

RELATORÍAS

MESA V¹

POLÍTICA CRIMINAL

Política criminal y Estado de derecho en las sociedades contemporáneas²

El doctor Luis Arroyo Zapatero comenzó señalando que durante su exposición iba a hacer mención a una serie de argumentos que no estaban encerrados, ni ordenados ni sistematizados en un mundo jurídico, sino que simplemente se trataba de una reflexión. Por lo tanto, el doctor indicó que después de la Segunda Guerra Mundial, a causa de la conmoción que ésta provocó en la sociedad mundial, lo que fue un reclamo político, incluso un reclamo cultural: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789, se convirtió en un elemento material de la realidad jurídica de los pueblos. El resultado de este cambio fue que la Organización de las Naciones Unidas transformó la vieja declaración de derechos humanos en la Carta de San Francisco.

El conferencista indicó que esa nueva idea de derechos humanos trajo como consecuencia lo que se conoce como derecho penal del Estado de derecho, que también tiene tintes del Estado social, pues prevé la igualdad como uno de sus objetivos. En otras palabras, con el auge de los derechos humanos se dio un derecho penal garantista, un derecho penal de los bienes jurídicos.

En este sentido, el ponente agregó que en los países dotados de Constituciones puede hablarse de un derecho penal constitucional, pues

¹ Celebrada el 20 de junio de 2006; moderador: Rodolfo Félix Cárdenas; relatora: Isabel Montoya Ramos.

² Ponente: Luis Arroyo Zapatero.

las Constituciones han adoptado el valor universal y valor jurídico directo de las declaraciones de derechos humanos.

El doctor Arroyo Zapatero también dijo que la justicia penal tiene que realizarse a través del debido proceso, que es la gran contribución de los Estados Unidos de América al progreso de los derechos humanos. El debido proceso trajo un cambio en la idea de política criminal, cuya etapa moderna se originó en los textos de von Liszt, y se maduró en la concepción de derecho penal y política criminal de Roxin.

En opinión del doctor, a causa de lo anterior —derechos humanos y debido proceso— se está en una época de una cierta orgía garantista. A veces se piensa en eso cuando los tribunales optan por la libertad, incluso en casos de culpabilidad manifiesta. Lo cual al ponente le preocupa parcialmente porque en realidad el Estado, por bueno que parezca, siempre es Estado. Por lo tanto, a pesar de la cantidad de veces y de supuestos que llevarían a pensar en una orgía garantista, al final tienen razón los que mantienen que hay que velar radicalmente por las garantías fundamentales en el proceso. En consecuencia, no se está ante un exceso del garantismo: todo garantismo es poco. Se está ante una nueva representación de la criminalidad.

Acercas de la criminalidad, el doctor Arroyo indicó que aparte de una nueva criminalidad, ésta también ha aumentado. Hay un incremento de la criminalidad equivalente al incremento del producto interior bruto en todos los países. La debilidad o miseria de la estadística criminal de todos los países impide hacer un juicio sereno, pero en países del mismo espacio geográfico se encuentra con esa circunstancia como variante.

El doctor agregó que a la criminalidad actual se le puede llamar criminalidad moderna, en la que se encuentran presentes delitos como el crimen económico internacional; el terrorismo, que presenta alto grado de formas organizativas; el tráfico de seres humanos; el crimen organizado, producto de un exceso de inteligencia y de la extraordinaria capacidad de organización que dan todos los medios contemporáneos; el fraude; la corrupción, y los delitos contra el medio ambiente.

Además, el ponente indicó que actualmente se advierte la consolidación de un derecho penal moderno, frente a un derecho penal clásico, vinculado a los elementos nucleares o lo que era el núcleo tradicional del derecho penal: los delitos contra la vida, los delitos contra los bienes personales.

Asimismo, se señaló que la criminalidad realmente moderna requiere un derecho penal también moderno, así como la aceptación de nuevos

bienes jurídicos, salvo que se renuncie la tutela de bienes jurídicos fundamentales. Igualmente, se apuntó que todo lo que se llama derecho penal moderno no es más que la adaptación del derecho penal a las modernas condiciones de vida social del tiempo contemporáneo que requieren nuevas formas y nuevos instrumentos de protección de esas nuevas necesidades sociales.

En el transcurso de la conferencia, el doctor explicó que siempre ha habido sectores sociales proclives a comprender que buena parte de la criminalidad se origina en la pobreza, y que en las sociedades de la abundancia se produce un rechazo radical de la criminalidad y del delincuente. Además, que la resocialización aparece como un esfuerzo innecesario y absolutamente innecesario. Igualmente, se dijo que el gran reto de los países desde el punto de vista de una política criminal humanista está, más que en el Código Penal, en el régimen penitenciario. En el desarrollo o persistencia de los beneficios penitenciarios, y en el establecimiento de condiciones en la privación de libertad que al menos no hagan imposible la resocialización.

Respecto a las víctimas del delito, el conferencista dijo que ha habido aspectos relativos a la víctima que las legislaciones han olvidado, y ha sido hasta tiempo reciente cuando se ha instrumentado la indemnización de las víctimas de los delitos violentos, la pena accesoria de prohibición de regreso al espacio de comisión del delito y la de acercamiento a la víctima de otros delitos de violencia y amenazas.

Del mismo modo, se expresó que es necesario ajustar a la protección de las víctimas el derecho penal, pero que las víctimas no se pueden apoderar del derecho penal. En este aspecto, los medios masivos de comunicación han jugado un papel importante, pues día con día presentan en vivo y en directo el horror de la criminalidad moderna que ha generado una tensión social de rechazo de la criminalidad, de solidaridad ciega con las víctimas, una exigencia al Estado de tutela total, y, a su vez, una ausencia total de recelo frente al Estado. Además, el Estado tiene que garantizar a la sociedad, sacudida por el impacto de los medios, que hace algo. Pero en todo caso, lo que no se puede permitir es que en las normas penales haya espacios en los que la víctima no esté protegida, debiendo estarlo.

Por último, el conferencista indicó que lo que le gustaría destacar es que hoy existe claramente una opinión pública mundial; que existe cierta

sensación de ciudadanía de mundo; que esa idea de las cosas del mundo estaba limitada hasta hace muy poco tiempo a los dirigentes de los países, que eran prácticamente los únicos que tenían información, y a una serie de pervertidos intelectuales que leían periódicos de otros países y en otras lenguas. Igualmente, se dijo que hay una opinión pública mundial fundada en los medios de comunicación tradicionales a la que pertenece la idea de que se ha acabado la impunidad para los dictadores. Lo proclamó con claridad y con alcance la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso “Barrios Altos” vs. Perú, en 2001. Por lo tanto, el doctor indicó, que se estaba ante la gran oportunidad de la consolidación de la conciencia de la antijuricidad respecto de los crímenes más graves.

El crimen de Estado como objeto de la criminología³

El doctor Raúl Zaffaroni comenzó su ponencia señalando que tanto la atención científica como la comunicación social se concentran en campos limitados, y, por ello, pierden de vista o dejan en segundo plano lo que queda excluido de su foco de atención. En el caso de la comunicación social, esto genera la llamada indiferencia moral, es decir, todos saben de la existencia de hechos atroces, pero se omite cualquier acto al respecto, no existe desinformación sino negación del hecho.

El ponente agregó que hace años que el autor Stanley Cohen había llamado la atención acerca de este lamentable fenómeno en el campo criminológico con respecto a los crímenes de Estado. Este autor profundizó la investigación de la indiferencia moral de la opinión pública, pero no se internó en las causas de la indiferencia moral de los científicos, es decir, de la criminología misma.

El doctor Zaffaroni agregó que el análisis del crimen de Estado evoca planteamientos macrosociológicos, donde el terreno científico se torna resbaladizo, pues se desplaza el centro de atención de la disciplina desde el delincuente hacia el sistema penal. Debido a esto, el crimen de Estado es el gran desafío para la criminología del siglo XXI, y a causa de la gravedad de los hechos y la victimización masiva, es un tema que no puede eludir. Sería lamentable un saber criminológico que ignore el crimen que

³ Ponente: Raúl Zaffaroni.

más vidas humanas sacrifica, porque esa omisión importa indiferencia y aceptación. Además —añadió el ponente— la criminología actual no puede eludir el tema en estos tiempos modernos en los que se da el terrorismo, es decir, se vive una época en la que la vulgarización de las técnicas de destrucción facilita la comisión de crímenes masivos e indiscriminados contra la vida y la integridad de las personas.

Igualmente, durante la conferencia, el doctor advirtió que ningún crimen de Estado se comete sin ensayar un discurso justificante, y el riesgo en tiempos de terrorismo es que la prevención de crímenes de destrucción masiva e indiscriminada puede llegar a ser rápidamente la nueva justificación putativa del crimen de Estado.

Del mismo modo, el conferencista indicó que el crimen de Estado siempre pretende estar justificado, y, por lo tanto, es necesario apelar a quienes han llamado la atención acerca de las justificaciones de los infractores en el campo criminológico, y emprender una atenta relectura de la teoría de las técnicas de neutralización de Sykes y Matza en clave de crímenes de Estado. Esa relectura también resultaría aconsejable a partir de otro dato de fácil verificación: los actores de los crímenes de Estado no enfrentan los valores corrientes en sus sociedades, sino que pretenden reforzarlos.

Sobre la teoría de las técnicas de neutralización, el doctor Zaffaroni expresó que ésta se había anunciado en el campo de la delincuencia juvenil como una reacción frente a la posición de Albert K. Cohen, quien pretendía ver en ella una simple inversión de los valores dominantes en las clases medias, con lo cual asignaba muy poca creatividad valorativa a los estratos sociales más desfavorecidos de la sociedad. Asimismo, el ponente dijo que la teoría debía considerarse como un ulterior desarrollo de la teoría de Sutherland, en el sentido de que la conducta criminal es el resultado de un proceso de aprendizaje.

Igualmente, indicó que la teoría partió de la observación de que los infractores respondían a las demandas de la sociedad amplia, y no pretendían introducir un nuevo sistema normativo ni eran parte de una subcultura con un sistema completo de valores. Ellos reconocían límites valorativos que se traducían en selectividad victimizante, y afirmaba que era mentira que los infractores juveniles no experimentaban sentimientos de culpa o de vergüenza.

El doctor Raúl Zaffaroni exteriorizó que los autores de la teoría de las técnicas de neutralización —Sykes y Matza—, se preguntaron por qué

los seres humanos violan las leyes en las que ellos mismos creen. Ellos explicaron este fenómeno mediante la constatación de que raras veces las normas sociales, que sirven como guía a la acción, asumen la forma de un imperativo categórico, no condicionado y válido para cualquier circunstancia. Por ende —señaló el doctor—, las normas que guían la conducta tienen una aplicación condicionada, lo que trae aparejado que el sistema normativo de una sociedad sea flexible.

El doctor expresó que se podría pensar que lo que Sykes y Matza llamaron técnicas de neutralización no son más que las racionalizaciones trabajadas por los psicólogos como mecanismos de huída, pero las racionalizaciones se construyen después del hecho, en tanto que estos mecanismos de ampliación de la impunidad operan *ex ante* sobre la motivación, con la ventaja de no romper frontalmente con los valores dominantes, sino que los neutralizan sin mayores costos para la propia imagen del infractor.

Además, se dijo que en el caso de los criminales de Estado, las técnicas de neutralización ofrecen particularidades, pero no quiebran el esquema general trazado por los autores de medio siglo atrás. El doctor añadió que, en cierta medida, los agentes del Estado admiten excesos o consecuencias no deseadas, aunque las consideran inevitables.

Con respecto a las características del criminal de estado, el doctor Zaffaroni expuso que el crimen de Estado es un delito altamente organizado y jerarquizado, y que la particularidad de los criminales de estado es que sostienen que su misión es reforzar y reafirmar los valores dominantes de la época, es decir, se presentan como verdaderos líderes morales. Igualmente, la selectividad victimizante se manifiesta más claramente en los criminales de estado, pues su ataque nunca se dirige contra los de su propio grupo, salvo algunas excepciones. También, las técnicas de neutralización son más evidentes en los crímenes de Estado que en los comunes. Del mismo modo, la magnitud del crimen de Estado demanda que la imagen de la persona que lo comete se exalte, llevando a los criminales a considerarse héroes o mártires, impidiendo reconocer *a posteriori* la naturaleza aberrante de sus crímenes.

El doctor Zaffaroni indicó que Sykes y Matza habían distinguido cinco tipos mayores de técnicas de neutralización como ampliaciones no reconocidas legalmente de causas de impunidad: negación de la responsabilidad, negación de la lesión, negación de la víctima, condenación de los condenadores y apelación a lealtades más altas.

Sobre la negación se dijo que en el crimen de Estado suele negarse el hecho mismo; se niega la responsabilidad, pues los criminales de Estado afirman que sus hechos no fueron intencionales, sino simplemente inevitables. También, es frecuente la negación de la responsabilidad, atribuyéndola a las circunstancias extraordinarias en que deben actuar y que fueron provocadas por otros.

Sobre la negación de la lesión, el doctor Zaffaroni señaló que no es viable en los crímenes de Estado, dada la magnitud masiva del daño. Acerca de la negación de la víctima, se dijo que es la técnica de neutralización más usual en los crímenes de Estado, pues se toma una postura maniqueísta de las personas, y a las víctimas se les imputa la comisión de atrocidades para que parezca que el crimen de Estado se dio en forma de defensa legítima.

Respecto de la condenación de los condenadores, se dijo que ésta es una técnica de neutralización bastante frecuente en los crímenes de Estado, especialmente cuando se dirigen contra pacifistas, disidentes o adversarios políticos. En ésta, el criminal desautoriza moralmente a sus juzgadores.

Por último, y sobre la apelación a lealtades más altas, se indicó que es la técnica de neutralización preferida en los crímenes de Estado. En ella se invocan deberes de conciencia o lealtades a ídolos o mitos. Se invocan valores superiores.

Por último, el doctor Zaffaroni indicó que ante la falta de atención por parte de la criminología hacia el llamado crimen de Estado, es necesario que aquélla abarque, en su horizonte de proyección, discursos ideológicos, pues si lo que se pretende es contribuir a evitar estos crímenes, la criminología deberá ocuparse de los discursos que los fomentan mediante el refinamiento de técnicas de neutralización y, por ende, debe ser objeto de estudio de la criminología el comportamiento de los teorizadores que fabrican esos discursos, y de quienes los difunden por los medios masivos.

*Terrorismo y conductas periféricas. La tensión de los principios penales en los límites del derecho*⁴

La doctora Adela Asúa no pudo asistir al Congreso Internacional de Derecho Penal, sin embargo, tuvo la amabilidad de enviar a los orga-

⁴ Ponente: Adela Asúa Batarrita.

nizadores su ponencia para que fuera leída por el moderador de la mesa, que fue el doctor Rodolfo Félix Cárdenas.

En la lectura de la ponencia se indicó que el objeto de aquella giraba en torno a los criterios de delimitación de las conductas delictivas que podían calificarse de cooperación con el terrorismo, tarea que no fue calificada como sencilla, sobre todo en el caso de grupos terroristas que cuentan con un fuerte apoyo social en el marco de unos objetivos políticos o religiosos compartidos, como ETA. Entonces, la cuestión que se planteó fue: ¿pueden y deben separarse ambas formas de “cooperación” por ostentar distinto significado en cuanto a su relevancia penal?

Dicho planteamiento partió de la necesidad de diferenciar las clases de cooperación que se pueden dar en las organizaciones terroristas para que únicamente aquella forma de colaboración que facilite el mantenimiento de la estructura operativa del grupo criminal pueda considerarse portadora de una peligrosidad objetiva suficiente para entrar en el campo penal.

Este planteamiento —se apuntó— reivindica la procedencia de mantener bien anclado el sistema penal en los principios generales del derecho, sin concesiones de excepcionalidad, por más de que se trate de una materia de especial gravedad como es el terrorismo.

Asimismo, es necesario el conocimiento de los diversos factores que propician el terrorismo a fin de lograr políticas adecuadas, adaptadas a las peculiaridades de los distintos grupos terroristas.

Se comentó que en relación con conductas periféricas de apoyo social-ideológico al terrorismo, la vía penal es difícil en tanto no se exterioricen actos de ayuda material al terrorismo. Pero que ello no excluía la necesidad de otra clase de medidas que involucren a la sociedad civil para la deslegitimación social del terrorismo.

Igualmente, se mencionó que la legítima lucha contra el terrorismo requería mantener la diferenciación de campos, ya que ciertos aspectos del terrorismo no le competen al derecho penal. La utilización del derecho penal para prohibir convicciones políticas o religiosas otorgaría verosimilitud a la autoproclamación de los terroristas como héroes políticos o víctimas de persecución por sus ideas. Además, es incompatible con los derechos humanos y con la democracia.

Como ejemplo de esta falta de diferenciación, se tocó el caso de la ley española en la que el elemento subjetivo que alude a la finalidad de “subvertir el orden constitucional” conduce a que un delito de desorde-

nes públicos pueda calificarse de terrorismo, a pesar de que por el daño producido no se pueda deducir la intención de intimidar seriamente a la población o de alterar la paz pública. Consecuentemente, elemento subjetivo se convierte en factor de ampliación del campo de conductas calificadas como terrorismo.

Al respecto, en el Código Penal Español hay una lista de delitos que pasan a considerarse como terrorismo si se cometen con la finalidad de alterar gravemente la paz pública o de subvertir el orden constitucional. En este punto, se hizo énfasis en que la ley española, en el delito de terrorismo la orientación a la perturbación grave de la paz pública es evidente. Por ello, en la comisión de los atentados terroristas no es necesario verificar la finalidad de subversión del orden constitucional porque ya concurre la finalidad alternativa de alterar la paz pública. Contrariamente, en delitos cometidos sin pertenecer a la banda armada, la finalidad subjetiva de subversión del orden constitucional se convierte en decisiva para tipificar el hecho como terrorista.

En la lectura de la ponencia se indicó que otro campo crítico se sitúa en la tipificación como delito autónomo de cualquier acto de colaboración con las actividades o con las finalidades de la banda armada, organización o grupo terrorista (artículo 576.1). La amplitud de esta formulación abierta se complementa en el siguiente párrafo con la lista que contiene los actos de colaboración.

Además, otro problema del delito de colaboración con banda armada del artículo 576 reside en la referencia a las finalidades de la banda armada, ya que para ser castigado es necesario que se lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

En este sentido, la colaboración con las finalidades de la banda armada debe entenderse como la ayuda a la comisión del fin de aquélla. A su vez, esta colaboración debe traducirse en una prestación funcional, operativa y activa a las finalidades de la banda. Consecuentemente, el mero apoyo ideológico a los fines de la banda no podría considerarse ayuda equivalente a los fines de aquélla.

Acerca de la subversión del orden constitucional, se expresó que es el punto clave para que se penalice la ideología. En este sentido, se indicó que en un derecho penal del hecho se rechaza la incriminación de pensamientos o de actitudes internas, adquiriendo relevancia cuando se exte-

rriorizan. Además, la clase de conducta y la situación concreta que se realizan deben ser capaces de afectar los bienes jurídicos tutelados. El ánimo es expresión de la idoneidad lesiva del hecho; es un elemento que normativiza y que confiere un determinado sentido a la conducta lesiva, que es lo que la diferencia de conductas sin relevancia penal.

Por su parte, en el Código Penal Español se exige que en el delito de terrorismo concurra la finalidad de causar una grave alteración de la paz pública, mientras que en la Decisión Marco europea 2002 se definió al terrorismo como la comisión de actos que por su naturaleza o por su contexto puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional. Se requiere la idoneidad para generar una lesión grave, y que se hayan realizado para intimidar o desestabilizar gravemente las estructuras políticas, económicas o sociales. Tomando en cuenta este concepto, se está ante la exigencia de conexión entre la gravedad de los delitos-base y las finalidades.

Aplicando lo antes dicho, resulta difícil la clarificación de la finalidad de subvertir el orden constitucional en el tipo de terrorismo del Código Penal Español, cuya dimensión política favorece una interpretación extensiva que aboque hacia el campo del derecho penal del ánimo.

En este sentido, la expresión “subvertir el orden constitucional” requiere precisar sus dos elementos: a) Subversión. Por ésta se puede entender el procedimiento violento para obtener algo. b) Orden constitucional. Por éste puede entenderse la concreta conformación política de un estado o la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación del poder.

En el terrorismo, la conexión funcional entre la actuación delictiva y la finalidad “subversiva” remite a la pretensión de modificar algo mediante la violencia. Lo importante es el método, independientemente de que el objetivo político sea modificar, alterar una conformación política determinada. Entonces, el terrorismo de motivación política es claro que se opone a los métodos legales de cambio, pues se da la ilegítima atemorización a través de sus crímenes.

En la lectura de la ponencia se mencionó que si por “subversión” se entendiera la pretensión de cambio político, desgajándose del método criminal, podría concluirse que el contenido político forma parte de las

“finalidades” del terrorismo. En consecuencia, la colaboración con el terrorismo sería en apoyo a las finalidades del mismo.

Por último, se expresó que la referencia genérica a las “finalidades del terrorismo” por su carga subjetiva y valorativa convierte a éstas en fórmulas elásticas e indeterminadas, lo cual provoca que el hecho sea poco verificable por la acusación como poco refutable por la defensa, configurándose como un delito de estatus mas que como delito de acción o de resultado, identificable mediante valoraciones referidas a la subjetividad subversiva del autor.

Por lo tanto, es indispensable una interpretación de las finalidades que no genere inseguridad jurídica y que se mantenga en el campo del derecho penal del hecho. En donde no pueda predicarse esa relación, faltaría el plus lesivo de peligro que caracteriza la figura en cuestión, y se estaría ante la penalización de las motivaciones o de las ideas.

Estado de derecho y política criminal⁵

Después de la lectura de la ponencia de la doctora Adela Asúa, se realizó un breve receso de quince minutos para reanudar las actividades con la exposición del doctor Moisés Moreno Hernández. Él habló sobre el Estado de derecho y la política criminal, empezando por abordar lo respectivo a la concepción actual del Estado de derecho. El doctor indicó que en la actualidad es necesario el fortalecimiento constante de las instituciones del Estado de derecho. Esta necesidad deriva de la idea del Estado autoritario o totalitario.

El doctor Moreno Hernández indicó que por Estado de derecho puede entenderse Estado de leyes, Estado de legalidad, respeto a las garantías individuales y a la división de poderes, autonomía e imparcialidad del poder judicial, cumplimiento a la ley e igualdad ante ella y ausencia de impunidad. Asimismo, cuando se trata de explicar el origen del Estado de derecho, existe la idea de que el Estado es creación del hombre y que éste le ha atribuido las funciones que tiene. Si eso es así, entonces el hombre no creo al Estado para que lo subyugue, sino para que le sirva. Por lo tanto, las funciones que se le atribuyen al Estado deben vincularse con los aspectos de la vida del hombre.

⁵ Ponente: Moisés Moreno Hernández.

Por su parte —se dijo— el hombre ha ideado al derecho como un instrumento que ha depositado en manos del Estado para el cumplimiento de sus funciones. De ahí la idea de que el Estado debe contar con un orden jurídico y regirse por él, y ese es el rasgo que en la actualidad se sigue resaltando, por ello, podría afirmarse que todo Estado es un Estado de derecho, aun con los autoritarismos que en él se den. De ahí que, para destacar las diferencias, se han implementado otras exigencias, como la consideración de los derechos humanos y el contenido mismo del derecho. Conforme a esto —expresó el doctor—, Estado de derecho es aquél que, además de contar con un orden jurídico y regirse por él, reconoce y respeta ampliamente los derechos humanos.

Para estos efectos, el Estado debe orientarse por ciertos principios fundamentales, que tienen la función de establecer límites a su propio poder. Entre estos principios fundamentales destacan: el principio de división de poderes, el de legalidad, el de legitimidad y el de igualdad ante la ley.

El doctor indicó que en un Estado absolutista o autoritario, rigen otros principios, en donde lo característico es la concentración de poderes en una o en pocas manos. En lugar del principio de legalidad, se impone el principio de oportunidad o de utilidad. Esto es consecuencia de que el hombre no es concebido como persona ni como un fin en si mismo, sino como un instrumento al servicio del propio Estado.

De lo dicho se desprende que ya no es admisible la idea de que todo Estado, por el mero hecho de poseer un orden jurídico, sea un Estado de derecho. Sólo será merecedor de ese calificativo, el Estado que reconozca y respete la dignidad humana y los derechos humanos.

Habiendo explicado las ideas anteriores, el conferencista procedió al estudio del Estado mexicano según la Constitución. En este respecto, se indicó que el Estado mexicano está constituido en una república representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos, teniendo como ley fundamental a la Constitución Política, que establece que México es un Estado democrático y de derecho. El Estado mexicano es un Estado democrático, porque en él todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.

El doctor añadió que para el logro de las funciones del Estado mexicano, éste cuenta con el derecho como su principal instrumento: se rige por

el derecho, y reconoce y respeta los derechos del hombre, formalmente hablando.

Igualmente, se señaló que si la Constitución constituyó la resultante de las aspiraciones de los mexicanos de fines del siglo XIX y de principios del siglo XX, es necesario revisar si ella ha alcanzado sus objetivos. En este punto fue lamentable admitir que las aspiraciones del pueblo no habían sido del todo satisfechas. Es por eso que en la actualidad se insiste en la vigencia de los postulados característicos del Estado de derecho.

Ulterior a las interesantes deliberaciones aportadas por el doctor Moisés Moreno, se tocó el tema de la política criminal y el sistema de justicia penal en un Estado de derecho, apuntándose que la política criminal revestía ciertas características que le imprimían una determinada fisonomía, y revelaban la imagen de la concepción filosófica y política que está detrás. En este punto, la Constitución Política juega un papel importante, pues contiene directrices y principios fundamentales que sirven para orientar a la política criminal y al sistema de justicia penal. Esta ideología debe animar a la política criminal y al sistema de justicia penal a estar en concordancia con el Estado de derecho. Es decir, la política criminal y el sistema de justicia penal en un Estado de derecho deben sustentarse en la concepción del hombre como fin en sí mismo, ser racional, libre y capaz, cuya dignidad humana y demás derechos determinan los contenidos conceptuales del Estado.

El conferencista agregó que en la política penal de un Estado de derecho el *ius puniendi* tiene límites, y esos límites obedecen fundamentalmente al reconocimiento y respecto de derechos del hombre. Entonces, el Estado, el derecho penal y todo el sistema de justicia penal deben estar al servicio del hombre y no para servirse de él.

En el caso del Estado mexicano, por ser, constitucionalmente hablando, un Estado de derecho, la política criminal y su sistema de justicia penal pueden ofrecer mayor seguridad pública y jurídica. Deben estar animados por la ideología de la concepción del hombre como persona. Además, la política criminal del Estado mexicano debe ser coherente en todos sus aspectos y niveles, es decir, integral. También debe darle preferencia a la prevención general, utilizando al derecho penal como el último recurso para las funciones que competen al Estado.

Después de apuntar lo anterior, el doctor prosiguió con el estudio del Estado de derecho ante la internacionalización del delito y de la política

criminal. En este punto, primero se abordó lo relativo a la internacionalización del delito y sus implicaciones, señalando que ante los cambios de la sociedad mundial contemporánea y la globalización, la política criminal y el derecho penal se habían visto obligados a transformarse, de ahí que se haya dado la internacionalización de la política criminal y del derecho penal. Esta internacionalización ha acarreado varias consecuencias, entre las que se encuentra la crisis de ciertas medidas político-criminales y penales.

El doctor señaló que lo anterior pone de manifiesto que la globalización ha tenido como consecuencia que la delincuencia sea cada vez más compleja, y comprenda a más de un país, y ello ha obligado a que los mecanismos de control frente a dicho fenómeno se hagan más complejos. El derecho penal, como elemento de política criminal, ha experimentado cambios que no siguen orientaciones político-criminales uniformes, aun cuando pueden observarse rasgos comunes en ellos. Lo anterior provoca una serie de procesos de hibridación de los sistemas penales y de los sistemas procesales penales nacionales e internacionales.

Asimismo, se indicó que ante toda esa transformación que ha experimentado la delincuencia, ésta se ha vuelto más compleja, y los tradicionales medios de control se han vuelto ineficaces ante ella. Consecuentemente, es imprescindible que los métodos y técnicas de combate a la delincuencia sean modernos para combatirla eficazmente. Lo anterior ha impuesto la necesidad de buscar formas de enfrentar globalmente el problema a través de tratados internacionales multilaterales y bilaterales. Sin embargo —agregó el doctor—, lo que hasta ahora se ha logrado con este proceso es un desmedido endurecimiento de las medidas penales (que restringen la libertad y son represivas), y una expansión del derecho penal, sin que se haya contenido el fenómeno delictivo. Consecuentemente, se ha planteado que la política criminal centre su atención en la prevención del delito con el debido respeto a los derechos humanos y que trate de resolver el problema de la delincuencia organizada de manera integral.

Por último, se indicó que se seguirá pugnando por una política criminal que responda a exigencias del Estado democrático de derecho, evitando la extralimitación del poder del Estado, consiguiendo así, un auténtico Estado de derecho que sea capaz de prevenir y combatir eficazmente a la delincuencia actual.

*Cinco razones por las que no se obedece la ley en México*⁶

El maestro Gerardo Laveaga Rendón comenzó a exponer sobre las cinco razones por las cuales la ley no es obedecida en México. Atendiendo a la primera razón, se indicó que la ley no se obedece por ser ambigua en aquélla y en las instituciones. La ambigüedad provoca que no haya fines bien delineados. Otra causa es la profusión de nuestras leyes, la cual deviene en procesos larguísimos, rezago y más corrupción. La profusión provoca la exigencia de condiciones y requisitos que no parecen tener ninguna razón de ser. A manera de ejemplo, el conferencista hizo referencia a que en México existen sesenta y seis códigos penales que se contradicen entre sí, y a menudo obstaculizan la eficacia de la política criminal del Estado.

Aduciendo a la tercera causa, el maestro Laveaga indicó que ésta se refiere a la complejidad de las leyes. Y respecto de la cuarta, se indicó que era la inequidad de las leyes lo que provocaba que ciertos sectores de la sociedad se vieran más beneficiados que otros. Entonces, la población se niega a obedecer las leyes.

Por último, el maestro Laveaga indicó que la oscuridad es la quinta causa por la cual la ley no es obedecida. La oscuridad de la ley no es algo inherente a nuestros ordenamientos, sino algo que se genera a partir de una carencia: de la obligación de que creen, apliquen y diriman controversias a la luz pública. Esta carencia fortalece las otras causas para no acatarlos.

*Una preocupación emergente en las culturas jurídicas: el acto creativo de leyes penales*⁷

Para finalizar la mesa, el doctor René González de la Vega presentó su conferencia sobre el acto creativo de las leyes penales, indicando que éste es una preocupación de las culturas modernas. El doctor señaló que la intención de su ponencia era la de analizar el acto creativo de las leyes desde un punto de vista racionalista, es decir, analizar al acto creativo de las leyes como una actividad que pueda ingresar a la teoría

⁶ Ponente: Gerardo Laveaga Rendón.

⁷ Ponente: Rene González de la Vega.

del derecho y no quede simplemente bajo el lente de la ciencia política, dado que bajo esta simple óptica política sólo se toma en cuenta como dogma penal cuando la ley ya fue creada, no importando como fue creada o como debió haber sido creada.

Asimismo, el doctor agregó que en los estados constitucionalistas, el acto legislativo requiere más justificación, por lo que se está ante la obligación de limitar al legislador penal. En este punto, ni el *iusnaturalismo* ni el *iuspositivismo* resultan suficientes por sí solos para resolver el problema.

También, indicó que a lo largo de su exposición puntualizaría algunas cuestiones, comenzando con la del ser y del deber ser en el derecho penal contemporáneo. Estas cuestiones serían puntualizadas con la intención de argumentar a favor de la ubicación del acto creativo de la ley penal como uno colmado de racionalidad jurídica, y no solamente de razonabilidad política.

1. *Aspectos internos y externos del derecho.* Acerca de este punto se dijo que en el estudio del derecho es necesario atender ambos mundos: el fáctico y el deóntico; los juicios de hecho y los de valor, pues son insuficientes por sí solos alguno de los dos modelos. Ninguno sirve para superar los modernos problemas del derecho dado que no todo puede quedarse en un aspecto puramente interno o externo de la experiencia jurídica.
2. *Aspirar a modernidad con bases históricas.* Sobre esta cuestión se apuntó al ser como el ahora y aquí y al deber ser como concepto utópico. En el derecho que es subyace siempre un derecho que debe ser y que sigue diferenciando entre objeto y sujeto. Objetividad que no se concibe como químicamente pura y subjetividad que a solas no alcanza a resolver el problema para cimentar el futuro epistemológico de la ciencia jurídica con bases teleológico científicas.
3. *Ontologismo versus normativismo.* En este punto se mencionó que el evento criminal, al trabajarse con derecho penal, emerge desde un sujeto con finalidades y motivos, razones justificativas en su acción que impacta el mundo de los hechos. Su análisis desde el derecho requiere normas descriptivas semantizadas de subjetividad. En su construcción no bastaría atender a las estructuras lógico-objetivas o a la naturaleza de la cosa para tender límites negativos al le-

gislador, pues decaería en un aislado ontologismo. Sin embargo, tampoco superaría el problema una entera consideración normativa para explicar y comprender el fenómeno criminal.

4. Tensión temporal normativa. En esta cuestión, el conferencista indicó que uno de los problemas más grandes del derecho ha sido el sentido tensional entre el presente del legislador y el presente del juzgador o intérprete de la norma jurídica. Ante este problema, se ha buscado la intención del creador de la ley y después la voluntad de la misma. Este ha sido el problema a ajustar en el derecho. Es por esta razón que Kelsen estudió a la norma jurídica sin tomar en cuenta el sentido axiológico, tornando el deber ser en un ser a fin de no distraer con juicios de valor el conocimiento de las estructuras lógico formales. Por su parte, la dogmática jurídico-penal se aferro a esa guía y así quiso resolver el presente del fenómeno criminal, es decir, a partir de esa metodología que no tocaba las cuestiones tensionales, ignoró esas tensiones y todo fue presente.
5. Simbolismo artificial del derecho. En este sentido se expreso que en la actualidad el sistema jurídico es un hecho artificial, un símbolo para la dominación selectiva. Ese artificio jurídico que emerge de la dogmatización muy reconocida se mira a sí mismo en tanto derecho que es, pero no busca el como debe ser creado e insiste en cómo decidir y no en que decidir. Ese ser no quiere admitir que encierra un deber ser que lograría la debida igualación de los protagonistas en conflicto.
6. Pretensión de poder. En este respecto se mencionó que la única alternativa que se admite en el acto creativo de una norma punitiva es el no hallar suficiente eficacia en medidas menos radicales que la imposición de una pena y esto tiene que ver con el presente, con la posibilidad de respuestas accesibles o no al poder. No se vislumbra un uso alternativo del derecho pues no pierde nunca de vista la única pretensión de poder que se advierte en la naturaleza coactiva del orden jurídico. La densidad de la norma penal no se toma en cuenta al legislar pues todo es subsidiario bajo la decisión política del poder.
7. Pretensión de corrección. En este punto se dijo que la creación de una norma punitiva debiera estar sujeta a cierta temporalidad y congruencia dado que lo debido ayer, puede no serlo hoy. Bajo esas

lentes, no todo es presente como lo dicta el dogma jurídico. Para llegar a eso se requiere una pretensión de corrección.

8. Correlaciones con la moral y la política. Aquí, el conferencista señaló que el derecho es coercitivo, pero también es crítico y no puede renunciar a valoraciones de tiempo y lugar, de circunstancias humanas. Un derecho que solo atiende un discurso analítico no está en condiciones de asumir el hoy.
9. Propiedades esenciales del derecho. Acerca de este respecto se dijo que el ser y el deber ser del derecho conviven en los juicios de validez y de justicia del derecho vigente. Son necesidades prácticas del derecho la coercitividad y juicio de rectitud de la norma y entonces en su combinación, son ambas propiedades esenciales del derecho. La razón de la fuerza y la fuerza de la razón se han de resolver simultáneamente a partir de un orden jurídico que sabe ubicarse partiendo de su temporalidad.
10. Simultaneidad y sincronía. En esta cuestión, el doctor González indicó que el presente tiene como característica la simultaneidad pues un sujeto es en rigor, cuando se incorpora a su presente. En este presente de globalización es necesario lograr simultaneidad en el planeta debido a que el poder real no admite espera.
11. Tolerancia positiva. Acerca de este punto, se dijo que con la tolerancia positiva se coloca al ser y al deber ser fuera de su tipo aldeano y se universaliza en valores y en defectos, por lo tanto, el derecho deberá observar ambos valores de manera simultánea. Esto como consecuencia de que la tolerancia positiva no puede ser condescendiente de manera ingenua para reconocer derechos y valores; tópicamente y llanamente decir que se respetan los derechos humanos, aunque en tal lugar se erijan regímenes autoritarios que no los respeten, pues se decaería en un ser aquí y no ser allá. No cabe el deber ser universal en un “tu con tus cosas y yo con las mías”. El derecho adquiriría un papel instrumental no protector de los derechos fundamentales. La tolerancia positiva se debe dar en lo fáctico y lo deóntico.
12. Ideología en derecho. Al respecto se mencionó que el derecho penal actual se ha globalizado e incluso busca su internacionalización. Entonces resulta ser un producto de los mercados, pero se ahí se es-

taciona, reconoce solo un contexto descriptivo del ser y una aplicación resignada y meramente dogmática. Sin embargo, el presente admite valores externos a la pura experiencia jurídica pues la globalización no implica la ausencia de ideología

13. Relativización normativa. En este punto el doctor señaló que para cimentar los juicios de validez justicia en el derecho, simultáneamente debe trabajarse con lo que debe ser. El derecho lo absorbe todo y se convierte en regla excluyente. Se relativiza ante el hombre y sus circunstancias, ya que el presente es propio, inigualable y no puede ser estandarizado porque el orden debe fundarse en un ámbito de libertad.

Por último el conferencista indicó que solo el tiempo diría si lo expuesto era novedoso o no. La posibilidad de entender un derecho penal protector de derechos fundamentales puede superar a un derecho preventivo-represivo que es incapaz de responder a las exigencias del siglo XXI.

El presente exige, por haberse inmiscuido en una globalización irreversible, reglas más claras, mejor construidas, cimentadas en el legitimidad que sólo otorga la democracia. Un derecho que no sólo se forme con la máxima restricción.

Ser y deber ser son en la actualidad temas a considerar simultáneamente. El derecho ya no puede seguir siendo factor de selectividad política, sino ingrediente, en su momento de creación, de la teoría del derecho, que sabe atender lo empírico analítico pero sabe que es necesario adicionar un discurso separado sobre lo normativo analítico para conocer las razones que justifican el derecho en un estado constitucional.

MESA VI⁸ CRIMINOLOGÍA Y VICTIMOLOGÍA

*Los procesos de victimización. Avances en la asistencia a víctimas*⁹

La doctora Hilda Marchiori de Argentina manifestó que el delito implica un suceso que deja onda huella en la vida tanto del delincuente co-

⁸ Celebrada el 20 de junio de 2006; moderador: Sergio Correa García.

⁹ Ponente: Hilda Marchiori.

mo de la víctima del crimen, de tal suerte que se manifiesta un cambio existencial de las costumbres, hábitos, relaciones y familia, entre otros aspectos. Agrega que la víctima es la que padece un sufrimiento físico, emocional y social, consecuencia de la violencia desplegada por la conducta agresiva que la victimó. En tal sentido, existen numerosas consecuencias específicas tales como: lesiones físicas graves, pérdida de la vida de la víctima; consecuencias emocionales que son sumamente difíciles de determinar pero que dejan profundas secuelas y estrés; alteraciones en las relaciones socioculturales; daños económicos; cambio de roles sociales, entre otros.

Señala la doctora Marchiori, que las consecuencias antes referidas se encuentran asociadas al agravamiento en la comisión delictiva; a los daños ocasionados en las víctimas y en la sociedad; a la impunidad en el accionar de los delincuentes; a la criminalidad organizada; a la alta vulnerabilidad de las víctimas; a los altos costos sociales y económicos que ocasiona la delincuencia y al colapso institucional policial y de administración de justicia. De igual manera: al fracaso del sistema penitenciario en la recuperación individual y social del delincuente; a la carencia de una asistencia y ayuda a las víctimas de los delitos; al fracaso de las penas tradicionales vinculadas a la alta reincidencia delictiva; a la ausencia de investigaciones sobre las causas de la criminalidad que permita el conocimiento de las distintas formas de delincuencia por regiones; a la carencia de personal técnico especializado para diseñar políticas preventivas sociales del delito, entre otros aspectos.

Por otra parte, la ponente enfatizó la importancia que tiene la víctima del delito para una mejor justicia penal ya que la misma permite: un mejor conocimiento del delito y del delincuente; conocer mejor la comunidad donde se cometió el delito; aplicar las medidas correccionales, penales y preventivas y evitar nuevos delitos.

Además, manifestó que la victimología ha logrado importantes avances en el estudio de los procesos de victimización y en los efectos del aislamiento jurídico-social de las víctimas. Dichos avances, por ejemplo, se constatan en diferentes documentos de las Naciones Unidas: *Los Principios Fundamentales de Justicia y Asistencia a Víctimas de Delitos* (1985) y *el Primer Symposium Internacional de Victimología* celebrado en Jerusalem (1973). Abundó en el sentido de que los cambios y las reformas criminológicas y jurídicas que se orientan a un mejor entendi-

miento de la víctima, han puesto de manifiesto cuestiones sumamente importantes tales como: la receptación debida de las denuncias; la facilitación de información; la adecuada ejecución de prácticas periciales; el desahogo oportuno de testimonios e interrogatorios; la separación de espacios para la prestación de la declaración de las víctimas diferentes al de los procesados y la debida información de las resoluciones que dicten los tribunales.

Por lo que respecta a la asistencia victimológica, la doctora Marchiori puntualizó que la misma tiene como propósito atenuar las graves consecuencias que tiene el delito en la víctima y en su familia. Esta asistencia debe prestarse de manera técnica y profesional, basadas en la comprensión y en la consideración hacia la víctima. La asistencia implica respeto, credibilidad y ayuda. En el sentido precedente los programas de asistencia a víctimas del delito, tanto para adultos como para adolescentes han alcanzado notables logros. Al respecto, la ponente enlistó los siguientes, dirigidos a adultos: programas de asistencia directa a víctimas; programas de apoyo a las víctimas y a sus familias; programas de alta crisis dirigidos a víctimas de violencia familiar; programas de detección y asistencia de delitos violentos; programas de asistencia a familiares de delitos violentos; asistencia en regiones de alta criminalidad; programas de asistencia a víctimas de abuso de poder; programas a víctimas de terrorismo; asesoramientos jurídicos a víctimas; programas de asistencia; programas de acompañamiento a víctimas, entre otros.

Por lo que respecta a programas asistenciales a víctimas menores, se enlistan los siguientes: explicación del proceso por parte de la autoridad judicial; observación en cámara de Gessell de relatos de menores; entrevistas especializadas para niños muy pequeños; utilización de muñecos anatómicos para la intervención de niños testigos en el caso de delitos sexuales; técnicas de *rompimiento del silencio y reducción del trauma y de las consecuencias del delito*.

Por lo que respecta a los avances en la asistencia a víctimas del delito se han registrado importantes pasos tales como: un conocimiento más certero en cuanto a las consecuencias de la victimización y en lo relativo con las características de las víctimas; mayor conciencia en cuanto al sufrimiento de los familiares de las víctimas y la necesidad de asistencia a todos los miembros del grupo familiar especialmente a los grupos vulnerables como los niños y las personas discapacitadas; la comprensión de

los procesos del silencio del relato de la victimización ya que los mismos implican situaciones altamente traumatizantes; nuevas alternativas en la asistencia a víctimas; un mayor reconocimiento a los diferentes documentos inherentes a los derechos de las víctimas y la importancia de la capacitación para ayudar a las víctimas y para evitar la revictimización.

En cuanto a los documentos relativos a los derechos de las víctimas, la doctora Marchiori hizo relevantes comentarios de los siguientes: Los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder; Manual de Justicia sobre Usos y Aplicación de la Declaración de Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Basados en los documentos arriba referidos, se reitera el acceso de las víctimas a la justicia; el trato justo y respeto a la dignidad; la información a las víctimas en cuanto a su participación y alcance en los procedimientos judiciales en los que participen; la incorporación de los intereses de las víctimas en el proceso; la prestación de asistencia a las víctimas en cualquier momento del proceso; la adopción de medidas para minimizar los efectos de los procedimientos; el evitar demoras procesales en perjuicio de las víctimas; la garantía de la indemnización y reparación victimal; la asistencia médica, psicológica, material a las víctimas, entre otros aspectos.

Por lo que hace a las medidas de política y prevención victimal, Hilda Marchiori subraya los siguientes aspectos: realización de encuestas de victimización para conocer y detectar cifra negra, reacción social-institucional y credibilidad del sistema penal. De igual manera, aquellas otras orientadas a la colaboración con la víctima; aumentar la credibilidad y confianza en la policía y en la administración de justicia; capacitación en la recepción y atención de la denuncia, como para la atención a las víctimas y a sus familias.

Finalmente, Hilda Marchiori nos recuerda el efecto devastador que tiene la impunidad de los delincuentes en las víctimas.

*El fenómeno de las maras en Centroamérica: un estudio penal con un enfoque de derechos humanos*¹⁰

En relación con las subculturas delincuenciales y especial en lo relacionado con el movimiento de las “Maras”, explicaron la importancia que tiene para la explicación de dichos fenómenos la influencia de los submundos criminales hiperviolentos que dan origen a nuevos grupos criminales organizados. Factores tales como la presión demográfica, la debilidad del poder judicial se traduce en impunidad de estas nuevas conductas. Es necesario al respecto desarrollar nuevos enfoques en el estudio de estos fenómenos desde la perspectiva de la víctima-victimario. Al respecto, en cuanto al perfil de los victimarios cabe señalar que muchos de ellos son ahora adultos y, por lo mismo, detentan mayor liderazgo entre las bandas. Estos grupos que no son pandillas tienen una estructura bastante sólida conformada por una propia forma de comunicación, en donde los aspectos económicos son sumamente importantes. Presentan una estructura jerárquica sumamente fuerte, un compromiso y cohesión social que ha venido a sustituir a la familia, llegando incluso a registrarse conflictos entre los miembros de dichas organizaciones.

Señalaron, además, que este fenómeno nos cogió tarde a todos para actuar y no existe una política criminal al respecto. La respuesta a estas cuestiones ha sido tardía y equivocada: se impone el delito de autor y las consecuentes detenciones arbitrarias. Lo anterior se ve enrarecido por las “limpias sociales” consistentes en asesinatos y ejecuciones masivas. Se registra un doble discurso del Estado y no se integran los derechos de las víctimas, violándose, de esta forma, de manera sistemática, la Convención de los Derechos del Niño.

*Las pandillas juveniles en Guatemala*¹¹

Después de hacer un análisis socio-económico e histórico de Guatemala, el conferencista señaló que, a partir de la década de los noventa, empezaron a perfilarse las pandillas de las “Maras” conformada por jóvenes entre los 14 y los 21 años de edad extendiéndose su activismo a muchos países centroamericanos. El fenómeno que se analiza es suma-

¹⁰ Ponentes: Roberto Cuellar y Víctor M. Rodríguez Rescia.

¹¹ Gustavo García Fong.

mente complejo y está relacionado con factores económicos, políticos, socio-culturales, familiares, urbanísticos y coyunturales. Entre estos factores encontramos los siguientes de manera concreta: debilitamiento de las familias; problemas en el ámbito comunitario; insuficiencia de servicios, condiciones sociales y de vida, necesarios para un adecuado desarrollo [exclusión del sistema educativo; falta de oportunidades laborales; la experiencia del conflicto armado; la violencia en los medios de comunicación y problemas en la conformación de la personalidad].

Cabe señalar, por otra parte, que Guatemala se encuentra bajo el control [en algunas localidades] de dichos grupos, llegando a situaciones como la “normalización de lo normal” para expresar el grado de presencia de dichas organizaciones. De igual forma se registra presencia en El Salvador y en Honduras, países en donde las medidas adoptadas han resultado ineficaces [como las detenciones por portar drogas o por exhibir tatuajes] que poco después han tenido que liberarse las personas detenidas.

Para establecer una política integral y constitucional, que considere además la normativa internacional, es necesario que: los tres poderes cumplan con sus funciones en la lucha contra este fenómeno y la incorporación de instituciones de protección y desarrollo humano.

Al respecto es indispensable incorporar el concepto de desarrollo humano como un nuevo paradigma de la seguridad pública [un concepto incluyente y personalista; que tenga un carácter pluridimensional; que haga énfasis en la solidaridad y en la cooperación.

Por otra parte, debe existir un programa integral con acciones a corto, mediano y largo plazos. A corto plazo serán necesarios: programas de concientización y de participación social; creación de espacios culturales, deportivos y recreativos; programas de capacitación para el empleo y centros de atención para jóvenes con problemas de comportamiento.

En cuanto a las acciones a mediano y largo plazos, será necesario conformar programas de reintegración social al través de la educación formal e informal; la atención psicológica y programas de salud y deporte.

En cuanto a modelos de asistencia comunitaria se puso el ejemplo del Colegio del Padre Maqueira institución que convierte a estos criminales en personas trabajadoras y honestas.

*El quehacer criminológico ¿devaluado?*¹²

Finalmente, intervino el doctor Luis Rodríguez Manzanera quien hizo una brillante síntesis del desarrollo de la Criminología. Al respecto, mencionó que después de corrientes extremistas que se caracterizaron por afirmar que todo no sirve y que todo es corrupto en el sistema penal y que la única solución es el abolicionismo o bien un sistema penal vindicativo, habrá que detenerse ahora y meditar sobre tres cuestiones claves: se debe reconocer que existe una base teórica consistente de la llamada “Nueva Criminología”; que se registró, por otra parte, un movimiento importante de carácter ético de los derechos humanos y, finalmente, una cuestión empírica y científica y el desarrollo de diferentes programas de investigación. En este contexto, el movimiento de “nada funciona” fue superada por el “no es verdad que nada funciona” y, por lo mismo, en la actualidad se registra una revaloración para saber qué es lo que funciona en Criminología. Sin duda que el movimiento revisionista en Criminología permitirá también una revaloración de la Criminología en su conjunto y del papel e importancia profesional de criminólogo.

MESA VII ¹³
DERECHOS HUMANOS

*Sistema penal y derechos humanos*¹⁴

El doctor Raúl Plascencia nos ha comentado con la claridad que le caracteriza, como la tendencia del sistema de justicia penal en los últimos años, en lugar de dirigirse al establecimiento de las condiciones que posibiliten el desarrollo personal, se ha orientado a dar respuesta a los problemas que se presentan en las denominadas “*sociedades de riesgo*”, a través una expansión que obedece a lo que el ha llamado “*perversidad del aparato estatal*”, para buscar a través de la legislación penal, la solución aparente de los problemas sociales, entre ellos la delincuencia sin lograr una protección efectiva de los derechos de las personas, pero además, evidenciando con esta política, la ineficiencia institucional y legal.

¹² Luis Rodríguez Manzanera.

¹³ Celebrada el 20 de junio de 2006: moderador y relator: Luis García López Guerrero.

¹⁴ Ponente: Raúl Plascencia Villanueva.

Esta política criminal ha consistido en ampliar notablemente los ámbitos de intervención del sistema de justicia penal, de tal modo, que se adecuen a las nuevas formas de criminalidad que se presenta en las sociedades, concretamente, el terrorismo y la delincuencia organizada, lo que se traduce en una flexibilización del sistema de imputación de responsabilidad y de garantías individuales vigentes.

Nos ha comentado el panorama que presenta el sistema de justicia penal ante el fenómeno de la globalización, y como los márgenes de una reforma penal en el ámbito nacional son cada vez menor por dicho fenómeno, situación que implica por tanto, tomar en cuenta las medidas necesarias para que las reformas consideren a la globalización.

Asimismo, nos ha comentado como frente al modelo tradicional de protección al derecho a la seguridad, existe otro modelo alternativo de protección y satisfacción de los derechos humanos que corresponde a una validez real del orden jurídico y del cual, sería conveniente que los sistemas de justicia penal observaran.

Algo muy importante que mencionó, tiene que ver a como en torno al concepto de “*delincuencia organizada*”, *tipos penales y formulas procesales*, se ha construido un nuevo paradigma jurídico dogmático en el ámbito internacional que ha llegado hasta la AG de la ONU y se materializó en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, y puso en la mesa el tema del terrorismo.

Sin duda alguna, los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, han originado nuevos paradigmas en torno a las tendencias que deben orientar el ámbito de la justicia penal, ante la vulnerabilidad y fracaso de la normatividad internacionalmente reconocida en materia de seguridad, situación que nos lleva a cuestionarnos ¿hasta qué grado y qué válido es limitar los derechos fundamentales frente a problemas tan delicados como el terrorismo?

Como lo señala el doctor RPV, el mismo fundamento político y filosófico de los derechos humanos puede estar en riesgo frente a condiciones que a su vez pongan en riesgo la seguridad nacional de un Estado. Hablamos por tanto de un sistema penal de excepción, ¿la seguridad y los derechos humanos serían dos valores contrapuestos?

Sin duda alguna, los sistemas normativos creados especialmente para combatir y erradicar el terrorismo despiertan dudas sobre cuál es el régi-

men que instauran, es decir, si ellos son decretados en una situación de normalidad donde ciertas restricciones a derechos y libertades son permitidas, o si por el contrario lo que vienen a imponer es un estado de excepción mediante el otorgamiento de poderes extraordinarios al poder ejecutivo, así como la suspensión de ciertos derechos y libertades. En ambos casos, las leyes o los sistemas antiterroristas que se creen inciden en dos valores imperantes en todo régimen democrático: El mantenimiento de la seguridad y la protección de lo derechos humanos.

Surge la interrogante entonces de que ¿hasta qué grado es legítimo restringir o suspender derechos y libertades en aras de garantizar la seguridad? ¿cuál hay que sacrificar?

En este contexto surge lo que la doctrina penal alemana ha denominado el derecho penal del enemigo, que como lo señaló el doctor RPV, supone que el Estado en uso de todo su poder aborte el diálogo con los ciudadanos y amenace a sus enemigos, conminado sus delitos con penas severas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico, pero si perturbe la paz social, esto es, una declaración de guerra abierta en contra de los malos y peligrosos.

Sin embargo, surge otra interrogante que como lo señala el doctor RPV, consiste en saber ¿quién es el enemigo?

Nos habló también, de una ampliación de las facultades de las autoridades, basado principalmente en la cultura de la emergencia o de la excepcionalidad frente al terrorismo, a través de una serie de medidas de carácter legislativo, procedimental, policial, jurisdiccional y penitenciario.

De igual forma, nos ha comentado acerca de una institución por demás polémica en el derecho penal como lo es “la anticipación de conductas”, en donde se contemplan tipos penales de peligro abstractos, emprendimiento o de consumación anticipada que se crean para dar respuesta oportuna y eficaz ante las probables amenazas que pongan en riesgo la seguridad. Y finalmente como esta estructura denominada “derecho penal del enemigo”, genera como consecuencia, un adelgazamiento de los derechos humanos en función de establecer un sistema penal de excepción y autónomo del derecho penal ordinario o del ciudadano.

*El ius puniendi en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*¹⁵

El secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) señaló que su ponencia era en parte una actualización de la presentación que realizó en el Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, por lo tanto, iba a analizar la jurisprudencia de la CIDH en relación al *ius puniendi* desde dos perspectivas: cuando hay ausencia del ejercicio de éste y cuando este ejercicio es llevado a su extremo como es en el caso de la pena capital.

Desde la primera perspectiva, se señaló que produce impunidad. En este respecto se dijo que la CIDH había conocido de casos en los Estados no habían garantizado el deber de justicia penal de forma que se investigue efectivamente y sancione a los responsables de hechos aborrecibles, creando una situación de impunidad, entendida ésta como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.

Sobre la impunidad también se apuntó que existen varias clases de la misma mencionando a la impunidad normativa o legal, que tiene su fuente en una norma jurídica que conlleva a una renuncia expresa o extinción por parte del Estado del ejercicio de su potestad punitiva en cuanto a su pretensión o sanción. Esta impunidad normativa se manifiesta a través de las leyes de autoamnistía y la prescripción y otras eximentes de responsabilidad penal.

Se indicó que otra clase de impunidad es la estructural, que proviene de un conjunto de factores de carácter endógenos o exógenos que afectan el deber de justicia penal, en donde a pesar de haber un sistema jurídico que podría ser capaz de lograr la reacción penal o un ejercicio del *ius puniendi*, estos factores conllevan a que el Estado adopte conductas omisivas, evasivas o negligentes respecto de la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos haciendo de esta manera ilusorio el deber de justicia penal. Sobre este tipo de impunidad, durante la conferencia, únicamente se analizaron los factores endógenos, mencionando a la legislación especial para juzgar determinados delitos y a la insuficiencia de la actividad investigativa en casos de

¹⁵ Ponente: Pablo Saavedra Alessandri.

violaciones de derechos humanos y falta de cooperación de diversas autoridades en su esclarecimiento.

Posteriormente se analizaron las consecuencias de la impunidad y ausencia del *ius puniendi* y los límites al ejercicio del *ius puniendi* en lo respectivo a la aplicación de la pena de muerte.

MESA VIII¹⁶ DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico¹⁷

Con la autoridad académica e intelectual que le caracteriza, Muñoz Conde ha dejado claro que la temática del tratamiento médico y la responsabilidad penal no pueden sustraerse a la lupa crítica de la política criminal. Y esto resulta, según el maestro español, porque dentro del marco de todas las profesiones liberales, la que más problemas genera es la de la medicina, pues ésta afecta a los bienes jurídicos vida e integridad personal, de tal forma que por ello se justifica la intervención del derecho penal.

Conforme a lo anterior, Muñoz Conde señaló que conjuntamente con el tráfico automovilístico, la medicina es la disciplina en la que con mayor frecuencia ha de aplicarse la teoría de la imputación objetiva, ya desde la perspectiva de la imprudencia o bien desde el ámbito de la impericia, aunque no son pocos los casos en los que se deben implementar los criterios que en torno a los conocimientos especiales ha desarrollado la dogmática penal.

En el marco del tratamiento médico y su vinculación con el derecho penal, señaló el maestro Muñoz Conde, es indispensable iniciar con el análisis del sujeto pasivo, pues es éste quien decide acerca de la actividad profesional objeto aquí de análisis. Conforme a lo anterior, resulta que el consentimiento es el presupuesto de toda actividad médica. Pero no siempre se le concede al consentimiento ese valor, pues el Estado, utilizando argumentos claramente paternalistas, impide la eficacia del con-

¹⁶ Celebrada el 21 de junio de 2006; moderador y relator: Miguel Ontiveros Alonso.

¹⁷ Ponente: Francisco Muñoz Conde.

sentimiento en algunos casos, como lo son los relativos al trasplante de órganos¹⁸ o al cambio de sexo.

No obstante, existen algunos casos en los que aún sin consentimiento puede existir intervención médica sobre un ser humano. Se trata de aquellos casos amparados por un estado de necesidad o por el consentimiento presunto. Piénsese, afirmó Muñoz Conde, en las hipótesis de transfusión de sangre o cuando la alimentación forzosa de presos está indicada. En casos como éste, nos encontraríamos ante conductas que para un sector de la doctrina estarían justificadas, o como sucede fundamentalmente en Alemania, se excluiría la responsabilidad penal por atipicidad.

Con independencia de la categoría del delito que se excluya a través del consentimiento, existen casos más problemáticos pendientes de solución. El destacado penalista español se cuestiona: ¿Qué sucede si la intervención médica se practica de forma extraordinaria, excelente, pero sin consentimiento? Piénsese, por ejemplo, en la extracción de un tumor maligno. ¿Qué pasa si en este caso no se ha consultado al paciente? La solución a estos casos podría encontrarse en la actualización de un delito de coacciones, aunque también se debate acerca de la aplicación de la figura denominada tratamiento arbitrario. Cualquiera que sea la opción por la que nos decantemos, hay que destacar la exclusión de la punibilidad por el delito de lesiones respecto del médico, toda vez que éste ha mejorado la salud del paciente, aunque también debe considerarse que en relación al derecho español, el artículo 10 de la Constitución establece el libre desarrollo de la personalidad, lo que se traduce en la exigencia de respetar la dignidad humana.

Otros casos que plantean serios problemas al derecho penal, son los relativos a las operaciones transexuales y a las esterilizaciones. En la época nazi se implementó el argumento de las “buenas costumbres” para limitar el consentimiento en las lesiones. Respecto de las esterilizacio-

¹⁸ Efectivamente, sostiene Muñoz Conde, ese paternalismo jurídico envía un mensaje a la ciudadanía en el siguiente sentido: “usted no puede comerciar libremente con su cuerpo”. Así, por ejemplo, las leyes de trasplantes española y alemana prohíben la venta y comercialización de órganos no vitales, mientras que la venta y comercialización de órganos vitales está, por supuesto, prohibida. Conforme a lo anterior, el consentimiento del donante sería nulo, incluso la ley alemana penaliza al donante que vende su órgano no vital, lo que en palabras de Muñoz Conde resulta excesivo. La donación, en estos casos, sólo se permite entre personas ligadas por parentesco en primer grado o afectiva análogas y, por supuesto, sin contraprestación económica.

nes, éstas se podían realizar, incluso sin consentimiento, al amparo de una ley de 1933 para la prevención de enfermedades hereditarias (al parecer, se realizaron más de 500,000).¹⁹

Finalmente, el catedrático español se planteó el siguiente cuestionamiento ¿en qué casos no se requiere el consentimiento del paciente para justificar la intervención médica? Al respecto, existe una especie de consenso en aceptar la intervención médica, aún sin consentimiento, cuando la probabilidad de muerte del paciente se fundamenta en un acto que buscaba el suicidio. En casos como éste, el médico está obligado a intervenir, pues de lo contrario podría ser objeto de responsabilidad penal a título de comisión por omisión.

Una hipótesis cercana a ésta es la relativa a la persona que no quiere morir pero rechaza el tratamiento. Piénsese en los casos de los testigos de Jehová o en los presos que se encuentran en huelga de hambre ¿Se les puede imponer un tratamiento médico? A esta pregunta, Francisco Muñoz Conde contestó afirmativamente, pues la intervención estaría justificada por un estado de necesidad.

También los casos de presos en huelga de hambre resultan complejos. Para resolverlos, el profesor español acudió al pensamiento de su maestro alemán Claus Roxin, quien considera procedente la aplicación del consentimiento presunto. Efectivamente, como señala el catedrático de Múnich, aquí no nos encontramos ante hipótesis de estado de necesidad, sino de consentimiento presunto, pues debe quedar claro que el preso no quería morir, sino reivindicar una demanda ante un estado de cosas que considera injusto.

Fueron muchos los problemas dogmáticos y político-criminales abordados por Francisco Muñoz Conde durante su visita a nuestro Instituto. La temática relativa al tratamiento médico requiere de la investigación científica y del debate académico. Piénsese, nada más, en los casos en que no existe consentimiento, pero resulta que la víctima de la injerencia es una persona menor de edad ¿Se justifica aquí el tratamiento? ¿Y en el caso de las personas mayores de edad, pero inconscientes?

A estos y otros problemas nos da respuesta el maestro Muñoz Conde. El lector podrá disfrutar, en la próxima publicación de su ponencia, de sus respuestas y argumentaciones, que como suele suceder con nuestro

¹⁹ Véase, al respecto, la obra del propio maestro Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*, 4a. ed., Valencia, 2004, pp. 251 y ss.

catedrático y amigo español, resultan una extraordinaria guía científica para quienes nos aceramos al derecho penal.

*La deconstrucción del sistema jurídico-penal y sus implicaciones. El derecho como fenómeno de temporalidad*²⁰

“El principio y fin del Estado es la persona humana”. Así inició su disertación el destacado maestro de la Universidad Libre de Barranquilla, citando como referente a Platón y a los filósofos más trascendentes de la historia humana. Por eso insistió el catedrático, es que el derecho penal no puede perder de vista que también el hombre es el punto nuclear de esta disciplina. Esto exige, por los menos, dos atribuciones del ordenamiento jurídico penal: que éste sea mínimo y garantista.

El derecho penal actual requiere de una deconstrucción sistemática. Esto no se traduce en que la dogmática penal haya fracasado. Significa que requiere ser revisada a la luz de los valores más importantes, comenzando por la dignidad de la persona. Más aún si consideramos, como lo ha puesto en evidencia Beck, que nos desenvolvemos en una sociedad compleja que genera multitud de riesgos para los bienes jurídicos de la comunidad.

Rivera Llano fue enfático: tiene que venir un nuevo orden después del caos y distinguió entre la vaguedad de las leyes y la falta de técnica jurídica en su elaboración. De ahí que la deconstrucción propuesta por el ponente deba ir, como sostuvo, de la mano de la racionalidad y con criterios axiológicos que impidan la instrumentalización del ser humano.

La deconstrucción del sistema jurídico penal no es una novedad. Como sostuvo el Maestro Rivera Llano, ésta se ha verificado en diferentes etapas de la evolución penal. Ahí está Welzel y la deconstrucción de la teoría de la acción con sus antinomias. Luego, el derecho es un hijo del tiempo, sujeto a los cambios tecnológicos de una sociedad cambiante.

Como suele suceder, el derecho ha retomado de otros ámbitos la influencia para su propia evolución. Recuérdese a Einstein al deconstruir, desestabilizando la comprensión del tiempo, el espacio y el movimiento, que ya no son conceptos disociados y absolutos, dejando sin efecto no sólo a la concepción mecanicista de la física elaborada por Newton en el

²⁰ Ponente: Abelardo Rivera Llano.

siglo XVII, sino también las construcciones de Aristóteles y Euclides, tanto de la lógica como de las matemáticas, que ya no se desarrollan “hacia adentro” sino “hacia fuera”.

El derecho requiere, afirmó el pensador colombiano, la apertura de su sistema y permearse de su propio objeto de análisis: la persona humana. Un derecho lejano a la dignidad no es útil para el progreso del hombre. Al contrario, resulta contraproducente. Así, el eje rector para esa deconstrucción del derecho penal debe ser la libertad del ser humano, quien a su vez, como inició señalando el catedrático de Barranquilla, constituye el principio y fin del Estado.

*Nullum crimen sine lege y dogmática penal*²¹

In dubio pro libertate. Así podríamos, en síntesis, advertir el núcleo de la ponencia, que con la intensidad y conocimiento que le caracterizan, impartió el maestro Schöne. Mediante el despliegue de un amplio aparato crítico, el catedrático de la Universidad de Bonn cuestionó: ¿Cuál es la aportación de los penalistas? Garantía y eficacia, quizás, pero no brindar seguridad.

Schöne, quien a través de su trayectoria académica se ha distinguido por impulsar la reforma penal en diversos países latinoamericanos preguntó con énfasis ¿qué es la dogmática? ¿Acaso dogmática es la interpretación de la ley? ¿y el dolo? ¿Puede éste definirse simplemente como la intención criminal? Parece, insistió el profesor alemán, que los ejes rectores de la función del derecho penal se encuentran mucho antes que la propia redacción de un tipo penal. Esa guía del derecho penal debemos encontrarla en una legislación racional. Pero no sólo la labor legislativa debe basarse en criterios racionales, también la jurisprudencia. No basta, afirmó nuestro invitado, con argüir argumentos de autoridad.

Haciendo un recuento de algunas normas jurídicos-penales, y con el Código Penal del Paraguay en la mano, el catedrático afirmó contundentemente; la seguridad jurídica es más importante que la seguridad pública. Y esa seguridad se genera con argumentos racionales que sostengan las decisiones legislativas. Este fundamento debiera encontrarse en el marco de las exposiciones de motivos elaboradas por quienes están en-

²¹ Ponente: Wolfgang Schöne.

cargados de elaborar la ley penal, aunque esto sea mucho pedir a nuestros legisladores.

Más allá del debate ontologismo *vs.* normativismo, Schöne se decanta por justificar las decisiones legislativas y judiciales, entendiendo que el derecho punible es la violación de una norma de conducta. Si esto es así, resulta que es el propio legislador quien crea los conflictos que después pretenden ser resueltos mediante la actualización de una causa de justificación.

Por su parte, el juez no sólo debe conocer el texto de la ley, sino que además debe tener las herramientas para interpretarla racionalmente si es que en realidad busca impartir justicia. Desafortunadamente, señaló el profesor de Bonn, a esto le seguirá lo que denominó “el infierno de la ejecución penal”. Efectivamente, después de todo un ejercicio que busca ser racional a través de la aplicación de leyes bien definidas en sus contornos, el sistema penal fracasa al momento de hacer cumplir la pena.

“El mundo es finalista” afirmó Schöne, dando respuesta a diversas preguntas del auditorio para concluir con el principio que todo penalista debe tomar en cuenta en el ejercicio de su profesión, y esto, señaló, incluye a legisladores, fiscales, jueces y académicos: *in dubio pro libertate*.

*Modelo lógico del derecho penal*²²

Con la autoridad científica y académica que le conceden los cuarenta años dedicados a la elaboración de un novedoso sistema del derecho penal, pero también con el conocimiento profundo de la teoría y la praxis, la doctora Olga Islas expuso el basamento del modelo lógico del derecho penal. Si quisiéramos adelantar una conclusión de los argumentos vertidos en esta muy destacada ponencia, tendríamos que señalar que la construcción del modelo lógico va de la mano de un consistente aparato crítico que cuestiona a la doctrina dominante, fundamentalmente, por mezclar facticidad y normatividad en la teoría del delito y en la teoría de la pena.

Es indispensable comprender, sostuvo la investigadora de nuestro Instituto, que el delito es un hecho particular cometido por una persona determinada y por ello se ubica en la dimensión fáctica del problema. Di-

²² Ponente: Olga Islas de González Mariscal.

ferente es la dimensión a la que pertenece el tipo, pues en su calidad de descripción general y abstracta, se ubica en el ámbito normativo. Nos encontramos ante dos mundos diferentes. Distinguirlos y ubicarlos en su exacta dimensión, mediante la distinción de niveles de lenguaje, es uno de los logros del modelo lógico del derecho penal.

La catedrática de derecho penal dejó muy claros los distintos niveles de análisis en que se fundamenta el modelo: en el primero se ubican las acciones y omisiones consideradas como relevantes por el legislador (nivel prejurídico). En el segundo nivel se ubican las normas penales generales y abstractas generadas por el legislador (nivel normativo general y abstracto). En el tercer nivel se sitúan los delitos, descritos, prohibidos y conminados con una consecuencia jurídica (nivel fáctico particular y concreto con un significado jurídico penal). En el cuarto nivel se ubican las consecuencias jurídicas del delito (nivel normativo particular y concreto). Finalmente, en el quinto nivel, se ubican las consecuencias jurídicas del delito, pero en su calidad de ejecución de las normas penales particulares y concretas (nivel fáctico particular y concreto).

Para comprender el modelo lógico, señaló la doctora Olga Islas, es importante conocer el contenido de cada uno de los niveles. Dicho conocimiento logra configurar un andamiaje crítico bien consistente de cara a la solución de problemas. Así, por ejemplo, en el primer nivel, que es el referente a las conductas antisociales, debe comprenderse que el ser humano siempre tendrá dos posibilidades: intervenir o no intervenir en el mundo que le rodea, es decir, en su entorno que está integrado, entre otras cosas, por bienes jurídicos.

El segundo nivel, el de las normas penales, exige al legislador la generación de normas con base en cuatro principios básicos del derecho penal: legitimación, racionalidad, ponderación y legalidad. Conforme a esto, aquella norma que no considere los postulados señalados, quebrantaría las garantías del autor del hecho y generaría conflicto en el recorrido que se lleva al cabo a través de los siguientes niveles.

El tercer nivel es el de los delitos. Éste debe entenderse como un hecho que se verifica en la dimensión fáctica. Para constituirse como tales, es decir, como delitos, éstos tienen que cumplir con la exigencia de tipicidad. Este es un requisito, pero no es suficiente para calificar a una acción u omisión como delito, pues se requiere además de la culpabilidad.

Así, conforme a esta concepción, la doctora Olga Islas definió al delito como “la culpable concreción del tipo penal”.

Posteriormente, en el cuarto nivel, se ubican las consecuencias jurídicas del delito (puniciones). Un dato muy importante que se desprende de la exposición de la investigadora y catedrática del Instituto de Investigaciones Jurídicas, es el que establece la finalidad preventivo-general de la pena, la cual debe ser proporcional a la magnitud de la culpabilidad.

El modelo lógico matemático culmina con el quinto nivel. Es aquí donde se ubican las penas en su calidad dimensión fáctica. Esta es, entonces, una instancia ejecutiva que encuentra su fundamento en la sentencia dictada por el juez. La creadora del modelo afirmó de forma contundente: la finalidad de la pena es, de forma definitiva, la prevención especial. Y esto resulta de vital importancia, pues conforme a esta concepción de la pena, se salvaguardan los derechos del condenado ante la instrumentalización que de él se hace con base en la doctrina tradicional. Ello resulta de los mensajes preventivo-generales que algunos jueces pretenden efectuar a través de la individualización punitiva, atentando así en contra de uno de los valores más importantes del Estado constitucional: la dignidad del ser humano.

El modelo lógico del derecho penal muestra así su consistencia teórica, pero también su visión humanista, pues se traduce en un sistema bien definido en sus contornos y respetuoso de un derecho penal mínimo. Esta es una visión acorde a nuestros tiempos, donde el Estado protege bienes jurídicos pero salvaguarda también los derechos fundamentales del hombre. Así podría definirse, en pocas palabras, el modelo creado y expuesto por la doctora Olga Islas de González Mariscal, una de las penalistas más representativas de nuestro país en todos los tiempos.

*Transferencias ilícitas de recursos depositados en bancos*²³

Con la experiencia, conocimiento y dinamismo que le caracterizan, el doctor Jesús Zamora Pierce inició su ponencia de forma contundente: todos los que estamos aquí presentes somos víctimas del blanqueo de capitales. Y es que, afirmó el miembro de la Academia Mexicana de Ciencias

²³ Ponente: Jesús Zamora Pierce.

Penales, las cuantías vinculadas a esta actividad ilícita ascienden a miles de millones de dólares y causan perjuicios patrimoniales de grandes dimensiones.

Debido a la importancia que esta temática tiene en un mundo globalizado, resulta indispensable entrar al análisis de nuevos conceptos que se han generado y que hoy impactan en el sistema de justicia penal. Así, las nuevas tecnologías han creado, por ejemplo, el término de “firma electrónica”, el cual ha sido ya asumido a través de reformas implementadas en diversas legislaciones. Pero esto significa también, señaló el catedrático de derecho penal, la comisión de nuevas conductas delictivas: uso indebido de claves, robo de sellos o de la propia firma electrónica, por ejemplo.

Algunas otras hipótesis ilícitas que se han generado debido a las nuevas tecnologías son aquellas vinculadas a Internet. Así, por ejemplo, se utilizan *softwares* especiales para acceder a las computadoras de clientes bancarios, para obtener archivos informáticos e incluso para robar la identidad del verdadero titular. Todos estos son problemas que debe enfrentar un derecho penal moderno, y que sin duda impactan desde la propia categoría de tipicidad.

Así, por ejemplo, en el caso del tipo penal de robo se han detectado algunos problemas prácticos a escala de la comprobación del elemento “apoderamiento”. Por su parte, también el fraude genérico presenta algunas cuestiones de compleja comprobación, como el engaño o el aprovechamiento del error. Incluso, en torno al fraude específico comienzan a plantearse algunas dudas sobre su constitucionalidad y que podrían afectar la persecución de esta modalidad delictiva.

En suma, sostuvo Zamora Pierce, las nuevas tecnologías constituyen un gran reto para las ciencias penales, pues éstas deben generar esquemas para prevenir y sancionar el blanqueo de capitales con instrumentos modernos. Todo parece indicar que nuestro derecho penal no está preparado para hacer frente a estos nuevos retos, de ahí que congresos como éste, celebrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, sean un medio extraordinario para debatir acerca de la indispensable evolución que debe verificarse en nuestro derecho penal.

MESA IX²⁴
DERECHO PENAL SUSTANTIVO

*Error sobre los presupuestos objetivos de justificación*²⁵

El doctor Javier de la Fuente planteó las diferentes soluciones que da la dogmática al error sobre los presupuestos objetivos de justificación. Expuso las soluciones dadas por las viejas concepciones del error, a las que critica por no resolver adecuadamente estos casos ya que siempre excluyen el dolo, lo que, desde su punto de vista, no es satisfactorio. Es partidario de la teoría final de la acción de Welzel y señala que la solución a estos casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, se encuentra en las teorías subjetivistas y particularmente en la “teoría estricta de la culpabilidad”, ya que ésta afirma que en estos casos siempre se presenta el dolo por haber una conciencia sobre la ilicitud de su actuar y por tanto debe ser tratado como error de prohibición.

*Consideraciones críticas sobre la teoría de la imputación objetiva: el cuidado objetivamente debido como base del delito imprudente*²⁶

El doctor Sandro Fabio Abraldes hizo dos clases de críticas a la teoría de la imputación objetiva: las críticas metodológicas y conceptuales. Entre las críticas metodológicas se destacan las siguientes: i) no es una teoría, porque no es un cuerpo armónico de proposiciones teóricas homogéneas, sino un grupo de solución de casos; ii) hay tantas teorías de la imputación objetiva como autores que las sostienen. Entre las críticas conceptuales, se destacan: i) el concepto del riesgo es indeterminado e impreciso; ii) no precisa esta teoría qué es lo que se prohíbe, si el resultado o la realización del peligro, Considera que es imposible determinar el riesgo sin atender a lo subjetivo, al dolo pues el contenido de voluntad es un dato necesario para la imputación, tal y como lo señaló la teoría de la acción final de Welzel.

²⁴ Celebrada el 21 de junio de 2006; moderador y relator: Raúl González-Salas Campos.

²⁵ Ponente: Javier Esteban de la Fuente.

²⁶ Ponente: Sandro F. Abraldes.

*Tratamiento jurídico-penal de la violencia intrafamiliar.
Elementos de derecho comparado y de política criminal*²⁷

La doctora hizo un estudio sobre el tratamiento jurídico penal de la violencia intrafamiliar, con elementos de derecho comparado y de política criminal. Señala que la violencia se debe ver dentro del ámbito personal, sobretodo cuando es en contra de niños y mujeres. Los artículos 40. constitucional y el 16 de la Declaración de los Derechos del Niño, establecen que el Estado tiene la obligación de preservar la paz en la familia. Para preservar este bien jurídico se debe hacer uso del derecho penal, pero esto no es suficiente, por lo tanto, es necesario recurrir a otros medios de control.

La doctora apuntó que la antijuridicidad del delito de violencia intrafamiliar está trazada en la contravención a la paz en el ámbito familiar, lo cual constituye un problema global de salud pública como lo han sostenido comisiones y organismos nacionales e internacionales de derechos humanos.

*El tipo subjetivo en el delito imprudente*²⁸

La doctora Roxana Piña realizó un estudio sobre el delito imprudente. Ella señala que la utilidad práctica de definirlo, consiste en que no debe abrir la puerta para permitir la entrada a la irracionalidad o a la ilegalidad. Critica que existen conductas que entran al tipo imprudente cuando no debería ser. Critica que en Argentina son muchos los accidentes de tránsito que son tratados a través del delito imprudente.

Asimismo, se analizó que la tipicidad del delito culposo tiene dos elementos: i) la verificación del resultado y ii) que se pueda imputar el mismo al autor como obra de éste. Respecto al deber de cuidado, dice que éste se debe analizar desde una perspectiva tanto objetiva como subjetiva en la tipicidad. Es partidaria de la teoría final de la acción de Welzel, diciendo que esta teoría trató correctamente la culpa conciente e inconciente.

²⁷ Ponente: Silvia Patricia López González.

²⁸ Ponente: Roxana Gabriela Piña.

*Consideraciones sobre narcotráfico y consumo de drogas*²⁹

En su interesante exposición, el doctor Tenorio Tagle señaló que es partidario de la legalización de las drogas, entendida éstas deben tener otro tipo de controles sociales sin la intervención del derecho penal. Analizó argumentos sociológicos a favor y en contra de la legalización, e indicó que la gran mayoría de ellos son falaces.

Además puntualizó que los abolicionistas del derecho penal en los años sesenta del siglo pasado, dieron argumentos muy interesantes aunque falaces. Entre estos aquellos que afirman que el derecho penal no ha cumplido con sus objetivos, ni de prevención general, en su aspecto positivo y negativo, ni de prevención especial. Basta ver la población carcelaria en los países donde se sanciona con pena los delitos de narcotráfico para constatar que el derecho penal no previene el delito, sino, por el contrario, ayuda a que cada día avance más. Si se legalizaran las drogas, desaparecería el mercado negro y el crimen organizado.

También estableció que el punto de partida para fundamentar la legalización de las drogas se encuentra en la posición filosófica de Stuart Mill, en el sentido de que cada quien tiene el derecho soberano de hacer con su cuerpo lo que quiera, y si quiere dañarlo al consumir drogas, está en su derecho de hacerlo. La sociedad no debe tener temor a la libertad de conciencia y el derecho a la salud por ser un derecho humano de segunda generación es renunciable.

*Enjuiciamiento de crímenes internacionales en el nivel nacional e internacional: entre justicia y Realpolitik*³⁰

Lamentablemente, el doctor Kai Ambos no pudo asistir al Congreso, pero tuvo la amabilidad de mandar su ponencia para que el moderador de la mesa la leyera. El trabajo del doctor consistió en el enjuiciamiento de crímenes internacionales por parte de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI).

Se planteó que desde que entró en vigor el Estatuto de la CPI, el 1o. de julio de 2002 hasta el 1o. de febrero de 2006, se han recibido 1732 comunicaciones de 103 Estados diferentes reportando crímenes en 139 países y solamente en tres casos se ha abierto una investigación formal:

²⁹ Ponente: Fernando Tenorio Tagle.

³⁰ Ponente: Kai Ambos.

a) Uganda y la República Democrática del Congo; b) Darfur y Sudán; c) un tercer Estado de la república Centro Africana, pero ninguna de estas tres investigaciones fueron abiertas ejerciendo la facultad *motu proprio* otorgada al Fiscal de la Corte.

Se cuestionó por qué el fiscal argentino Luis Moreno Ocampo no ha invocado su derecho expícito de investigar *motu proprio* no obstante la gran cantidad de comunicaciones recibidas por la CPI. Planteó el caso de Colombia sobre el conflicto armado entre insurgentes, las fuerzas armadas oficiales y paramilitares, en el que miles de civiles fueron asesinados, torturados, y desaparecidos, después del 1o. de octubre de 2002, fecha en que entró en vigor el Estatuto para Colombia. En este respecto, se indicó que la respuesta está vinculada a los factores de *Realpolitik*, que es uno de los temas centrales de su ponencia, haciendo consideraciones sobre la falta de cooperación internacional por parte de los Estados para iniciar las investigaciones.

Además se puntualizó que derecho penal internacional se puede hacer cumplir por las cortes penales internacionales o indirectamente por las cortes nacionales, solo si los tribunales internacionales tienen facultades *supranacionales* para hacer cumplir sus propios actos y decisiones y esto ha sucedido solo en algunos casos: los tribunales de Nüremberg, Tokio y el de Irak.

Por último se apuntó que como regla internacional los tribunales internacionales dependen de la cooperación de los países, para llevar el proceso y ejecutar las sentencias, pues son *una cabeza sin brazos*.

MESA X³¹

DERECHO PENAL SUSTANTIVO RELATORÍA GENERAL

En el Congreso Internacional de Derecho Penal y VII Jornadas sobre Justicia Penal desarrollado en el marco de los Congresos sobre Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados organizados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, los trabajos de la Mesa X denominada *Derecho Penal Sustantivo*, coordinados por Raúl Plascencia Villanueva, investigador mexicano de dicho

³¹ Celebrada el 21 de junio de 2006; moderador: Raúl Plascencia Villanueva; relator: Luis García López Guerrero.

Instituto y Primer Visitador de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se desarrollaron el miércoles 21 de junio de 2006 de las 17:00 a las 21:15 horas, impartándose las siguientes conferencias por connotados especialistas mexicanos y extranjeros: La actual orientación político-criminal del Código Penal Español por José Cerezo Mir de España; Autonomía de la voluntad, bien jurídico y norma por Edgardo Alberto Donna de Argentina; el rol del derecho penal en casos de violencia colectiva. Un enfoque especial con relación a la función y a los fines de la pena por Jan Michel Simon, Alemania; La normativización del tipo objetivo y subjetivo por Enrique Díaz Aranda, y Derecho penal del enemigo en México por Miguel Ángel Mancera Espinosa, estos dos últimos maestros mexicanos.

En cuanto a la orientación político criminal del Código Penal Español, el doctor José Cerezo Mir tuvo una muy cumplida intervención en la que realiza diversos planteamientos la prevención general negativa con fines de una mera intimidación, al polémico tema de la multireincidencia como nueva agravante para hacer frente a delincuencia habitual; precisando como ésta no puede resolverse sobre la base de una agravante, sino que pudiera por la vía de las medidas de seguridad privativas de libertad. Hace referencia a la conveniencia del internamiento en los centros de custodia, cuando no es factible su internamiento en un centro de terapia social, haciendo referencia también al discutible criterio de la aplicación retroactiva de las medidas de seguridad y en torno a si resulta esta aplicación contraria al principio de irretroactividad ya l de *non bis idem* cuando las mismas no han sido previstas en la sentencia.

En cuanto a la intervención del doctor Edgar Alberto Dona sobre el tema de la autonomía de la voluntad, bien jurídico y norma, deja muy claro que no se puede pensar en una dogmática penal de la ley si no se hace referencia de los derechos humanos, haciendo ver como un juez que se ausenta del criterio dogmático y se ausenta del esquema de los derechos humanos estará con toda certeza en el ámbito de la arbitrariedad. El doctor Dona se refiere también al sistema de la imputación y como tiene su esencia en la rendición de cuentas, en el responder pero respecto a la ley. La imputación implica un juicio de atribución a alguien en virtud de su acción voluntaria en tanto sea señor de la causa lo califica el doctor Dona, lo que implica algo contrario a lo que proponen algunos autores en la moderna tendencia del derecho penal como la denominan, a partir

de la teoría del riesgo que no es otra cosa, precisa el doctor Dona, sino querer solucionar con el derecho penal problemas que podrían ser ajenos a este ámbito, y en esta pretendida solución surge este denominado derecho penal del enemigo, un derecho penal que trata de reducir la condición del ser humano y por supuesto sustraerlo de las fórmulas tradicionales concebidas en un Estado democrático de derecho.

Jan Michel Simón, analiza el rol del derecho penal en casos de violencia colectiva, a partir de las situaciones ordinarias, plantea cómo se puede arribar en todo caso a un derecho penal ante un problema de post conflicto, y cómo el derecho penal suele ser utilizado como un medio de control social a cambio de seguridad para la propia sociedad, señalando algunos ejemplos entre ellos el caso de Ruanda y como es que el derecho penal se ha utilizado de una manera meramente retributiva, y se pregunta ¿qué hubiera sucedido si se hubiera utilizado de otra manera el derecho penal, la conclusión parecería ser que el uso utilitario del mismo hubiera traído quizás las mismas consecuencias. El derecho penal también señala el doctor, suele estar en generalmente en manos del vencedor tratándose de un conflicto, de tal manera que en este caso se aplicará como una especie de colonialismo, aplicándolo así hacia los no civilizados como si es que se les tratara de civilizar. En cuanto a la violencia colectiva, precisa el doctor Jan Michel Simón que es común que se le identifique con las que actualmente se denominan nuevas guerras, las cuales no se refieren al conflictos de dos estados sino propiamente a problemas de violencia colectiva dentro de un propio estado.

La conferencia a cargo del doctor Enrique Díaz-Aranda sobre la normativización del tipo objetivo y subjetivo, planteó una muy amplia y precisa explicación sobre los elementos del tipo penal y en particular sobre los efectos de un tipo normativo ante casos concretos y específicos como los que él ha expuesto de una manera tan adecuada.

El doctor Miguel Ángel Mancera Espinosa en su magnífica exposición sobre el Derecho penal del enemigo en México, precisa que este derecho penal lleva implícito un sentido más autoritario y un relajamiento de las estructuras tradicionales del sistema de justicia penal. Hace ver cómo se plantea una especie de guerra contra los delincuentes, pero una guerra que evidentemente supone la disminución de los derechos y de las garantías individuales de los vencidos, hace la diferencia entre la corriente que lo concibe como un derecho penal de excepción que se pre-

senta frente a un derecho penal ordinario, y la que lo presenta como un derecho más. Habrá que distinguir dice el doctor Mancera entre dos tipos de derecho: el derecho penal ordinario que estamos acostumbrados a operar, y por otra parte el derecho penal del enemigo o un derecho penal de excepción con figuras distintas, con penas elevadas, con un marcado derecho penal de autor como la orientación característica del mismo y nos pone como ejemplo de todo ello la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de México y las nuevas fórmulas y tipos penales que se introducen en la misma.

*La actual orientación político-criminal del Código Penal Español*³²

El doctor Cerezo Mir considera que no podemos aferrarnos a una postura de rechazo de cualquier modificación a aumentar la eficacia en la lucha contra el delito, asegura que hay que mantener las garantías y los principios esenciales sin ignorar las exigencias de la seguridad ciudadana, ya que los penalistas y científicos en Europa, aquí y en todo el mundo al hablar en público encuentran un rechazo o una incomprensión de la opinión pública, asegura que no suscribe la tendencia de la elevación continua de las penas, sin embargo considera que este fenómeno debe ser enfrentado, encauzado y moderado.

Presenta un panorama general, señalando que en el año 2003 se reformó el Código Penal Español, mediante tres leyes orgánicas: la Ley del 30 de junio sobre medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la Ley del 29 de septiembre de medidas concretas en materia seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y la Ley del 25 de noviembre por la que se modificó muy ampliamente el Código Penal en muy diversos aspectos, asegurando que dichas leyes respetaron la estructura y los principios fundamentales del Código pero introdujeron muchas reformas y modificaron su orientación político-criminal.

Refiere el doctor Cerezo Mir que en la parte general del Código, las reformas tratan de aumentar la eficacia de la pena, afectan las consecuencias del delito, las penas y medidas de seguridad y al tratamiento de los delincuentes habituales y peligrosos. Hace ver cómo en España el Cód-

³² Ponente: José Cerezo Mir.

go Penal de la Democracia de 1995 es sustituido por el Código Penal de la Seguridad. Límite máximo en concurso real de delitos en dos supuestos, el de terrorismo o cuando pertenezca a organizaciones criminales se eleva el máximo de la pena de prisión a 40 años. A juicio del doctor Cerezo Mir aunque se trate de delitos graves, la duración penal es excesiva ya que afirma que en la moderna ciencia del derecho penal se considera que el cumplimiento de una pena privativa de libertad de duración real superior a quince años puede producir un grave deterioro de la personalidad del recluso, por lo que una pena de prisión de 32 o 35 años, término al que se reduciría la de cuarenta años con ciertos beneficios, es contraria al artículo 15 de la Constitución Española que prohíbe las penas inhumanas.

Agrega que en la misma línea de incrementar la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general negativa, concebida como mera intimidación, la reforma se fundamenta no en la gravedad de la conducta sino en la habitualidad del delincuente; con un criterio de peligrosidad se establecen reglas de medición de la pena introduciendo una nueva agravante por multireincidencia, cuya legitimidad el doctor Cerezo Mir pone en tela de juicio, ya que la pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad y la peligrosidad del delincuente no puede fundamentar una agravación de la pena sino la imposición de una medida de seguridad. Agrega que en el 2003 con el establecimiento de la democracia en España se suprime la agravación extraordinaria de la pena para los reincidentes.

Sin embargo en cuanto a la reincidencia específica manifiesta que suele ser mayor la culpabilidad que en la reincidencia genérica, no solo de la antijuridicidad, sino de la punibilidad, ya que según el maestro el conocimiento seguro de la antijuridicidad, de la punibilidad, la advertencia implícita en la sentencia condenatoria y el haber recibido un tratamiento tendiente a conseguir la reinserción social, determinan un aumento de la capacidad de autodeterminación conforme al sentido conforme a la norma.

En cuanto a la lucha contra la delincuencia habitual y peligrosa de criminalidad grave el expositor precisa que hay que llevarla a cabo mediante medidas de seguridad, como son las medidas privativas de libertad, carentes en el Código penal español de 1995, lo que considera uno de sus mayores defectos. Precisa que la medida en un centro de internamiento

de terapia social, pretende conseguir la cooperación activa de los delinquentes en su proceso de readaptación para desarrollar en ellos la voluntad y capacidad de llevar una vida sin conflictos con la ley penal a través de métodos psiquiátricos, psicológicos y pedagógicos. Cuando esto no es satisfactorio sugiere la inclusión en la legislación penal española de una medida de seguridad consistente en el internamiento en un centro de custodia como medida para hacer frente a la delincuencia habitual y peligrosa de criminalidad grave, la que califica de preferible a la ampliación desmesurada de los límites máximos en el cumplimiento de las penas privativas de libertad en la regulación de concurso real de delitos, sin embargo rechaza la imposición de esa medida de seguridad a posteriori, es decir cuando esta posibilidad no está prevista en la sentencia condenatoria.

*La imputación como base del sistema penal*³³

Precisa que la imputación es un término conceptual genérico mayor de la dogmática penal, y sus reglas la única posibilidad de que la igualdad y los derechos humanos puedan existir, ya que un juez que no tenga un sistema dogmático aplicará el criterio propio, precisa que el acto se imputa al acto del sujeto razonado pensado y querido o imputa a hechos de los dioses o de la suerte, por lo que considera que el derecho llamado post moderno, intenta imputar el acto concebido como jurídico penal a la suerte. Afirma que el actual dilema es considerar al derecho penal como la solución de todos los problemas existentes de la persona, lo cual causa problemas y molestias tanto a la vida de los que lo sufren como la de los que acusan.

El doctor Donna precisa que este derecho penal en lugar de imputar al sujeto que realiza el hecho trae la idea de que hay que imputar a la raza, a la religión a la peligrosidad, a la etnia o en ultimo caso por razones de prevención a la razón de estado, citando como ejemplo de estas medidas extremas a la dictadura de Stalin, Nacional Socialismo en Alemania, la dictadura de Mao Tse-tung, la inquisición, actualmente tenemos en esta línea al derecho penal del enemigo.

³³ Ponente: Edgardo Alberto Donna.

Explica que el sistema de imputación, tiene que ver con la idea de rendición de cuentas respecto a la ley escrita ya que la imputación está relacionada con la obligación de reparar o sufrir la pena que se puede situar bajo el término de la retribución. Imputar, precisa el doctor Donna es atribuir a alguien una acción reprobable, una falta, una acción confrontada y previa a una obligación o una prohibición que esta acción infringe.

En este sentido considera que la acción le será imputada al hombre en la medida en que haya podido dirigirla, debe depender de su voluntad para que se lleve o no a cabo. No se le puede tratar de autor o causante de la acción a un sujeto en cuanto no sea señor de sí mismo, ni de la causa, por lo que el doctor Donna califica de lejana la noción del nuevo concepto del riesgo.

Se pregunta ¿qué ha pasado para que digamos que lo que importa ahora es el riesgo, para que los tribunales apliquen retroactivamente las medidas y las penas, para querer solucionar todos los problemas de la vida del sujeto con el derecho penal?, lo cual califica como un absurdo, pronosticando que quien lo intente, terminará mal como terminaron todas estas aventuras, citando como ejemplo los setenta millones de muertos de Mao que terminaron su vida por una razón preventiva, a manos del Estado el cual coincide en definir como lo hace Jobes, como un sujeto que no tiene límites.

Actualmente, precisa el doctor Donna, se amplió la responsabilidad, se rompieron esos límites, este es el derecho del terrorismo, del aumento de la criminalidad, de los delitos económicos, de la delincuencia organizada, del medio ambiente. La respuesta del derecho penal moderno basado en el riesgo, orientadas cada vez más a la víctima con finalidad preventiva, justifica todos los medios de intervención estatal, como la inclusión de que quien es sospechoso, puede ser responsable.

Concluye el doctor Donna su exposición manifestando que el delincuente es un enemigo y el enemigo no tiene leyes, al enemigo se le destruye. La inseguridad general, agrega, se concentra en el miedo, las personas criadas en la cultura de la alarma y los artefactos contra el robo son partidarios de las condenas penitenciarias, entre más prolongadas mejor, se devuelve a la lógica el caos de la existencia. Según el expositor, se han roto las reglas de imputación básica, ahora se imputa el riesgo, y quien está detrás del riesgo, señala hay que ponerle una pena, que se quede adentro y que se pudra porque es considerado un enemigo.

*La función del derecho penal en casos de violencia colectiva: algunas consideraciones sobre los objetivos y fines del derecho penal en situaciones de posconflicto*³⁴

El doctor Simon presenta las condiciones y papel del uso del derecho penal en circunstancias sociales ordinarias, así como la explicación convencional para utilizar el derecho penal en sociedades de post conflicto, destacando la inconveniencia de la aplicación de este tipo de medidas ante situaciones de violencia colectiva.

Precisa que la principal función de la institucionalización central en la definición de implementación de normas penales es alcanzar la estabilidad y la conformidad en el comportamiento social, por lo que califica al derecho penal como un medio de control social dotado de poder para garantizar esos fines, ofreciendo seguridad como condición previa de la libertad tanto para las personas que se conforman con las normas como para las que no se conforman con las normas.

El doctor Simon observa que en contraste con un enfoque utilitarista del uso del derecho penal y por lo tanto de su justificación, la dogmática neokantiana estadounidense señala que la retribución es la única base moral sostenible para imponer sanciones criminales en individuos libres como parte de una sociedad liberal.

Agrega que teóricos alemanes han adoptado una tercera posición llamada de prevención general positiva, situada entre la posición retribucionista y la consecuencialista, colocando como el primer objetivo del derecho penal no al control sino el mantenimiento de la norma a pesar de una realidad decepcionante, la cual considera el ponente que debe ser clasificada como una posición retributiva porque lo que pretende es defender el ordenamiento jurídico contra los que lo desafían. Sin embargo considera que las posiciones retribucionistas y consecuencialistas son relevantes para responder a la pregunta sobre el merecimiento del castigo y la medida del mismo, pero no son decisivas, agrega, para la utilización del derecho penal por sí mismo.

El doctor Jan Michel Simon manifiesta que el control del comportamiento social por lo que toca a la utilidad práctica del derecho penal se debe realizar a través de la intimidación, del tratamiento y de la incapacitación.

³⁴ Ponente: Jan-Michel Simon.

Los argumentos para el uso del derecho penal en situaciones de post conflicto, de acuerdo al punto de vista del ponente, no toman suficientemente en cuenta que los fenómenos de la violencia colectiva difieren significativamente de la criminalidad tratada en circunstancias sociales ordinarias, ya que las condiciones cognitivas, sistémicas y de la conducta no pueden ser tratadas en el contexto de la violencia colectiva. Afirma el doctor Simon que el uso del derecho penal en circunstancias ordinarias no necesita argumentos teóricos sofisticados ni de pruebas empíricas para demostrar su eficacia, pero que sin embargo esta situación cambia cuando el monopolio de poder efectivo no se encuentra disponible y la aprobación y aplicación de normas penales posiblemente son más un asunto de razones diplomáticas que el producto de una cultura jurídica o de instituciones democráticas.

Al hacer referencia al proceso seguido en contra de Adolfo Eichman, calificado por Hannah Arendt como un hombre casero burgués, así como a los maestros, hombres de negocios y otras personas ordinarias procesadas a lo largo de la historia afirma el doctor Simon, que el llamado hombre razonable definitivamente puede participar activamente en violencia colectiva ya sea o en el plano programático o en la realización del plano.

Precisa que otra función del derecho penal en situaciones sociales ordinarias es su función integradora generando solidaridad entre las personas que se conforman con las normas contra los no conformes. Se refiere a la selectividad como uno de los principales problemas del uso del derecho penal en general y como una dificultad para establecer una base sólida para el uso del derecho penal como una forma de hacer frente a la violencia en conflicto de gran escala. En delitos como el genocidio con una clara naturaleza colectiva es evidente la limitación de utilizar explicaciones convencionales para el derecho penal como si se tratara de crímenes ordinarios, en ese sentido se refiere al conflicto de Ruanda, en el que derivado del genocidio de 1994 dicho gobierno optó por una respuesta retributiva, estrategia que costó miles de vidas humanas, sin embargo al preguntarse el doctor Simon si se hubiera optado por una estrategia selectiva de castigar solamente a los individuos más salvajes probablemente los resultados también hubieran sido problemáticos a la luz de las explicaciones utilitaristas del derecho penal. La selectividad sobre la intimidación tiene un efecto desgastador que consiste en la posibilidad de ser atrapado más que el riesgo de sufrir sanciones criminales.

Señala que las inconsistencias en los argumentos que intentan explicar el uso del derecho penal en situaciones sociales ordinarias se multiplican exponencialmente cuando son transferidas por analogía para explicar el uso del derecho penal para enfrentar violencia colectiva. También se ha referido el doctor Simon a la posibilidad de castigar asesinos colectivos, subrayando que un derecho penal que se declara ser un asunto del mundo tiene que velar por los intereses del mundo, precisa que la violencia colectiva está conectada a fenómenos que a menudo se etiquetan como guerras nuevas, frecuentemente motivo del consejo de seguridad de naciones unidas y de sus resoluciones que hacen referencia a la jurisdicción penal internacional para crímenes bajo el derecho penal como el caso de Sudán de marzo de 2005. Las guerras nuevas son conflictos que surgen entre una determinada sociedad y no entre estados nacionales caracterizados por la privatización y asimetría de la violencia basada en la movilización étnica y cultural, en este contexto el establecimiento ad hoc de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda fue declarado una contribución al proceso de reconciliación nacional y al la restauración y al mantenimiento de la paz, concluyendo el conferencista que paz y reconciliación no es un buen argumento para justificar el uso del derecho penal en casos de violencia colectiva.

*La normativización del tipo objetivo y subjetivo*³⁵

Afirma el doctor Díaz-Aranda que todas las conductas penalmente relevante deberían estar claramente establecidas en el tipo penal. Agrega que cualquier conducta considerada como típica está claramente descrita literalmente en la ley penal. Precisa que en ocasiones el tipo subjetivo ya no depende de cuestiones de intención como lo señala Hans Welsel, o por cuestiones de representación de acuerdo a Franz Von Litz, sino que todo se delimita de manera normativa.

El doctor Díaz-Aranda considera que el principio de legalidad no puede seguirse sustentando en los términos planteados después de la revolución francesa en el sentido de que cualquier conducta que era considerada penalmente relevante tendría que ser descrita en una ley emitida por el congreso, lo que a fines del siglo XVIII representó un gran avance poner límites al poder de los señores feudales y reyes, pero que sin embar-

³⁵ Ponente: Enrique Díaz Aranda.

go en la actualidad este principio de legalidad planteado en el artículo 14 constitucional no puede seguirse sustentando en esos términos, porque en ocasiones la conducta penalmente relevante no está descrita y porque en otras estando descrita nos preguntamos si verdaderamente debe ser sancionada.

Sostiene como primer punto de análisis que en la actualidad la conducta típica tiene que estar determinada por elementos normativos, objetivos y subjetivos, y plantea una serie de interrogantes cuando la conducta realizada por el sujeto activo es exactamente la descrita en el tipo penal pero algo nos dice que esa conducta no debería considerarse ilícita, si siempre se debe aplicar el texto de la ley penal, en relación a cómo se interpretan los tipos penales y a la función de los elementos normativos del tipo entre los que están los elementos jurídicos de imputación. Para Díaz-Aranda una correcta aplicación de la ley depende de determinar claramente qué bien jurídico quiso proteger el legislador.

En ese sentido asegura que cuando a pesar de que la conducta es idéntica a la descrita en el tipo penal, si el bien jurídico que pretendió proteger el legislador con ese precepto, no se ha lesionado y ni siquiera se ha puesto en peligro, el fin de protección de la norma no era sancionar esa conducta objetivamente realizada desde el punto de vista normativo, por lo tanto, según su criterio, no se puede imputar un resultado desde el punto de vista normativo y esa conducta debe quedar fuera del radio de prohibición de la norma y no se puede considerar una conducta típica.

El tipo objetivo se está viendo delimitado por criterios normativos, como son los criterios de imputación

La segunda reflexión que ocupa al doctor Díaz-Aranda en su exposición es el supuesto de que la conducta realizada por el sujeto activo no está descrita en ningún tipo penal, pero sí debe calificarse como ilícita, cuando por elementos normativos que presentan una omisión de cumplimiento de una norma administrativa puede vincularse con un delito.

En tercer lugar plantea la hipótesis de una conducta realizada por el sujeto activo que no sólo es la descrita en el tipo penal, sino también ha tenido la intención de lesionar el bien jurídico tutelado, cubriendo con esto el subjetivo necesario, pero, aunque objetiva y subjetivamente, se pueda confirmar su tipicidad, no se puede sostener su prohibición, desde el punto de vista del expositor.

Como cuarto problema se refiere al sujeto que ha provocado un resultado de lesión de un bien jurídico tutelado sin haberse representado mentalmente tal situación y, sin embargo, se debe considerar su conducta como prohibida.

Su conferencia fue enriquecida con ejemplos sobre casos verídicos en los cuales los argumentos de los abogados han sido basados en estas reflexiones y fundamentos normativos que en ocasiones no corresponden al ámbito penal, aunque en estos casos concretos su aplicación sí lo sea.

*¿Derecho penal del enemigo en México?*³⁶

El doctor Miguel Ángel Mancera expone la teoría de Jacobs sobre el derecho penal del enemigo y su aplicación en México, al que califica como un tema polémico enfrentamientos entre grandes pensadores del derecho penal actual. De acuerdo al autor, así bautiza Jacobs a la forma especial de reaccionar del estado para estructurar el *ius puniendi*. El doctor Mancera señala que este derecho se ha tildado como un modelo de derecho en estados autoritarios, y que, sin embargo, hay quienes afirman que el estado autoritario en la aplicación del derecho penal es una obviedad porque todo el derecho penal trabaja con violencia. A su juicio el derecho penal del enemigo es un derecho más autoritario, más violento y relajado en varias de sus estructuras.

Expone como las características principales de este derecho en la estructura de Jacobs, el adelantamiento en la línea de defensa al llegarse a sancionar actos preparatorios, justificándola a través de la idea de seguridad cognitiva; la desproporcionalidad de la pena la cual es mayor respecto de conductas que aún no entran en la fase ejecutiva; la consideración de una legislación de lucha, de guerra o de combate, y por último una notable reducción de garantías procesales.

Señala el doctor Mancera Espinosa que Jacobs justifica la aplicación de este derecho a sujetos que por su tenacidad de vulnerar la ley son no personas, considerando que en la sociedad hay personas, que son quienes cumplen con deberes dados por la norma e individuos, quienes no cumplen con sus deberes y obligaciones.

³⁶ Ponente: Miguel Ángel Mancera Espinosa.

Esto hace suponer según el doctor Mancera que existan derechos diferentes, el derecho penal ordinario aplicable a las personas, caracterizado por una dogmática clara, un fin preventivo de la pena, y una serie de garantías establecidas y el derecho penal del enemigo que se aplica al individuo, relacionado con la regulación de delitos económicos, terrorismo, narcotráfico y delincuencia organizada.

Señala el doctor Mancera que la misión del derecho penal del enemigo es lograr alcanzar una seguridad cognitiva, es decir, crear seguridad hacia los demás ciudadanos y la recobrarán en tanto se logre apartar, excluir de la sociedad, a aquellos que de manera sistemática transgreden las normas de convivencia. En tanto la justificación del derecho penal del enemigo está en la ausencia de alternativas a esta forma de derecho de combate de los enemigos que no pueden, ni quieren porque han hecho del delito una forma de vida, lo que orilla al Estado a buscar formas jurídicas que puedan garantizar una reacción acorde al comportamiento de esos delincuentes.

Plantea como diversos maestros objetan la tesis de Jacobs al señalar que el derecho penal del enemigo es un derecho penal excepcional derogador de los principios del derecho penal liberal, y de los principios básicos del derecho penal de un estado de derecho, que se trata de un sistema social que excluye a un determinado grupo de hombres de la distribución de bienes y de un ejercicio igualitario de derechos y libertades, que se trata de un mero gestor de obediencia por la vía de la muerte civil y penal, que no busca reprimir sino suprimir a los disidentes, encontrando grupos de guerrilla tales como ETA.

En México, dice el doctor Mancera el derecho penal del enemigo es una tendencia de política criminal, y un claro ejemplo es la regulación constitucional que restringe garantías a los miembros de la delincuencia organizada y la propia Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, orientada no a fines preventivos, sino a emprender una lucha, una batalla en contra de los que considera como diferentes de los ciudadanos normales, y priva de garantías procesales, imponiéndoles penas excesivas por actos preparatorios, con el simple acuerdo para organizarse, duplica los plazos de prescripción para sus destinatarios, se establece que la retención de los indiciados puede prolongarse de 48 horas previstas en la legislación ordinaria hasta por 96 horas en averiguación previa, el uso de testigos protegidos, es decir, con la reserva de su identidad y la posibilidad

de realizar telefónicas perfectamente autorizadas, legalizadas y que se puedan incluir como prueba, entre otras disposiciones.

En marzo de 2004 decía el Ejecutivo Federal decía hay que reformar el artículo 16 constitucional, a fin de que se deje claro que las excepciones que plantea la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada son perfectamente legales dado que es la propia constitución la que ordena que exista una ley que defina esos delitos, términos y modalidades para su investigación y persecución, Mancera considera que no se puede legitimar solamente a través de esta reflexión lógica en el sentido de que si la Constitución lo dice, no puede ser inconstitucional, había que ver los tratados que ha firmado México y habrá que ver si no estamos incumpliendo disposiciones materiales de esos tratados.

Agrega el expositor que existe un dictamen aprobado por la cámara de senadores, que va a incluir en nuestro sistema penal la figura de conspiración para cualquier delito y se quiere incluir el tipo penal de terrorismo internacional con una pena de 15 a 40 años de prisión.

El doctor Mancera considera que el gran problema es que nadie puede rebatir a Jacobs la realidad, hay una delincuencia organizada que cada vez es más poderosa y que está rebasando a las esferas de reacción del Estado, el cual tiene que hacer algo, y entonces Jacobs busca es como legitimar un derecho penal excepcional para ese tratamiento.

A juicio de Mancera no se trata de otro derecho penal, sino se trata del mismo derecho penal que tiene características especiales y quizá tengamos que apuntar como decía el maestro Cerezo en el derecho de medidas de seguridad, y parafraseando a Silva Sánchez cuando dice que en todo caso tendrá que hacerse una ponderación del mal mayor por mal menor y si vas a combatir a la delincuencia organizada, hazlo de alguna manera.

Concluye afirmando que es una asignatura pendiente la justificación del trato diferente de dos sujetos que delinquen, que tienen el carácter de individuos y de personas, y que por tal motivo no pueden ser tratados de modo diferente sin que con ello se pueda alejar esa instrumentación jurídica de lo que se consideraría como una mera razón de Estado.