humanidad avanzó siempre en pugna con este”.⁴¹⁸

Cierto es, que las penas elevadas no han logrado mellar en los índices delincuenciales, esto lo vemos a diario con crímenes sangrientos, con personas

⁴¹⁵ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, p. 205.

⁴¹⁶ Jakobs, Günther, *opcit*, pp. 24-25.

⁴¹⁷ VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas, nota 413, p. 21.

⁴¹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, p. 43.

descuartizadas o degolladas, con vejaciones a delincuentes menores por parte de grupos delincuenciales.

El poder punitivo siempre discriminó a los seres humanos y les deparó un castigo que no correspondía a la condición de personas, pues como lo dice Eugenio Raúl Zaffaroni, “se les consideraba como *entes peligrosos o dañinos*, a los que se les señalaba como enemigos de la sociedad negándoseles el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del Derecho penal liberal.”⁴¹⁹

Es indudable que el aumento de las penas no inhibe la comisión de conductas delictuosas, así como ni la pena de muerte en países que se dicen civilizados ha logrado este cometido.

Lo que obliga a plasmar también, lo escrito por Julio Fernández Bulté al mencionar a Robespierre, considerado por Hegel en 1791 -al ser decretado el Código penal francés- como el mayor responsable del terror revolucionario, del asesinato indiscriminado.

Robespierre al tratar la pena de muerte, rechaza el argumento de la intimidación, alegando que no es cierto que la pena de muerte sea más intimidatoria que las demás, y ponía de ejemplo a Japón, en donde decía que las penas eran atroces, y que a pesar de eso era un país de criminales.

El decreto de 18-22 de marzo de 1793 de la Convención, aprobó la ejecución de emigrados o sacerdotes que se encontraban dentro de la República. Venía a golpear la actividad del espionaje y subversión interna, dirigida por potencias monárquicas de Europa, que llevaban dentro del territorio francés los emigrados que se filtraba en el mismo.

El 7 de agosto de 1793 se dictó la pena de muerte para todo aquel que distribuyera o imprimiera falseados en todo o en parte la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano o ejemplares de la Constitución.

El 17 de septiembre de 1793 se dictó la Ley conocida como la Ley de Sospechosos, imponiéndose la pena de muerte a los que, por su conducta o por su correspondencia, escritos o discursos se hubiesen mostrado partidarios de la

⁴¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, p. 11.

tiranía y enemigos de la libertad, los que no pudieren demostrar haber cumplido certificaciones de virtud ciudadana, los ex nobles y los maridos, mujeres, padres, madres, hijos o hijas, hermanos o hermanas de los emigrados, siempre que no hubiesen invariablemente demostrados adhesión a la Revolución.

Ley que sin lugar a dudas y como así también lo sostiene Julio Fernández Bulté que fue un exceso y no se puede tomar como el espejo de las grandes transformaciones humanistas.⁴²⁰

4.3.1. ¿Qué hacer para lograr la prevención del delito y evitar la sanción penal? Resulta interesante encontrar la respuesta de cómo evitar la comisión de delitos antes de hacer uso del Derecho penal con toda su fuerza y arbitrariedad.

Pero para ello, no existen palabras mágicas, por lo que el gobierno en aras de combatir los índices delincuenciales y ser participe en la formación de delincuentes, debe hacer uso del sistema penal y de sus instituciones para prevenir conductas delictivas con programas sociales efectivos y no solamente crear paliativos, que a corto tiempo dejan de ser eficaces.

El Estado no puede hacer uso del Derecho penal, sin un plan preconcebido e impregnado de resultados positivos, renunciando a la aplicación de éste cuerpo jurídico, donde sean suficientes otros medios para el restablecimiento de la paz y armonía sociales.

Medios que sean por tanto, suficientes para restablecer el orden y la paz sociales, como lo hemos venido diciendo: allí donde el Derecho civil o el Derecho Administrativo puedan ser aplicables, se debe renunciar a la pena, la que debe aplicarse como la *última ratio*.

Por lo tanto, resulta necesario, tomar en consideración lo escrito por el japonés Katoh Hisao cuando habla de la eliminación de la pena, dice “que a la hora de pedir la despenalización, debería tenerse en cuenta la reparación del daño

⁴²⁰ Fernández Bulté, Julio, *opcit*, nota 155, p. 134.

causado a la víctima del delito”⁴²¹, lo que vendría a reparar en parte la ofensa a la víctima, a la familia de ésta y a restablecer la confianza en la sociedad.

Al hablar de la *última ratio* del Derecho penal, esperamos que éste sea la última opción de sanción y como se ha venido expresando, esta figura puede entrar en acción para algunas resolver la comisión de algunas conductas llevadas a cabo, que caen en el Derecho civil, como en el Derecho Administrativo.

Siendo importante asentar lo expuesto por Jesús-María Silva Sánchez quien al tratar sobre *el garantismo y los límites materiales de la intervención penal*, señala que “una de las críticas más fundadas que se le han dirigido al *neoclacismo* es su limitación a los aspectos exclusivamente formales, dejando de lado la cuestión de una efectiva disminución de la intervención penal, de su reducción a lo estrictamente necesario.

Haciendo alusión a “que empíricamente la abolición de la sentencia indeterminada y de los *parole borrad* en los Estados Unidos, no ha traído consigo una disminución de la duración de las penas efectivamente impuestas, sino más bien, al contrario, un aumento de la misma.”⁴²²

4.4. Aplicación del derecho Internacional en los casos de terrorismo y delincuencia organizada. La situación actual por la que atraviesa el mundo, merece una plena atención y revisión del campo *político-criminal*, no buscando la homogenización de las penas y queriendo tratar a los delincuentes comunes como enemigos sociales, como entes peligrosos y queriendo *inocuízarlos*.

Hay que detenerse a ver las condiciones en que viven cada uno de los pueblos, cual es el trato que reciben los sectores más vulnerables, los que son blanco fácil tanto de los grupos delincuenciales como de las autoridades tanto en cuestiones políticas, como para ser los más perseguidos penalmente.

Lo anterior viene a colación, porque al hablar de terrorismo, es introducirnos a un campo *político-criminal*, que trae aparejado un relajamiento total de valores, de expectativas sociales y económicas, aunado a que los medios promueven y

⁴²¹ Hisao, Katoh, actualidad penal No 43/21-27 NOVIEMBRE 1994, *el tratamiento del delincuente enfermo mental en el Derecho japonés* XLV, 1994-2

⁴²² Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 64, p. 37.

practican el individualismo, así como la formación de estereotipos que van siendo parte de la cultura, sobre todo, de las nuevas generaciones.

Al tocar la palabra terrorismo, se conceptualiza en nuestra mente como algo grotesco, algo que causa miedo o terror, a lo que resulta difícil enfrentar y aceptar como un hecho normal. Y terrorista, aquello que sirve como medio para infundar el miedo, el terror, al sujeto que exterioriza la materialidad del terror causado en alguien, o en algo.

Rosa María de la Torre Torres en su obra *terrorismo y crimen organizado*, hace mención del primer referente que tenemos sobre del terrorismo, “es en la Revolución francesa, con la llegada de los jacobinos, de septiembre de 1793 a julio de 1794. Periodo donde se hace uso del terror como un medio justificado”.⁴²³

La misma autora cita a Ernesto Garzón Valdez quien hace una aproximación doctrinaria del terrorismo cuando dice que éste es “un método o una forma de comportamiento capaz de provocar en un grupo social, o en la sociedad en general, el temor generalizado, con miras a obtener un objetivo mediato, cualquiera que éste sea”.⁴²⁴

Lo anterior nos lleva a decir que Francia fue uno de los primeros países que sufrió del terrorismo islamista, pero que le dio un tratamiento especial, enfrentándolo antes que los demás países lo hicieran. Su terrorismo era distinto en su origen del terrorismo político y territorial interno.

Dice Antoine Garapón que antes del 11 de septiembre del 2001, los Estados Unidos de Norteamérica no calibraron la importancia de los atentados y vieron los del GIA argelino como una consecuencia del colonialismo francés, a los que Francia debía enfrentarse sola. Les preocupaba más el problema de las drogas. Por eso en Francia se dice: “nuestros recursos son judiciales, no militares”.⁴²⁵

Vemos entonces, que el trato que se les da a los terroristas, es de carácter eminentemente judicial y no militar y con características de una guerra, como se

⁴²³ De la Torre Torres, Rosa María, *Terrorismo y Crimen Organizado*, aspectos jurídicos y conceptuales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Morelia, Michoacán, México, 2008, p. 46.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁴²⁵ Garapón, Antoine, *opcit*, nota 156.

propagó por el gobierno norteamericano y que en México, también el mandatario en turno, ha usado la frase de guerra al narcotráfico, guerra a la delincuencia organizada.

Eugenio Raúl Zaffaroni asienta que los “crímenes de destrucción masiva e indiscriminada del 11 de septiembre de 2001 y del 11 de marzo de 2004 son expresiones de brutal violencia que en opinión de los internacionalistas configuran *crimines de lesa humanidad*, pero que a su vez son respuesta a otra violencia.⁴²⁶ En esta opinión, hace la aclaración de que no se está refiriendo a actos de terrorismo.

No queda duda que, tanto la industrialización, como la globalización han sido factores de cambios económicos, que han generado oportunidades para la realización de un gran número de negocios legítimos, como son el intercambio de bienes y servicios, que permite a su vez, un desarrollo importante en las economías de los países.

Pero también se presentan cuestiones negativas en los sistemas jurídicos, sobre todo, en cuestiones de carácter penal, es decir, cuando se dan hechos o actos en donde intervienen grupos de delincuencia organizada, los que traspasan las fronteras de los Estados y que es cuando debe aplicarse el Derecho Internacional.

De acuerdo a los acontecimientos recientes en México, donde los grupos de delincuencia organizada se atacan entre sí, cobrando la vida de personas inocentes como sucedió el 15 de septiembre del 2008 en Michoacán, donde perdieron la vida personas inocentes que acudieron a celebrar las tradiciones mexicanas y el deceso de una menor a finales del 2009, son actos tan viles y carentes de sentido, perpetrados por personas faltos de valores.

Derivado de ello y de otras situaciones similares, se ha venido dando una lucha frontal en la que han caído también, los encargados de perseguir y detener a los delincuentes y como consecuencia, el gobierno federal ha declarado la guerra a la delincuencia organizada.

⁴²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *opcit*, nota 301, p. 17.

Por tal motivo, se ha hecho uso de las fuerzas armadas para combatir el narcotráfico y abatir los grupos de delincuenciales, lo que ha valido opiniones encontradas: a favor y en contra, pero vemos con tristeza, como las medidas implementadas han resultado ineficaces, pero eso si, se han violentado los derechos humanos no sólo de los sujetos que forman parte de grupos delincuenciales, sino de la sociedad civil.

Cabe entonces hacernos los siguientes cuestionamientos: ¿Qué hacer para combatir el terrorismo, que medidas tomar, que deben hacer los gobiernos y sus autoridades persecutoras para acabar con este lastre social?

Eugenio Raúl Zaffaroni ocupándose del tema, dice que como juristas, “sólo sabemos lo que puede hacer el Derecho penal, lo que tampoco es suficiente y ni siquiera que tenga eficacia. Si éstos no hacen nada, el Derecho penal nada puede hacer; si cometen delitos, corresponde individualizarlos, detenerlos, procesarlos, juzgarlos, condenarlos y hacerles cumplir la pena”.⁴²⁷

Miguel Polaino Navarrete menciona que el legislador penal español ha considerado conveniente incriminar ciertas conductas relacionadas con el mantenimiento de explosivos, precisamente porque dichos elementos constituyen un *riesgo*, un *peligro* para la sociedad.⁴²⁸

Por lo que es urgente que la autoridad encargada de la seguridad y la procuración de justicia, valoren nuevas estrategias al combate al crimen organizado, al delito común y que el Estado, obligado a velar por el bienestar de los ciudadanos, cumpla a cabalidad su función.

4.5. ¿Existe una real guerra en México y se justifica la militarización? Como lo dejamos asentado en líneas anteriores, debido a los acontecimientos suscitados en la capital michoacana el 15 de septiembre del 2008, se dejó ver el despliegue policiaco de las fuerzas federales, entre las que destaca el Ejército Mexicano en toda la geografía del Estado y del país.

⁴²⁷ Zaffaroni Eugenio, Raúl, *opcit*, pp. 181-182.

⁴²⁸ Polaino Navarrete, Miguel, *El Derecho penal del Enemigo en el contexto del Funcionalismo*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2008, p. 193.

Las acciones llevadas a cabo por el gobierno federal en aras de combatir a los grupos de la delincuencia organizada, ha militarizado el país, lo que es visto de manera positiva por algunos grupos políticos y la sociedad civil, por los hombres del poder económico, pero otros se han manifestado en contra, por quedar al descubierto que las policías encargadas de prevenir y combatir delitos, con su actuar omisivo o persuasivo, han dejado mucho que desear ó bien, están sirviendo en ambos frentes.

Queda en duda entonces, si se justifica o no la militarización del país, de que el Ejército salga a las calles a realizar operaciones investigativas, o será que las policías encargadas de esta encomienda ya no son operantes o ¿es qué han dejado de tener eficacia los métodos empleados para lograr buenos resultados investigativos.

¿O se ha reconocido y aceptado la injerencia de miembros de las organizaciones delictivas dentro de las estructuras de gobierno? Lo que podría resultar riesgoso y vendría a terminar con la esperanza de cambiar el estado de cosas para vivir en un territorio gobernado por la justicia y el derecho.

La lucha que ha emprendido el Ejército mexicano, calle por calle, barrio por barrio, comunidad por comunidad, han tomado visos preocupantes, tanto por las denuncias de violaciones de los derechos humanos, como por el uso de grupos de los sectores vulnerables para alzar la voz en contra de las fuerzas castrenses.

Cuando se pide que salgan los militares de ciertas zonas o entidades federativas, se dice que son personas enviadas por los cárteles y comerciantes amenazados o impulsados por la caída de las ventas.

Así también, se torna la situación muy peligrosa, pues al hablar el gobierno que debe seguir la guerra contra el narcotráfico, habría que ver la diferencia entre el ataque a los grupos terroristas que ya se ha venido tratado, y las características de la guerra.

Por todo ello, resulta necesario e importante anotar el estudio realizado por las Naciones Unidas y al que se refieren Edgardo Buscaglia, Ingke Goeckenjan, Samuel González, Ernesto Mendieta Jiménez y Aurelie Merle, “se analizan 40 grupos de delincuencia organizada, y se demuestra que 30 de ellos utilizan la

corrupción como medio para cometer sus fines y 33 recurren a la violencia como parte de sus actividades.

Más aún, el tráfico ilegal de material radiactivo, biológico-químico y demás arsenal convencional es actualmente dirigido por organizaciones criminales transnacionales que utilizan la corrupción a altos niveles del sector público en diferentes regiones para así poder asegurar la obtención, tránsito, y provisión de estas armas letales o grupos terroristas que muchas veces tejen alianzas estratégicas o de fusión parcial con estas mismas organizaciones criminales.

Los principales elementos de que se valen los delincuentes organizados para realizar sus ilícitos de manera más fácil son: la jurisdicción limitada de los países, los huecos de oportunidad que dejan los sistemas jurídicos por la diferencia entre las culturas jurídicas y la diferencia de aplicación de las políticas criminales. Además, del uso del trípole de violencia, corrupción y obstrucción de la justicia en que se sustentan.

Lo que ha provocado problemas complejos y crecientes de carácter transnacional entre los países: algunos de ellos son el lavado de dinero, la trata de personas, especialmente mujeres y niños, los problemas de corrupción y los problemas del terrorismo.

Las organizaciones criminales recurren a la violencia como medio para establecer su control sobre sus propios miembros, sobre sus competidores y sobre los mercados ilícitos independientemente del producto que vendan: drogas, protección, sexo, tráfico de personas o inmigrantes, vehículos robados, diamantes, esmeraldas o lavado de dinero.⁴²⁹

De lo anterior, se puede comprender como los grupos terroristas pueden lograr la vinculación con los grupos de delincuencia organizada para lograr sus fines como lo es el de atentar contra los gobiernos, pero que el ataque final, lo sufren siempre personas que no tienen nada que ver en la luchas por los poderes a los que se enfrentan, y que la finalidad es el de hacer flaquear los sistemas establecidos tanto de control gubernamental como económicos.

⁴²⁹ Buscaglia, Edgardo y González Ruiz, Samuel, Coordinadores, *Reflexiones en torno a la Delincuencia Organizada*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005, pp. 34-35.

Y lo que hacen los países a los que van dirigidos los ataques, es el de regresar el golpe con mayor saña, *declarar la guerra a los pueblos enemigos*, invadiendo los territorios con el paso o la instalación de tropas, el de quebrantar las leyes internacionales y atentar contra los derechos fundamentales de los individuos en aras de la seguridad nacional, por tal motivo los juristas se han dedicado a realizar algunos estudios sobre el tema del terrorismo y han vertido opiniones al respecto.

Günther Jakobs respecto al terrorismo argumenta que el hecho de que “las leyes identifiquen como aquello que hay que combatir no a los terroristas, sino al terrorismo, de modo similar a la lucha contra el cólera o el analfabetismo, no cambia en nada las cosas: se trata de leyes penales, y la pena, no se aplica al terrorismo, sino a los terroristas”.⁴³⁰

Parece claro que a través del castigo de los terroristas se pretende combatir al terrorismo en su conjunto; viéndolo de esta manera, la pena se vuelve entonces, un medio para un fin policial, un paso en la lucha por la seguridad, justificándose entonces detenciones ilegales, procesos viciados, y como consecuencia, flexibilización de las garantías individuales.

Es también Jakobs quien menciona que el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, “sino la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad”.⁴³¹

“Cuidar de las bases de la presunción de una conducta futura conforme a la ley, es un deber positivo elemental de todos los ciudadanos; sólo cuando esta presunción se mantiene fundamentada, es posible un trato libre, sin temor de los ciudadanos entre ellos. Por ello la proposición del Derecho de que “todo ser humano tiene derecho a ser tratado como persona”.

“Todo aquél que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona”.⁴³²

El mismo Jakobs opina que “la finalidad de la privación de libertad en el delincuente de evidente peligrosidad, como en el caso del terrorista, es distinta de

⁴³⁰ Cancio Meliá, Gómez-Jara Diez, Coordinadores, *opcit*, p. 78.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 80.

⁴³² Cancio Meliá, Gómez-Jara Diez, Coordinadores, *opcit*, pp. 82-83.

la de un delincuente cuya ulterior peligrosidad no muestre un grado de evidencia similar”.⁴³³

En el caso normal del delito, “la pena es una especie de indemnización, ejecutada forzosamente a costa de la persona del delincuente: la pena es contradicción e infligir dolor, dolor que se mide de tal modo que el apoyo cognitivo de la norma quebrantada no sufra por el hecho cognitivo”.⁴³⁴

La especial importancia que ha adquirido en la actualidad el debate doctrinal sobre el *derecho de excepción* –derecho penal del enemigo- se explica por el fenómeno del terrorismo a nivel nacional e internacional.

La sensación de inseguridad que a causa de la globalización de la información, aqueja prácticamente a todos los ciudadanos del mundo frente al accionar terrorista, a llevado a que los diversos países, en mayor o menor medida, extreme sus mecanismos de protección, y en primera línea la reacción jurídico penal.

Carlos Pérez del Valle sobre esto dice que “nada hay que justifique–o nada debería haber– una ceremonia del escarnio en el derecho penal moderno, sea éste dirigido a enemigos, sea dirigido a ciudadanos; y el derecho penal en sentido estricto (castigo en forma de dolor) debe huir también de transformarse en una pura lucha contra el enemigo de la paz”.⁴³⁵

Percy García Caveró sostiene que existe una legislación penal especialmente represiva contra las actividades terroristas, la cual por otra parte, se ha ido extendiendo a otros ámbitos especialmente sensibles como el narcotráfico, la criminalidad organizada y la violencia sexual.⁴³⁶

Todo lo anotado, nos traslada a la obra de Rosa María de la Torre Torres, cuando anota que:

- 1) El terrorismo no puede ser estudiado y definido fuera del contexto mundial de violencia, dentro del cual los Estados juegan un rol preponderante.
- 2) La ideología no ayuda a determinar el carácter terrorista de una acción.

⁴³³ Jakobs, Günther, *opcit*, pp. 83-84.

⁴³⁴ Jakobs, Günther, *opcit*, p. 84.

⁴³⁵ Pérez del Valle, Carlos, *La fundamentación Iusfilosófica del Derecho penal del enemigo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología <http://criminnet.ugr.es/recpc> ISSN 1695-0194

⁴³⁶ García Caveró, Percy, *op.cit.*, nota 351.

3) El terrorismo puede ser ejercido contra el Estado o desde el Estado.

4) Dada la utilización polivalente del término terrorismo, el análisis político de la situación en que se presenta dicho fenómeno resulta determinante.

Al tratar sobre el terrorismo internacional, cuando se entiende que la mayoría de los casos, la acción de los grupos terroristas parece limitada a un país y que sus reivindicaciones están a veces incluso, limitados a problemas regionales o provinciales, la acción de estos grupos toma un aspecto cada vez más internacional.

La forma en que se han llevado a cabo, en el curso de los últimos años, los numerosos secuestros de aviones lo muestra claramente. Y en muchos de los casos, se mezclan actos ilegales con acciones terroristas.⁴³⁷

Lo lamentable en la lucha contra el terrorismo, es que se ataca con métodos guerreros, no siendo desconocido que los países que lo padecen, excluyendo a Francia, en donde se dice que el trato al terrorismo es una cuestión judicial, como en el caso de Estados Unidos de Norteamérica, cuando declaran la guerra a los terroristas, lo hacen como si los grupos criminales, tuviesen el carácter de países que le han declarado la guerra a los norteamericanos.

a) Concepto de guerra. Si por guerra entendemos y hemos escuchado siempre, que es el combate, la batalla, lucha o enfrentamiento. La guerra la conceptualizamos como la lucha armada o conflicto entre dos o más naciones.

Implica el rompimiento de un estado de paz, que da paso a un enfrentamiento con todo tipo de armas y que suele generar un elevado número de muertos.

Esto hace necesario citar nuevamente a Rosa María de la Torre Torres cuando dice que “existe la necesidad de clasificar y determinar con exactitud el cuerpo de los actos terroristas, que atañen a las relaciones internacionales. Que el acto terrorista o la política de terror en general, puede ser llevada a cabo tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra”.

⁴³⁷ De la Torre Torres, Rosa María, *opcit*, pp. 54-56.

En cuanto a la guerra, el Derecho Internacional reconoce una serie de normas que prohíben y sancionan la comisión de acciones de carácter terrorista contra prisioneros de guerra, población civil, combatientes y personas civiles que han dejado de participar en operaciones militares, incluso en los casos de conflictos que no revisten carácter internacional; contra guerrilleros y destacamentos de milicias populares, cuyo status se puede equiparar al de los prisioneros de guerra de las unidades regulares.⁴³⁸

De lo anterior, podemos asegurar, que el ataque a los grupos terroristas o de delincuencia organizada, no cubren el *status jurídico* para ser considerados como iguales al declararles la guerra, ya que no son gobierno de un Estado.

Si bien es cierto, los ataques terroristas son violentos, con el uso de armamento sofisticado y sus delitos de gran impacto social, no cubren los requisitos establecidos para estar en igualdad de circunstancias de los países que les declaran la guerra, y que en el afán de proteger la seguridad nacional, ciegan vidas inocentes.

Y para sustentar lo dicho, vamos a anotar los documentos que cita Rosa María de la Torre Torres, que son: el Estatuto del Tribunal Militar Internacional; las Convenciones de Ginebra sobre protección de las víctimas de guerra del 12 de agosto de 1949; Convención de la Haya sobre protección de objetos culturales en caso de conflicto armado, concertado bajo la égida de la UNESCO en 1954; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968.⁴³⁹

Por lo anotado en el anterior párrafo, tenemos que el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para elaborar convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949, y que entra en vigor el 21 de octubre de 1950, en su artículo 3 establece:

“En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en

⁴³⁸ De la Torre Torres, Rosa María, *opcit*, p. 57.

⁴³⁹ *Ibidem*, pp. 57-58.

conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; a) la toma de rehenes; c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

El artículo 8 del Convenio de Ginebra estipula que las personas protegidas no podrán, en ninguna circunstancia, renunciar parcial o totalmente a los derechos que se les otorga en el presente Convenio.

El convenio de Ginebra, como se verá no ha sido respetado por el Gobierno norteamericano, sobre todo, por el entonces Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, George W. Bush, con el decreto de la USA-Patriot Act, en la que recorta los derechos civiles y ataca las libertades fundamentales en EE.UU, so pretexto de garantizar la seguridad nacional, y que en su intervención ante el asamblea de Naciones Unidas, exigió a la comunidad internacional que se una a los Estados Unidos de Norteamérica en su guerra contra el terrorismo, una ofensiva planetaria que ha comenzado en Afganistán pero que previsiblemente se ha de extender contra otros países y escenarios geográficos.

Estados miembros de la Unión Europea endurecieron sus legislaciones restringiendo derechos ciudadanos básicos bajo el mismo pretexto de luchar contra el terrorismo; y se aprueba la 1373, que contiene un ataque frontal contra las libertades interiores y contra el Derecho Internacional por medio de la legitimación de la represión y la guerra. .

El nuevo decreto-ley contempla la posibilidad de detener y deportar a ciudadanos extranjeros que ayuden de manera legal a cualquier grupo u organización que el gobierno clasifique como organización terrorista, incluso cuando dicha organización nunca haya sido clasificada como tal con anterioridad.

Como bien lo dice Rosa María de la Torre Torres, la lucha de los Estados Unidos de Norteamérica contra el terrorismo, al margen de los principios de su propio Derecho constitucional, “está poniendo en grave riesgo no solo el control judicial de las leyes, sino también, las bases de su propio sustento legal y del Derecho Internacional”.⁴⁴⁰

Por lo que podemos asegurar entonces, que no estamos en guerra dentro del territorio mexicano, sino que estamos sufriendo una escalada de violencia propiciada por los grupos que se fueron dejando crecer con el beneplácito de algunos políticos y empresarios, y se deja en entre dicho a nuestro Ejército Mexicano, sobre el cual pesan ya varias denuncias a las violaciones de los derechos humanos, y que dentro de éstas, existen delitos de violación, lo que nos trae a colación, citar al siguiente autor:

Néstor José Méndez González al escribir sobre los problemas actuales de seguridad pública, procuración y administración de justicia, después de Colombia, la Organización de las Naciones Unidas y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, valoran a México como el segundo país con la peor situación a nivel continental en violación sistemática de los derechos humanos, prevaleciendo en las procuradurías la tortura como el método de investigación más utilizado.⁴⁴¹

Por lo que entonces no tiene cabida la frase “guerra a la delincuencia organizada”, ni se justifica hacer uso de las fuerzas armadas castrenses, quienes tienen la encomienda constitucional de velar por la soberanía y seguridad

⁴⁴⁰ De la Torre Torres, Rosa María, *opcit*, p. 121.

⁴⁴¹ De Barros Leal, César Oliveira, *opcit*, nota 302, pp. 386-387.

nacional, de la defensa de la nación mexicana cuando otro Estado le declare la guerra o en caso de desastres.

Concluimos que la respuesta de que el gobierno mexicano declare la guerra a la delincuencia organizada, es un término mal empleado, pues no se puede estar en guerra dentro de un Estado contra grupos delictivos, es más bien, una lucha para abatir la delincuencia, y que hablando de delincuencia organizada, se debe hacer uso de los medios de inteligencia con que cuenta el Estado, para dismantelar las distintas bandas, que operan dentro y fuera del país.

Lo anterior conlleva a limpiar de *facto* los cuerpos policíacos, de tomar medidas para que los que controlan las actividades ilícitas no lleguen y dirijan desde el poder.

Y como consecuencia, el abuso del poder resulta contraproducente, pues crea un sentimiento de impotencia, de incertidumbre e inseguridad, con lo se que va creando un resentimiento social que repercute en que la sociedad no quiera participar activamente denunciando hechos delictuosos, menos cuando sabe que no gozará de ninguna protección o garantías.

Alejandro Aponte al escribir sobre *Derecho penal del enemigo en Colombia entre la Paz y la Guerra* hace alusión a los sucesos que actualmente determinan la discusión de la cultura jurídica de Occidente refiriéndose al derrumbe de las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, de los hechos ocurridos en Madrid en marzo de 2004 y de los actos terrorista en julio de 2005, acaecidos en Londres.

Parte de ello la pregunta por el otro y su tratamiento, la conversión del otro en enemigo en el contexto de la lucha antiterrorista, el problema general del crimen organizado, la internacionalización, no sólo de la criminalidad, sino de la propia reflexión, constituyen hechos centrales de la disuasión.

El caso colombiano es paradigmático: se trata de un país que ha vivido de manera dramática las relaciones democracia y violencia; entre legitimidad y violencia; especialmente entre guerra y política, entre guerra y Derecho, y en el cual su Derecho penal y su derecho público en general ha sido marcado por estas relaciones. En los grandes malabares y equilibrios de todo tipo que han tenido

lugar en la sucesión de proyectos de ley que buscan incorporar actores armados a la vida civil que hoy se concretan en la denominada Ley de Justicia y Paz de Julio de 2005.⁴⁴²

b) Guerrillas. No podemos justificar estos movimientos que atentan en muchos casos, y al igual que los actos terroristas, contra la vida de inocentes, o que violentan las estructuras sociales, pero alguna razón tendrán, y tampoco el derecho penal puede dejar de aplicarse en hechos que conllevan conductas delictivas y se deba castigar a los autores intelectuales y materiales.

Casos de Guerrillas, las tenemos en nuestro continente. Los casos más conocidos son los de Colombia y México, en donde van varias décadas de lucha por las guerrillas, las cuales persiguen ideales de cambios en las estructuras de gobiernos y que repercuta en las políticas públicas que benefician a las mayorías, sobre todo, a las clases más vulnerables.

Rosa María de la Torre Torres, menciona que “la guerrilla es una forma de violencia política que está dirigida a objetivos combatientes, mientras que el terrorismo se dirige contra objetivos elegidos indiscriminadamente. Pero acierta al decir que hay organizaciones que practican tanto la guerrilla como el terrorismo, que en definitiva son los dos tipos de violencia política a los que puede recurrir un grupo insurgente.”⁴⁴³

Los intentos de paz apuntan a que hay que pensar en una salida. El papel del derecho penal dista mucho de su papel posmoderno de solucionador del problema. Ha cumplido un papel decidor de conflictos. El derecho penal ha de estar nutrido de elementos racionales y pragmáticos.⁴⁴⁴

No podemos desconocer que algunos grupos guerrilleros se apartan de los fines que persiguen y dirigen sus ataques tanto a destacamentos militares, como a la sociedad en general, lo que justifica que el gobierno salga en su persecución y

⁴⁴² Cancio, Meliá, Gómez Jara-Diez, *opcit*, p. 226.

⁴⁴³ De la Torre Torres, Rosa María, *opcit*, pp. 25-26.

⁴⁴⁴ Wadith Ruiz, Hoover, *Paramilitarismo, guerrillas y narcotráfico en Colombia: hacia un derecho penal racional-pragmático*, <http://lacomunidad.elpais.com/hoverwadithruizregifo/2007/10/2/paramilitarismo-gu...>

detención haciendo un despliegue de las fuerzas armadas para acabar con la violencia de éstos.

Por lo que en la persecución de los subversivos, se hace uso de la violencia estatal y dichos grupos al ser desintegrados o desmantelados, terminan con las esperanzas de los olvidados para ser escuchados y atendidos, en el último de los casos, los sobrevivientes terminan formando organizaciones políticas y ocupando espacios en la administración pública.

4.6. Violencia política. El ser humano, así como lo dijo Aristóteles de que es un *zoon politikon*, que si su naturaleza es ser sociable, también cierto es que tiene el espíritu de pertenencia y eso le hace responder de manera afectiva a los estímulos del exterior, con lo que podemos asegurar que al sentirse indefenso, busca el acercamiento con los demás seres humanos, pero al sentirse agredido, responde con otra agresión.

Desde el momento en que se habla de la prevención general positiva y prevención general negativa del Derecho penal, ya se está vislumbrando un Derecho penal represivo, y la fuerza con que el Estado actúa, para que las normas penales sean acatadas por sus ciudadanos.

Rosa María de la Torre Torres, en la obra que se ha venido citando, trata el tema de la violencia política, expresando que “la violencia es el fenómeno de la utilización de la fuerza o la amenaza de su uso entre individuos, grupos o instituciones con el objeto de obtener algo de ese otro que, de otra forma, no estaría dispuesto a concedernos”.⁴⁴⁵

La violencia política o estatal, se encuentra siempre presente cuando se cometen arbitrariedades en nombre de la colectividad, en aras de la seguridad nacional como dicen los gobernantes.

En este sentido, Jesús-María Silva Sánchez cita a Welzel cuando dice que “las teorías de la prevención general ven el *efecto principal de la pena*, y con ello, su función principal, el *influjo psicológico* sobre la colectividad para la contención del delito (intimidación); en la medida en que, a propósito de este influjo, se piense

⁴⁴⁵ De la Torre Torres, Rosa María, *opcit*, p. 18.

en la conformación y fortalecimiento del juicio ético, se *trata de un efecto de la retribución justa y sólo de la retribución justa*".

En cuanto a la violencia estatal, también Jesús-María Silva Sánchez sostiene que ésta "aparece desde que el Derecho penal moderno existe como tal, el mismo ha introducido, junto al aspecto de prevención, un aspecto nuevo: la misión de reducir al mínimo la propia violencia estatal que, en aras de la prevención, había alcanzado dimensiones de crueldad y arbitrariedad desproporcionadas".⁴⁴⁶

El autor que hemos venido citando, habla del fin de la reducción de la violencia estatal desde "la perspectiva utilitarista, esto en virtud de que el Derecho penal no sólo tiene como fin el de prevenir delitos o reacciones informales de la sociedad, sino también, reducir en la mayor medida posible su propia intervención, en tanto cuanto ésta no deja de ser un mal, sino que, por el contrario, causa daños perfectamente *singularizables y cuantificables*".⁴⁴⁷

Sigue manifestando que, si del establecimiento de una pena más grave o de la *criminalización* de un hecho antes atípico no cabe esperar un incremento de la prevención, debe renunciarse a ello. Ciertamente en la mayoría de las ocasiones las cosas no están tan claras y de ahí surgen la mayoría de las tensiones, en el seno de la lógica de la prevención, que tiende a mantener incólumes los presupuestos de una segura eficacia intimidatoria.⁴⁴⁸

Bien lo dijo el japonés Katoh Hisao "no es del todo rechazable la idea de que se ve a la pena como un acto de venganza que ejecuta el Estado o la sociedad en nombre de la víctima, pero ¿dónde están los límites que, teniendo en cuenta la imperfecta naturaleza humana, hay que imponer a esta reacción?

Los que preconicen un Derecho penal orientado exclusivamente a la prevención especial, deben decirnos previamente, cuáles son los límites que deben ponerse a la reacción de la víctima".⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, nota 64, p. 227.

⁴⁴⁷ *Ídem*.

⁴⁴⁸ Silva Sánchez, Jesús-María, *opcit*, pp. 241-243.

⁴⁴⁹ Hisao Katoh, *opcit*, nota 421.

El mismo Katoh Hisao sostiene que la pena en nuestra sociedad actual, “es un sistema de reacción que sólo en parte está basado en criterios racionales. La pena depende del grado de reprobabilidad de la conducta desvalorada. Tanto si se le concibe como expiación, como si se le considera como medio de prevención del delito futuro, la pena implica siempre desaprobación del delito realizado.

Y culmina señalando que “las sociedades modernas se caracterizan por tener como metas principales de su Política criminal la prevención de la criminalidad y la resocialización del delincuente”.⁴⁵⁰

Ma. José Rodríguez Meza va más allá, al tocar el tema de la globalización para referirse también a la violencia estatal, cuando dice que “la globalización, lejos de constituir una palanca de ampliación de estrategias penales de aplicación igualitaria, consagra la desigualdad, sobre todo, como efecto de procesos de desregulación cuya consecuencia fundamental es la impunidad del poderoso en entornos débiles”.⁴⁵¹

Por otra parte, manifiesta la misma autora, que “la pérdida de la capacidad estatal derivada del proceso de globalización, o al menos su inconsistencia en el campo de producción y aplicación del Derecho, determina la incapacidad del sistema penal para controlar las nuevas relaciones sociales.

Que frente a ello, el Estado criminaliza los conflictos sociales y organiza el sistema penal en torno a la exclusión y a la punición, hasta el punto de crear alarma social para convertirse así en fuente de consenso en torno a las instituciones, previniendo de este modo cualquier eventual disenso político”.⁴⁵²

Prueba de lo anterior, se pueden citar como ejemplos, el aumento desmedido de las penas de prisión y las pecuniarias; la falta de eficacia del propio sistema penal, por los métodos de investigación rudimentarios y la tortura física moral que utilizan los investigadores para obtener las informaciones en los hechos

⁴⁵⁰ Hisao Katoh, *opcit*, nota 421.

⁴⁵¹ Rodríguez Mesa, Ma. José, *Las razones del Derecho penal, modelos de fundamentación y legitimación*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología <http://criminet.ugr.es/recpc> ISSN 1695-0194

⁴⁵² Rodríguez Mesa, Ma. José, *opcit*, p. 407.

delictuosos y dar con los presuntos responsables, así como por la nula readaptación social de los sujetos que cometieron conductas delictivas.

De todo lo anotado sobre la violencia política estatal, debemos decir y como cierto es, que para evitar ésta, el Estado debe regir sus acciones contra los delincuentes, dentro del marco constitucional, con lo que garantizará el respeto irrestricto a los derechos humanos y a las garantías individuales, por lo que debe aplicar lo estrictamente establecido en su legislación penal.

4.7. El Derecho penal del enemigo, ¿un riesgo social? Como lo dijimos en el primer capítulo, la adopción el Derecho penal del enemigo representa un gran riesgo tanto para el Estado mismo, como para el estado de Derecho, toda vez que no es efectivo ni eficiente la imposición de penas denigrantes.

Por todo lo que ya se ha dicho sobre el Derecho penal y el uso y abuso desmedido de éste y de acuerdo a los ejemplos que hemos citado, si se ha estado vislumbrando un Derecho penal distinto y que va dirigido a personas determinadas.

Lo que hecha por tierra los logros constitucionales en la defensa de los derechos fundamentales y ahora hasta se vuela una garantía la figura del arraigo, por lo que también es criticable, que legislar para que un determinado grupo delincuencial sea tratado de una forma distinta, se está dando forma en nuestro país al denominado *Derecho penal del enemigo*.

No resulta congruente el ataque frontal contra la delincuencia organizada, incluso la forma del trato que se les da a los delincuentes comunes, cuando no se atacan las causas que dan origen a la comisión de delitos.

Ya que solamente se combaten los efectos, sin dar solución a los problemas sociales y los gobiernos no brindan las oportunidades a que tienen derecho sus gobernados, como son el derecho real a la salud, a la educación, al trabajo, a los espacios recreativos, etc.

Lo anterior mantiene vigencia con el discurso que en 1985, en una polémica y sugerente intervención en las Jornadas de penalistas alemanes, celebradas en

Frankfurt am Main, introdujo Jakobs el concepto de *Derecho penal el enemigo* (*Feindstrafrecht*) al debate científico en el ámbito penal.

A decir Miguel Polaino-Orts, desde entonces “ha quedado incorporado al acervo dialéctico y a la discusión internacional en la Dogmática jurídico-penal. Se titulaba la ponencia Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico.”⁴⁵³

Señala además, que en la Conferencia mencionada, se centraba el autor, desde una perspectiva crítico-descriptiva, “problemática de la anticipación de las barreras de punibilidad en casos de especial peligrosidad”.⁴⁵⁴

De lo anterior, es innegable que lo mencionado Jakobs, no resulta novedoso, ya que el Derecho penal busca al imponer la sanción, que la pena sea como un ejemplo para los sujetos que demuestran peligrosidad social, que les debe infundir temor para evitar que atenten contra los bienes jurídicos.

Lo cual es una total falacia, pues ningún castigo que se quiera imponer, será tan eficaz que inhiba al delincuente; con lo que se corre el riesgo de que se legisle por sanciones más severas.

Tatiana Hörnle, al estudiar las evoluciones *político-criminales* desde el punto de vista como han de ser clasificadas entre los polos Derecho penal del ciudadano, por un lado, y Derecho penal del enemigo, deben tenerse en cuenta los siguientes planos:

1. Normas penales legales:

a) En este ámbito, un sistema orientado hacia el Derecho penal del enemigo se caracteriza por una amplia cobertura de criminalización que persigue el fin de amenazar con pena conductas sociales.

Destacando el proyecto de Ley sobre el tratamiento a “extraños a la comunidad” del Gobierno nacional socialista, que redactó el famoso penalista alemán Edmund Mezger, que señalaba: en el futuro habrá dos (o más) “Derechos penales” –un Derecho penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y –un Derecho penal

⁴⁵³ Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo, desmitificación de un concepto*, editorial Mediterránea, Córdoba, 2006, p. 29.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 29-30.

(completamente diferente) para grupos especiales de determinadas personas, como por ejemplo los delincuentes por tendencia.

Lo decisivo es que en un grupo debe incluirse a la persona en cuestión. Una vez que se realice la inclusión “*el Derecho especial*” (es decir, la reclusión por tiempo indefinido), deberá aplicarse sin límites y desde ese momento carecen de objeto todas las diferenciaciones jurídicas.

El proyecto de Ley sobre extraños a la comunidad que incluía, entre otras graves medidas, *la entrega a la policía de los asociales* y su reclusión por tiempo indefinido en campos de concentración, *la esterilización de los asociales* “cuando puede esperarse de ellos una herencia indeseable para la comunidad del pueblo”— a la castración de homosexuales, “si la seguridad pública así lo exige”.⁴⁵⁵

Luis Gracia Martín citando a Francisco Muñoz Conde comenta que “este proyecto concebía la idea de que hubiese un Derecho penal especial para enemigos de la comunidad, con los que estaban de sobra todas las garantías y diferenciaciones jurídicas propias del Derecho penal aplicable a la generalidad de los ciudadanos normales”.

Es así como en la actualidad y en el mundo “existen cada vez más legislaciones especiales para combatir determinados grupos de individuos distintas a las de un Derecho penal común” con una clara flexibilización de garantías que incluso pueden llegar a ser suprimidas.

Flexibilización que cobró mayor auge por los atentados del 11 de septiembre del 2001, a las torres gemelas de Nueva York y el fallido ataque al pentágono, a través del decreto presidencial de 21 de noviembre de ese mismo año, emitido por el presidente norteamericano George W. Bush, conocido como Decreto presidencial para asuntos militares, en el que niega a determinados grupos de personas los derechos a la igualdad y dignidad de toda persona, por ser extranjeros o tener ideas políticas distintas, o por pertenecer a otros grupos étnicos o religiosos, estos es, se aplica un Derecho penal distinto al común”.

⁴⁵⁵ Cancio Meliá, Gómez Jara Diez, *opcit*, nota 106, p. 82

Bajo el amparo de dicho decreto, se cometieron vejaciones en contra de personas señaladas como terroristas, de acuerdo a notas informativas a través de la prensa escrita y por televisión, con escenas en las que aparecen desnudos soldados irakíes y sobre ellos, en señal de victoria algunos elementos del Ejército de los Estados Unidos de Norteamérica, igual sucede con los afganos en Guantánamo, relacionados con grupos terroristas, sobre todo de Al Qaeda.

Violaciones que están totalmente proscritas por el Tratado de Ginebra (relativo a prisioneros de Guerra); sin embargo, Washington rechaza calificarlos como *prisioneros de guerra* (porque esta calidad los pondría automáticamente bajo el amparo de las convenciones de Ginebra) considerándolos terroristas y, por tanto, combatiente ilegales”.

Como características substanciales del Derecho penal del enemigo encontramos:

1) las penas previstas son elevadas de modo desproporcionados con relación al hecho cometido.

2) Existe una flexibilización de ciertas garantías del proceso penal que incluso pueden llegar a ser suprimidas. Por otra parte, se formula la distinción entre un Derecho penal del ciudadano, que se caracteriza por el mantenimiento de la vigencia de la norma, y un Derecho penal para enemigos que se orienta a combatir peligros.

“La privación y la negación de la condición de persona a determinados individuos, y con ello la atribución a ellos de la condición de enemigos, constituye pues, el paradigma y el centro de gravedad del Derecho penal del enemigo como un ordenamiento punitivo diferente, excepcional y autónomo con respecto al Derecho penal ordinario, de la normalidad o del ciudadano”.

“El derecho penal del enemigo consiste en la negación de la condición de personas a determinados individuos”.⁴⁵⁶

Francisco Muñoz Conde trata el tema de sí ¿es el Derecho penal Internacional un *Derecho penal del enemigo*? y lo hace refiriéndose que “un mes después del atentado terrorista a las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, el catedrático de la Universidad de Colombia, George

⁴⁵⁶ Gracia Martín, Luís, *opcit*, nota 109, p. 2.

Fletcher, escribía un artículo en el Washington Post, en el que planteaba, un tanto provocativamente la siguiente cuestión: ¿se trata de un crimen que requiere la intervención de la justicia, o constituye un ataque que exige una declaración de guerra?⁴⁵⁷

Lo que conlleva a decir que Justicia y Guerra son dos términos completamente distintos, toda vez que la guerra, como lo dijimos en páginas anteriores, tiene características especiales.

Dice Francisco Muñoz Conde ¿si estos términos son en realidad incompatibles? Si el asesinato masivo de seres inocentes fuera obra de unos desalmados que actuaron a título individual, lo que hoy hacen es aprehenderlos y llevarlos ante un Tribunal de Justicia.

Pero si es acto de guerra, entonces la Justicia sería para muchos una cuestión irrelevante. Lo que habría que hacer en desencadena una campaña militar y declarar la guerra. Y cuando se comienza la guerra, entonces lo importante es ganarla sin más cuestiones morales directamente y sin mayor consideración con las fuerzas combatientes enemigos.

Sin embargo, esta diferente reacción según se trate de un acto de Justicia o de una Guerra, no es algo que preocupe a algunos teóricos del derecho, que consideran que, desde el punto de vista jurídico, es un caso de este tipo no hay porque diferenciar entre una y otra forma de reacción, ya que ambos son aspectos de un mismo sistema punitivo, una que se encarga de perseguir la criminalidad normal y otra que se ocupa de una criminalidad excepcional que ataca directamente bases del sistema político social.⁴⁵⁸

En base a la anterior opinión, Muñoz Conde refiere que este es el punto de vista de Günther Jakobs, quien dos años antes del atentado de Nueva York, en el Congreso celebrado en Berlín en octubre de 1999, planteó la cuestión, a un nivel más abstracto, de sí en casos de este tipo y de otros similares de grave peligro para la *seguridad cognitiva*, lo que hay que hacer es recurrir a un Derecho penal especial, un *Feindstrafrecht* o *Derecho penal del enemigo*, con lo que el Estado no

⁴⁵⁷ Muñoz Conde Francisco, *Sistema penal, vanguardia en Ciencias Penales*, editorial Ubijus, aniversario 1938-2008, México, 2008, p. 49.

⁴⁵⁸ Muñoz Conde Francisco, *opcit*, p. 50.

trata simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos.⁴⁵⁹

También anota que las señas de identidad de este *Derecho penal del enemigo* que describía Jakobs, en su conferencias de 1999 y que después de reiterado en otros trabajos posteriores son los siguientes:

1. Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de proporcionalidad, aplicando incluso penas *draconianas*.
2. Abolición o reducción a un mínimo de las garantías del imputado, como el derecho del debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, etc.
3. Criminalización de conductas que realmente no suponen un verdadero peligro para los bienes jurídicos concretos, adelantando la intervención del Derecho penal, aun antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito.⁴⁶⁰

Por lo que con los ejemplos que propone Muñoz Conde, se deja en claro que si estamos ante un *Derecho penal del enemigo*, los cuales son los siguientes:

I. Aplicar penas más allá de la idea de proporcionalidad, incluso penas draconianas, puede significar, si se toman las palabras al pie de la letra, aplicar penas de prisión de larga duración, incluso la pena perpetua o la de muerte, a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves.

II. Abolir o reducir los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal puede significar, por ejemplo, admitir que éste no tenga derecho de *debido proceso* o a la asistencia de un abogado, o también la admisión de pruebas conseguidas legalmente, incluso con el empleo de tortura, derogar la competencia del Juez natural y crear Tribunales especiales, excepcionales o militares, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, pueden decretar el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas, etc.

⁴⁵⁹ Muñoz Conde Francisco, *opcit*, p. 50.

⁴⁵⁹ *Ídem*.

III. Criminalizar conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal a este tipo de conductas, puede suponer penalizar simples manifestaciones ideológicas, producto del Derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delitos hechos como mostrar simpatía públicamente hacía ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestran esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas , o incluso escribir un artículo a favor de estas ideas, o defenderlas en el curso de una conferencia y remata el autor... como ésta, etc.⁴⁶¹

De la aportación que hace Francisco Muñoz Conde, queda de manifiesto que sí se está extendiendo la aplicación de un Derecho penal distinto al Derecho penal del ciudadano, que incluso la aplicación de un Derecho penal Internacional tiene sus riesgos sociales, toda vez que el uso de la telefonía sea doméstica, empresarial, celular y el uso del internet, pueden llegar a configurar delitos cuando se viertan opiniones respecto a temas de terrorismo o narcotráfico.

Es así como me permito anotar lo que Amnistía Internacional, trata sobre Ley de Comisiones Militares de 2006, aprobada por la Cámara Baja 27 de septiembre del 2006, y aprobada por el Senado el 28 de septiembre de ese mismo año, el Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, George W. Bush, da una clara muestra de cómo en la guerra contra el terror, recibió el visto bueno de su Congreso.

En este documento se muestra una retrospectiva de la evolución que han seguido las políticas de detención del poder ejecutivo en el marco de la guerra contra el terror, con el fin de ilustrar la clase de violaciones en las que el Congreso, primero a través de la inacción y luego con la legislación, se ha vuelto cómplice.

En los últimos años, Estados Unidos de Norteamérica ha violado el derecho internacional de forma sistemática, lo que ha provocado un impacto angustiante en miles de detenidos y sus familias. Entre estas violaciones destacan:

Detenciones secretas

⁴⁶¹ Muñoz Conde, Francisco, *opcit*, pp. 50-51.

Desapariciones forzadas

Tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes

Atentados contra la dignidad personal, incluido el trato humillante

Denegación y restricción del recurso de hábeas corpus

Detenciones indefinidas sin cargos ni juicios

Detenciones prolongadas en régimen de incomunicación

Detenciones arbitrarias

*Juicios sin garantías*⁴⁶²

De todo lo que hemos anotado y que tiene que ver con el Derecho penal del enemigo, en donde se sectoriza a individuos o naciones, podemos asegurar, que la supresión de las garantías de los derechos fundamentales de los individuos, y que el gobierno norteamericano en su lucha contra el terrorismo, no comenzó en 11 de septiembre de 2001, pero que el atentado de New York ha tenido una repercusión mayor, la seguridad mundial se ha visto amenazada, como lo dijo el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, los terroristas que atacaron a los Estados Unidos de Norteamérica el 11 de septiembre pusieron como objetivo una nación pero hirieron al mundo entero.

Lo que justificó que los Estados Unidos de Norteamérica usara toda su fuerza bélica no para buscar a los terroristas, sino para atacar a un pueblo entero, tomando el control del mismo, con lo que queda la sospecha como siempre: si la lucha es contra los que atacaron o apoderarse de las riquezas de las naciones.

Es importante traer a colación lo que escribe Günther Jakobs en cuanto a los límites que debe tener que el Estado, el cual no tiene por qué poner en juego caprichosamente su configuración; ya que “cuando se habla del Derecho penal del enemigo, significa la *Ley de fugas*, de *sospechas* o incluso *descuartizamiento público* para la intimidación o cosas similares”.⁴⁶³

Más cuando Miguel Polaino-Orts refiere “que las normas de Derecho penal del enemigo son excepcionales en los Estados de Derecho. Designan casos de especial peligrosidad en los que se erosiona la seguridad cognitiva en la vigencia

⁴⁶² <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/154/2006/en/dom-AMR511542006e...>

⁴⁶³ Jakobs, Günther, *opcit*, nota 57, p. 37.

de la norma, en los que se imposibilita el ejercicio normal de la personalidad por parte de los ciudadanos.⁴⁶⁴

De las dos últimas opiniones, queda claro que en México nos estamos saliendo del marco del Derecho penal liberal, rebasando sus límites, los principios rectores que han quedado plasmados en el capítulo tercero, para entrar por la puerta del denominado *Derecho penal del enemigo*, tema que ha merecido diversos estudios de grandes juristas, así como infinidad de críticas, pero que toman actualidad por los acontecimientos que se suscitan a diario.

Resulta también importante anotar lo que escribe Luis Gracia Martín dando la razón a Günther Jakobs al decir que en la discusión del Derecho penal del enemigo “se haya llegado a una posición en que el *diagnóstico da miedo*, ya que *el mundo da miedo* y entonces de acuerdo a una vieja costumbre, se mata al mensajero que trae una mala noticia *por lo indecoroso* de su mensaje”.⁴⁶⁵

Con lo que entonces se confirma tanto el concepto que crea Günther Jakobs, al hablar de un *Derecho penal para enemigos*, como el no respetar las más mínimas garantías y derechos fundamentales de las personas, con el pretexto de cuidar los intereses de la humanidad que se ven afectados por grupos terroristas.

El mismo Luis Gracia Martín menciona que “aunque el Derecho penal del enemigo ha encontrado un rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal, no obstante parece reconocerse por todos la existencia real de un *corpus legal* de enemigos en el Derecho penal y procesal penal de la actualidad”.⁴⁶⁶

Carlos Parma expone que los “enemigos son individuos que en su actitud de vida, económica o incorporándose a una organización, se han apartado del Derecho presumiblemente de un modo duradero y no sólo de manera incidental; los que no garantizan la mínima seguridad cognitiva de un comportamiento personal demuestran este déficit por medio de su comportamiento.”⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Polaino-Orts, Miguel, *opcit*, nota 454, pp. 45-46.

⁴⁶⁵ Gracia Martín, Luis, *opcit*, nota 370, p. 188.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pp. 92-93.

⁴⁶⁷ Parma, Carlos, Roxin o Jakobs, *opcit*, nota 363, p. 28.

El mismo Carlos Parma hace la aclaración de que se trata de individuos que pertenecen “a organizaciones terroristas, de narcotráfico, de tráfico de personas y en síntesis dice que: el Derecho penal del enemigo es un adelantamiento de la punibilidad; la supresión o el debilitamiento de las garantías procesales; el desapego de los tratados internacionales de Derechos Humanos y de Tribunales Internacionales”.⁴⁶⁸

Luis Gracia Martín refiriéndose a la pena en del Derecho penal del enemigo, anota que desde una perspectiva general, “el Derecho penal del enemigo, es clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho penal moderno, actual tendencia expansiva del Derecho penal, que da lugar a una ampliación de los ámbitos de intervención de aquél, a una flexibilización y relajación y con ello, a un menoscabo de los principios y garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho.”⁴⁶⁹

Expone el autor citado, que “independientemente de la cuestión de si hay base suficiente para identificar en el Derecho positivo un específico y diferenciado *corpus legal* punitivo contra enemigos, lo cierto es que la doctrina penal presta cada vez mayor atención a los diversos aspectos y problemas que plantearía ese Derecho penal del enemigo”.⁴⁷⁰

Por las opiniones que han brindado los autores mencionados respecto a si existe o no un Derecho penal para enemigos, vemos con cierto recelo, de que efectivamente se ha estado legislando como ya lo hemos dicho, para un determinado grupo de delincuentes, como lo es la delincuencia organizada.

De lo anterior, podemos asegurar que en México, se está perfilando un Derecho penal para delincuentes comunes y un Derecho penal para aquellos que participan o forman parte de la delincuencia organizada, para quienes las garantías constitucionales se flexibilizan.

Ejemplo más reciente, que también fue citado, el de los ex funcionarios michoacanos, para los que las garantías plasmadas en la Constitución General de la República, les fueron vedadas, llevándose a cabo un procedimiento fuera de

⁴⁶⁸ Parma, Carlos, Roxin o Jakobs, *opcit*, p. 29.

⁴⁶⁹ Gracia, Martín Luis, *opcit*, pp. 90-91.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, pp. 91-92.

todos los cauces legales y que una vez que fueron puestos en libertad una parte de ellos, no ha valido ni siquiera un disculpe, con lo que entonces ni el Derecho penal es un garante, ni el Estado garantiza que se respeten los derechos humanos de las personas.

4.8. Penas denigrantes en la legislación penal. Una de las cuestiones del derecho penal y que lo hace ser un ordenamiento jurídico intimidatorio y amenazante, es la pena de prisión; decimos que se vuelve arbitrario y cruel, cuando las penas de prisión rebasan lo humanamente posible, esto es, cuando la pena es mayor a 15 años, toda vez que encontramos penas de prisión de 20 años, 25 años, hasta 40 años de cárcel.

En ocasiones leemos en la prensa escrita “el juez impuso una pena de prisión de 90 años o más”, nada más aberrante, cuando la pena capital está derogada en nuestra legislación, y tampoco está tipificada la cadena perpetua y más criticable aun, cuando sabemos que las condiciones de las cárceles son contrario a una readaptación y reinserción social y se vuelven universidades del crimen.

Lo anterior no quiere decir que estemos en contra de que los delincuentes sean castigados o que deseamos que la pena de prisión sea abolida, sino que hacemos alusión a esto, en virtud de que el sistema penitenciario con que contamos es deficiente e ineficaz.

Sin lugar a dudas, a un sujeto que haya cometido un delito grave, al que en sentencia se le impuso una pena privativa de libertad de más de 20 años, siendo de una edad joven, mayor de edad, habría que ver la reacción al conocer su condena, el impacto que esto tendría en su familia y la cuestión que debe importar a la sociedad, es si va a salir readaptado socialmente, si aprendió un oficio que le sea de gran utilidad en el campo laboral, si la sociedad le abrirá sus puertas.

Aquí el problema reside como lo dijimos, que las cárceles se han vuelto escuelas donde aprenden los métodos más idóneos para la comisión de otros delitos, que aun estando dentro, les reditúan ganancias económicas, como la

venta de droga, el lesionar o matar por dinero, las extorsiones telefónicas, entre otros delitos.

Y las que las autoridades responsables del cuidado y vigilancia, no han podido encontrar los mecanismos para cambiar esta imagen y se tiene la percepción, de que los propios vigilantes de la readaptación social del reo, son los que promueven y practican la corrupción, cuando su función es la exacta observancia y buen funcionamiento de los penales.

En cuanto a las penas elevadas, brevemente citaremos algunas de ellas contempladas en las legislaciones penales:

4.8.1. Código Penal Federal. En su artículo 139, y que trata del delito de terrorismo, contempla una pena de seis a veinte de prisión; el delito de genocidio contemplado en el artículo 149, establece una pena de prisión de veinte a cuarenta años con las consecuencias jurídicas cuando intervienen servidores o funcionarios públicos; asimismo, el artículo 320 que se refiere al delito de homicidio calificado, tiene una pena de prisión de treinta a sesenta años.

4.8.2. Código Penal de Colima. Este ordenamiento jurídico penal, en su artículo 171, trata el ilícito de parricidio, con una pena de treinta y cinco a cincuenta años de prisión; así también, el artículo 199, que establece el delito de privación de la libertad en su modalidad de secuestro, establece una pena de prisión que va de los dieciocho a los veinte años de prisión, la que será de treinta a cuarenta años si se cobra el rescate, si se le profirieron lesiones al secuestrado, que el delincuente se ostente como autoridad sin serlo y si se comete por servidores públicos que desempeñen funciones de prevención, investigación o persecución de los delitos o por elementos de seguridad, activos o de corporaciones privadas, o que hayan desempeñado las funciones enunciadas.

4.8.3. Código Penal de Sinaloa. Este Código, en cuanto a su artículo 139 que tipifica el delito de homicidio, tiene una pena de veintidós a cincuenta años de prisión cuando se cometa con todas las agravantes y, el delito de secuestro contemplado en su artículo 167, contiene una pena de prisión de veinticinco a cuarenta años.

4.8.4. Código Penal de Michoacán. El código penal de nuestro Estado, sobre el delito de terrorismo en su artículo 158, contempla una pena de tres a ocho años de prisión, y atendiendo al 159 del mismo ordenamiento, dispone que si concurre el delito de homicidio, además de la pena aplicada a los delitos de terrorismo y homicidio, los responsables serán sancionados con una pena de seis a doce años de prisión.

El artículo 240 que corresponde al delito de violación, establece pena de cinco a quince años de prisión, si el delincuente haciendo uso de la violencia física o moral obtenga cópula con persona cualquiera que sea su sexo, la que aumenta de diez a veinte años de prisión, cuando la violación recaiga sobre persona menor de doce años o que por cualquier causa no está en posibilidad de producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales o de resistir la conducta delictuosa; asimismo, el delito de homicidio calificado tipificado en el artículo 267, contempla una pena de veinte a cuarenta años de prisión.

Lo anterior, no tiene la finalidad de hacer una crítica a las penas establecidas en las legislaciones penales, sino una comparación de las penas de prisión que se establecen para algunos delitos. Ver, que en las legislaciones penales anotadas, como en el caso de Colima, que contiene para el delito de parricidio una pena de treinta y cinco a cincuenta años de prisión y Sinaloa, en el mismo delito estipula una pena de veintidós a cincuenta años de prisión.

No queremos decir que las penas no sean necesarias o que deben desaparecer, pues con el trabajo realizado, no queda duda que el hombre en el devenir de la historia y la historia del Derecho penal, siempre ha tendido a quebrantar el orden establecido y a recibir un castigo por el hecho cometido.

El problema radica, en que si tenemos penas de prisión consideradas desproporcionadas, denigrantes y que van más allá de la sola imposición del castigo por el hecho delictuoso cometido, crean incertidumbre social por las condiciones en que son tratados los reos dentro de los centros penitenciarios. Si logran compurgar la pena impuesta por el juzgador, habrá que ver si lograron salir

en condiciones, primero, de ser aceptados por la sociedad, y si ésta está dispuesta a ofrecerles las oportunidades a que todos tenemos derecho, a la convivencia social, al trabajo, y segundo, si todavía cuentan con familia, y estás les reciben sin restricciones.

Concluimos entonces, que el Derecho penal y la pena de prisión no debe de ser abolida, sino que deben cambiar los mecanismos de la imposición de las mismas, que deben de buscarse otros medios como los que se ven venir con las reformas constitucionales del 2008, en donde el que cometió delitos menores, pueda tener la oportunidad de compurgar su pena en su domicilio o lugar fijado por el Juez, o en trabajos a favor de la comunidad.

4.9. Convención de Palermo. Dentro de esta convención, se establece que en el ámbito de la delincuencia organizada, se este a lo ordenado en la misma Convención:

Artículo 4, éste numeral trata sobre *“la protección de su soberanía”* disponiendo que:

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

Artículo 5, éste contempla la *“Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado”*, indicando que:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;

ii) La conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en:

a. Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado;

b. Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita;

b) La organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado.

2. El conocimiento, la intención, la finalidad, el propósito o el acuerdo a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

3. Los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la participación de un grupo delictivo organizado para la penalización de los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo velarán por que su derecho interno comprenda todos los delitos graves que entrañen la participación de grupos delictivos organizados.

Esos Estados Parte, así como los Estados Parte cuyo derecho interno requiera la comisión de un acto que tenga por objeto llevar adelante el acuerdo concertado con el propósito de cometer los delitos tipificados con arreglo al inciso i) del apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, lo notificarán al Secretario General de las Naciones Unidas en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Convención o de adhesión a ella.

Resulta del todo innegable, que el Derecho Internacional juega un papel trascendente en el combate al crimen organizado, lo que obliga a los Estados a que legislen tanto en materia penal, como en lo que tiene que ver con otras ramas del derecho y algo más riesgoso, es que las potencias exigen que se implementen castigos más severos y que las cárceles tengan mayor seguridad.

En esto último se está de acuerdo, ya que las cárceles no han servido más que de universidades del crimen ó como medios de corrupción para hacer de las suyas los deshonestos que las dirigen o las vigilan, aunque hay sus excepciones, pero en cuanto a lo castigos más severos, disiento de ello, virtud a que las oportunidades laborales son escasas en una población cada día con más necesidades y guiadas mediaticamente por el consumismo y salarios raquíticos.

Así también, pugnan por que se respeten los derechos humanos, pero hay países, sobre todo los Estados Unidos de Norteamérica, que se hacen llamar los defensores mundiales de estas prerrogativas, los que más las violentan, en aras ya no de su seguridad nacional, sino como defensores del orbe, invadiendo territorios, matando a seres humanos por el castigo a delitos cometidos, contaminando al mundo con sus emisiones de gases y ensayos nucleares.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Al elegir el tema de “*Derecho penal del enemigo, ¿un riesgo social?*”, representó un reto, pues había que romper con los paradigmas establecidos en materia penal, toda vez que en México, aun y cuando se habla de las aportaciones que hace Günther Jakobs, respecto a ello, no se acepta en su totalidad su teoría, el de hablar de un Derecho penal para ciudadanos y de un Derecho penal para enemigos.

Por tal motivo, resultó obligatorio abordar los conceptos del Derecho en general, para llegar al Derecho penal y al *Derecho penal del enemigo*, concepto introducido por Jakobs, en 1985, para darnos cuenta que las autoridades que tienen que ver tanto con la procuración y administración de justicia y, los que tienen la función y obligación de prevenir el delito, se apeguen estrictamente a lo que marca el catálogo penal Constitucional.

Por lo tanto, debemos estar a lo que la norma establece, respetando en todo momento los derechos fundamentales de los sujetos que han delinquido, *cuidando que no se ensañe el Estado en su contra*, para evitar que se haga uso y abuso desmedido de ese Derecho penal conocido como Derecho penal de nuevo cuño como dice Jesús-María Silva Sánchez, o de un *Derecho penal del enemigo*, como lo menciona Günther Jakobs, en contra de los ciudadanos, muchos de ellos a veces inocentes.

SEGUNDA. De manera considerable y provechoso hablando jurídicamente, me di cuenta de la importancia que tienen los principios rectores del Derecho penal, que sí bien es cierto que el Estado tiene la rectoría del *ius puniendi*, dichos principios le prohíben ir más allá de lo que marca la normatividad aplicable, exigiéndole que se apegue al principio de *estricta legalidad*, como así se lo mandata la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es indudable, que el Estado debe ser *garante y protector de los bienes jurídicos* y que al momento de imponer la pena de prisión, ésta sea la más idónea, es decir, la más benigna de acuerdo al hecho cometido y no de una

manera desproporcionada, cuidando en todo momento que la pena impuesta no afecte la dignidad de las personas o que traspase su esfera personal, lo que iría en contravención a la Constitución normativa del Estado, pero además, que logre una verdadera readaptación social y que el Estado, se obligue a promover y proveer la reinserción del sujeto a la sociedad.

Es innegable, que la estricta legalidad y los derechos humanos, son los pilares fundamentales que permiten contener el uso y abuso del Derecho penal, así como también, la arbitrariedad de las autoridades, los que por falta de pericia e inteligencia en las investigaciones que les ordenan las agencias investigadoras de delitos, pueden llegar a cometer violaciones a los derechos humanos.

TERCERA. Con el aumento desmedido de las penas de prisión, de las pecuniarias y de las medidas de seguridad y que con las recientes reformas a la Constitución General de la República, donde se concretizó una dedicatoria especial para grupos de delincuencia organizada, se está logrando con ello, una flexibilización de las garantías individuales, con lo que muchos ciudadanos resultan agredidos en sus personas y en sus bienes, se desvía la intención de hacer bien las cosas por las fuerzas armadas.

Por lo que se corre el riesgo de que el gobierno mexicano, en lugar de proteger a sus gobernados como es su obligación, atente contra sus más mínimos derechos, creando con ello más descontento y resentimiento social; lo que daría como resultado la aparición de más grupos armados, que la delincuencia valla en aumento, que la corrupción sea la regla en las instituciones públicas y que los programas policiales en busca de la prevención del delito y la detención de los delincuentes, sea un fracaso.

Por lo que se deben evitar actos como el cometido el 26 de mayo de 2009, en la capital michoacana, cuando las fuerzas federales y castrenses irrumpieron el recinto del ejecutivo, así como otras dependencias de gobierno para detener a funcionarios en activo supuestamente relacionados con grupos de delincuencia organizada y, que muchos de ellos han quedado en libertad al no comprobárseles su relación en tales hechos delictivos.

CUARTA. Es urgente que el Estado legisle, sí, pero para bien de todos y no solamente con el afán de seguir protegiendo a las minorías, a los que tienen el poder económico y dejar en el desamparo a las mayorías, a los más vulnerables, a los que siempre pagan los actos de los malos gobierno y en el afán de limpiar su imagen, se les dan paliativos, distractores, mientras los que tienen el poder y manejan el dinero, se exceden en sus gastos y en sus salarios, el pueblo es aguantador y si no, para eso están los cuerpos policíacos, para acallar a los revoltosos.

Es urgente que se busquen alternativas para aquellos que han cometido delitos menores, que puedan gozar de su libertad cuando proceda *garantía causal*, ya que es lamentable como las cárceles están repletas de reos que han delinquido por primera vez, que merecen un trato digno, los que al no tener los recursos suficientes, permanezcan dentro contaminándose con aquellos que son reos peligrosos.

Debe crearse un fondo económico para apoyar la libertad de los sujetos que alcanzan garantía bajo caución y brindarles la seguridad de que el Estado, estará atento a que no se les cierren las puertas laborales, así a que se le brinden apoyos especiales en cuanto a demostrarse asimos, que puede mejorar su condición de vida individual, familiar y social.

Que si bien es cierto que en nuestra entidad federativa, se viene aplicando la modalidad de prisión semiabierta, el trabajo a favor de la comunidad y compurgar la pena en sus domicilios, esto no resultará beneficioso para el Estado ni para el sujeto, cuando no se le brinden las oportunidades a que tiene derechos para gozar del bienestar social..

QUINTA. No podemos decir que el Derecho penal, no sea necesario o que se deba prescindir de este, lo que debemos hacer, es pugnar por que sea usado como la *última ratio*; -buscar como lo dijimos en la cuarta conclusión, otras medidas y que las autoridades cumplan a cabalidad la función que les corresponde, que sus acciones estén apegadas a estricto derecho, buscando las

mejores alternativas para hacer frente a los fenómenos delincuenciales, con programas y acciones eficaces y eficientes-.

No debemos permitir que regresemos a un Derecho penal arcaico, incluso al ostracismo practicado por los griegos, un Derecho penal de exclusión, de inocuización, ya que esto provocaría que lo que se vive en la actualidad, valla en aumento, de tal manera que se reconozcan poderes fácticos, paralelos a los reconocidos en la Constitución General de la República.

PROPUESTAS

I. Que el Estado en cualquier circunstancia en que se cometan los delitos, debe velar por los derechos humanos de los delincuentes, llevando a cabo una verdadera investigación y conocer las causas que motivaron al reo a cometer tales hechos delictivos, con técnicas y métodos científicos, para no convertirse en victimario, utilizando la tortura; además, garantizar la protección de las victimas, brindándoles apoyo profesional para superar la angustia, la desesperación e impotencia causada por el agravio sufrido.

II. Los gobiernos deben crear programas eficaces y eficientes, que logren mejorar la vida de sus gobernados, que las nuevas generaciones vean un mundo de esperanza, lo que servirá para inhibir al individuo en la comisión de conductas delictivas, por tener la seguridad de que las oportunidades están a su alcance, evitando servir sólo a los poderosos.

III. Es urgente que los poderes establecidos logren una mejor coordinación, para que en el ámbito que les corresponde, se logren los objetivos como son:

a) Mejores acciones de prevención del delito; mejorar la educación; oportunidades laborales y culturales; que se vigile que en las cárceles trabaje personal calificado, con sentido humano, para mayor eficiencia y eficacia y evitar la corrupción y el manejo inadecuado de los métodos de readaptación del delincuente.

b) Mejores leyes que tiendan a dar sustento a los programas de gobierno, mayor distribución de las riquezas a los sectores más vulnerables, normas penales más justas y equitativas, que los sujetos que ingresan a las cárceles y formen parte de su población, sean los que deben estar y no por que no tengan para pagar su fianza o pagar favores a altos funcionarios; que el Poder Judicial, realice su trabajo a conciencia y de respeto a la sociedad y a las victimas, ya que también queda en muchos casos, en entre dicho su función como aplicadores de la norma penal.

c) Siendo incuestionable que la aplicación de la Convención de Palermo ha sido usada de manera indiscriminada violentando los derechos fundamentales de los individuos que si pertenecen o forman parte de la delincuencia organizada o de aquellos que resultan sospechosos, violentándose los derechos humanos de las personas, sean o no delincuentes (lo que no es justificación), pasando por alto las garantías constitucionales, por lo que es urgente que los tribunales de Justicia, sean imparciales y no haya jueces de consigna, que para pagar los favores de su nombramiento, sirvan de manera mezquina y tuerzan el derecho.

FUENTES DE CONSULTA

A. BIBLIOGRAFÍA

- PETIT, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Novena edición Francesa, editorial Nacional, México, 1975.
- JIMÉNEZ de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, 5ª edición, editorial Losada, Buenos Aires, 1964.
- MARGADANT, Guillermo Floris, *Derecho Romano*, 19ª edición, editorial Esfinge, Naucalpan, Estado de México, 1993.
- MOTO Salazar, Efraín, *Elementos de Derecho*, editorial Porrúa, México, 1983.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, tomo I, Thomson Civitas, Madrid España, 2003.
- DE TOLEDO y Ubieta, Emilio Octavio, *Sobre el Concepto del Derecho penal*, Universidad Complutense, Madrid 1984.
- PAVÓN Vasconcelos, Francisco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 15ª edición, editorial Porrúa, México, 2000.
- MIR Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, Editorial Reppertor, Barcelona 2002.
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal, Parte General*, Tomo I, Valletta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, editorial Porrúa, 16ª edición, México 1981.
- OCHOA Sánchez, Miguel Ángel y et al, *Derecho Positivo Mexicano*, editorial Mc Graw-Hill, México 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, parte General*, 11ª edición, editorial Porrúa, México, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal*, Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos –serie derecho-, Madrid, 2003.
- HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho penal de hoy*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Marzo de 1998.
- VILLORO, Luís, *El poder y el valor, fundamentos de una ética política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- BURGOA Orihuela, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, editorial Porrúa, 37ª edición, México, 2004.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, editorial Marcial Ponds, ediciones jurídicas, S. A. de C. V., Madrid, 1997.
- MALO Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 5ª edición, editorial Porrúa, México 2003.
- SILVA Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch editor, S. A., Barcelona 1992.
- BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas, XVI de la pena de muerte*, 3ª edición, editorial Temis, Bogotá Colombia, 2003.
- LÓPEZ Betancourt, Eduardo, *Teoría del Delito*, 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

GÓMEZ-JARA, Díez, Cancio Meliá, Coordinadores, *Derecho penal del enemigo, el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Edisofer S.J., IB de If., 2006.

SÁNCHEZ Silva, Jesús-María, *Expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas ediciones, Paracuellos de Jarma, Madrid, 1999.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, Décima quinta edición, México, 2008.

GARCÍA Arellano, Carlos, *El Juicio de Amparo*, editorial Porrúa, México, 1997.

CORTÉS Ibarra, Miguel Ángel, *Derecho penal, parte general*, 4ª edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, la Mesa, B.C., 1992.

MARGADANT, Guillermo Floris, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, quinta edición, Universidad Nacional Autónoma de México-Grupo editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 1996.

REYNOSO Dávila, Roberto, *Historia del Derecho penal y Nociones de Criminología*, primea edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1992.

FERNÁNDEZ Bulté, Julio, Profesor Emérito de la Universidad de la Habana, *Apuntes sobre la influencia de la Revolución Francesa en el Derecho penal*

GARAPÓN, Antoine Secretario Ejecutivo del Institut des Hautes Etudes sur de la Justice (Paris), *tiene Francia una ventaja en la lucha antiterrorista*.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, 11ª edición y 4ª edición castellana, traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, editorial Jurídica de Chile, 1997.

VELÁSQUEZ Velásquez, Fernando, *Derecho penal, parte general*, tercera edición, editorial Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1997.

CASTÁN Tobeñas, José, et.atl, *Sistemas Jurídicos contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

LÓPEZ Monroy, José de Jesús, *Sistema Jurídico del Common Law*, editorial Porrúa, México 1999.

RABASA, Oscar, *El Derecho angloamericano*, segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

CRUZ Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, segunda edición, segunda reimpresión, Universidad Oxford, México, 2006.

NÚÑEZ C., Ricardo, *Derecho penal Argentino, parte general*, tomo primero, editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Tipográfica editora argentina, 7ª reimpresión, Buenos Aires, 1976.

MAGGIORE, Giuseppe, *derecho penal –el delito–*, volumen I, editorial Temis, Bogotá, 1991.

REYES Echandía, Alfonso, *Derecho penal*, sexta reimpresión de la undécima edición, editorial Temis, Bogotá, 1998.

FRIEDMAN, Lawrence M., *Breve Historia del Derecho Estadounidense*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007.

AMUCHATEGUI Requena, Griselda, *Derecho penal*, tercera edición, Oxford, México, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Sobre los Derechos fundamentales y sus garantías*, Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2007.

BIDART Campos, Germán J., *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.

CARPIZO, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, 3ª edición, editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

FLEINER, Thomas, *Derechos Humanos*, editorial Themis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1999.

HERRERA Ortiz, Margarita, *Manual de Derechos Humanos*, editorial PAC, S. A. de C.V., México, 2000.

CORREAS, Óscar, *Acerca de los derechos humanos*, apuntes para un ensayo, ediciones coyoacan, México, 2003.

VALLARTA Plata, José Guillermo, *la Corte Interamericana de Justicia y los derechos Humanos en México*, editorial Porrúa, México, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.

DE LA BARREDA Solórzano, *Justicia penal y derechos humanos*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

DE BARROS Leal, Oliveria, Coordinador, *Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública, Victimización Secundaria y efectos que produce en las víctimas del delito*, de René Yebra Núñez, Instituto Nacional de Ciencias Jurídicas, México, 2003.

DÍAZ Aranda, Enrique, *Dolo, causalismo-finalismo, funcionalismo y la Reforma en México*, 4ª edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

MÁRQUEZ Piñero, Rafael, *Derecho Penal y Globalización, Principios rectores de las Relaciones Internacionales en la Política Exterior Iberoamericana y en los países Latinoamericanos*, editorial Porrúa, México, 2001.

PARMA, Carlos, *Roxin o Jakobs, ¿Quién es el enemigo en el Derecho penal?*, ediciones Andrés Palomares, Bogotá Colombia, 2009.

OJEDA Velázquez, Jorge, *Derecho Punitivo, Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, editorial Trillas, México, 1993.

GARCÍA, Martín Luis, *El horizonte del finalismo y el Derecho penal del enemigo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005.

BACIGALUPO, Enrique, *Estudio de Derecho penal y Política Criminal*, editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1989.

DE LA TORRE Torres, Rosa María, *Terrorismo y Crimen Organizado, aspectos jurídicos y conceptuales*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, Michoacán, México, 2008.

POLAINO Navarrete, Miguel, *El Derecho penal del enemigo en el contexto de Funcionalismo*, Flores editor y Distribuidor, México, 2006.

BUSCAGLIA, Edgardo y González Ruiz, Samuel, Coordinadores, *Reflexiones en torno a la Delincuencia Organizada*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.

MUÑOZ Conde, Francisco, *Sistema penal, vanguardia en Ciencias Penales*, editorial Ubijus, aniversario 1938-2008, México.

B. FUENTES ELECTRÓNICAS

GRACIA Martín, Luis, *Consideraciones Críticas sobre el Actualmente denominado derecho penal del enemigo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, fecha de publicación 11 de enero de 2005.

ROBINSON, Manzanilla, Ariel A. César, *Garantías Consagradas en los Tratados Presunción de Inocencia*, Revista Jurídica Veracruzana, Órgano doctrinario e informativo del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, número 86, Tomo LXV, 2004.

MORENO Cruz, Rodolfo, *Democracia y Derechos Fundamentales en la Obra de Luigi Ferrajoli, el edificio ferroliano*.

RODRÍGUEZ, Zepeda, Jesús, *Estado de Derecho y Democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

http://www.portalplanetasedna.com.ar/parlamento_ingles.htm

<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/154/2006/en/dom-AMR511542006e...>

FUENTES Osorio, Juan L., *Formas de Anticipación de la Tutela penal*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminnet.ugr.es/recpc-ISSN1695-0194>, 2006.

TORRES Agudelo, Angélica, *Orden y Seguridad nacional en relación al derecho penal*, miércoles 2 de marzo de 2005, <http://www.revistapueblos.org./spip.php?article156>. (fecha de consulta 05/02/2008

MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, 2ª reimpresión, ISBN9683-7393-7.

NADER Kuri, Jorge, *El sistema penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva*, http://www.poder-judicial_be.gob.mx/udmonjus/n27/AJ27_001.htm

VÍQUEZ S., Carolina, *Derecho penal del enemigo, ¿Una quimera dogmática o un modelo al futuro?*, [http:// Polít. Crim. n 3](http://Polít. Crim. n 3), Costa Rica, 2007.

NEUMAN, Elías, *Victimología, rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, tercera edición ampliada, editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.

MAGALONI, Ana Laura, et.al., *una Definición de Estado de derecho*, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., México, noviembre 6, 2005.

BATRES, Guadarrama, Martí, *Estado de Derecho*, <http://www.jornada.unam.mx/2005/04/21/023a2pol.php>. (19/12/2007)

STEVE Pardo, José, *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico ambiental*, editorial Ariel S.A., 1999.

SILVA Sánchez, Jesús-María, *Los indeseados como enemigos, la exclusión de los seres humanos del status personae*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN1695-0194

GARCÍA Cavero, Percy, *¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?* <http://www.alfonsozambrano.com./dpe/existe.doc>.

MILANESE, Pablo, *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,119,1,0>, 10

LARRAURI, Elena, *Derecho penal, penas degradantes (Shamefull sentences)*, p. 1-2, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artlar.htm>

SUÁREZ Palomares, Eugenio, *Última ratio*, <http://www.elpais.com/artículo/andalucía/Ultima/ratio/elpepuespand/20060920elpa> nd...

VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Universidad de Alcalá, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: *Valoración Crítica Especial referencia al artículo 76*, Ponente Manuel Conde Pumpido, Defensor del Pueblo Andaluz, 1990.

KATOH, Hisao, *actualidad penal* No 43/21-27 NOVIEMBRE 1994, *el tratamiento del delincuente enfermo mental en el Derecho japonés*, XLV, 1994-2

PÉREZ del Valle, Carlos, *La fundamentación lusfilosófica del Derecho penal del enemigo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología <http://criminnet.ugr.es/recpc> ISSN 1695-0194

WADITH Ruíz, Hoover, *Paramilitarismo, guerrillas y narcotráfico en Colombia: hacía un derecho penal racional-pragmático*, <http://lacomunidad.elpais.com/hooverwadithruizregifo/2007/2/paramilitarismo-gu...>

RODRÍGUEZ Mesa, Ma. José, *Las razones del Derecho penal, modelos de fundamentación y legitimación*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología <http://criminnet.ugr.es/recpc> ISSN 1695-0194

<http://www.amnestuy.org/en/asset/AMR51/154/2006/dom-AMR5111542006e...>

C. Constituciones y legislaciones

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1849

Pacto de San José de Costa Rica

Diccionario Constitucional y Garantías Individuales, Ignacio Burgoa Orihuela, editorial Porrúa, México 1989.

Convención de Palermo

Código Penal Federal

Código penal de Colima

Código penal de Sinaloa

Código penal de Michoacán