

EL MUNDO PENAL Y EL PODER DEL ESTADO. BREVE ENSAYO SOBRE CRIMINOLOGÍA, POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Miguel Ángel CASTILLO SOBERANES

[...] y ¿cómo convencer a un linco, de alimentarse
con hierbas?

Sergiusz Piasecki¹

SUMARIO: I. *Generalidades*. II. *Criminología*. III. *Política criminal*. IV. *Dogmática jurídico-penal*. V. *Situación contemporánea*.

I. GENERALIDADES

Desde que el mundo es mundo, el hombre ha tratado de construir uno artificial, un mundo que le ayude a sobrevivir, conformando universos morales, culturales, científicos, políticos, jurídicos, etcétera, subordinándolos a sus intereses.

Construyó el Estado, en donde ciertos hombres encarnaron el poder en su provecho, en sus inicios individualizando, posteriormente, institucionalizando.

Internarse, de esta manera, en el estudio del hombre es adentrarse en las formulaciones de la historia en general, que recoge y enseña las experiencias del pasado y las luchas del hombre por la libertad o el sometimiento de ésta.

El hombre ha aprendido a vivir y convivir, construyendo aparatos y estructuras acordes a sus necesidades: clanes, tribus, congregaciones, estamentos, imperios, monarquías, Estados.

¹ Cfr. *El enamorado de la Osa Mayor*, trad. de J. Torres Urbina, México, Estrella, 1949, p. 14 (Segio Piasecki, contrabandista, bandido, presidiario, condenado a muerte por un tribunal militar, sentencia que fue conmutada por quince años de prisión, y novelista, al fin).

De la ley del más fuerte, la venganza privada —aún en boga—, hasta la estatal, el hombre siempre ha tratado de mantener su superioridad a base del sometimiento de los demás, de esta manera: ¿cuál sería el presupuesto justificativo, para que el propio hombre limite la libertad de los demás?, ¿cuál sería la justificación de la fuerza estatal?²

Sin teorizar y sin buscar los fundamentos propios de un proceso legitimador, que mayor fundamento tendríamos que el del control social³ de la clase en el poder, que con el mismo sistema de sometimiento primitivo, institucionalizado y perfeccionado, pero al fin de cuentas primitivo, ha ido afianzando el aprisionamiento colectivo a base de supuestos consensos sociales para detentar el poder.⁴

La administración de la ideología se da por las clases dominantes que racionalizan determinadas fuerzas de choque, que se entrelazan y confluyen hasta crear situaciones determinadas en estructuras y estratos sociales, que admiten, así sea por consenso o por la fuerza, los valores creados por la sociedad civil dominante.⁵

Así las cosas, ¿quién crea las leyes? Una minoría poderosa, a fin de salvaguardar sus intereses e imponer sus criterios. Las leyes representan seguridad, ¡tanto!, que quienes se atreven a manifestarse en contra la reciben como fuerza represiva, institucionalizada por un Poder Legislativo constituido por esa misma minoría poderosa.

¿Quién crea a los criminales? Los crea la clase en el poder, ella es la que determina qué conductas serán consideradas como delitos; de esta manera, los desviados, los delincuentes, los estigmatizados serán todos aquellos que se manifiesten en contra de sus intereses, ahora protegidos por la norma.

2 Cfr. Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 15 y ss.

3 Cfr. Pavarini, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Siglo XXI, 1983, y Melossi, Dario, *El Estado del control social*, México, Siglo XXI, 1992.

4 En cuanto al control que se impone a la clase en el poder, representada en este caso por el Poder Ejecutivo, *vid.* Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “Sistema de controles del Poder Ejecutivo a la luz del derecho comparado”, *Revista Ars Iuris*, México, Universidad Panamericana, núm. 9, 1993.

5 Recuérdese a Becker y su teoría de los empresarios morales. Para este autor, la imposición de las reglas es un proceso económico y político, las reglas son siempre hechas por un grupo para otro que no está favorecido con el poder. Así, los viejos hacen las leyes para los jóvenes; los hombres, para las mujeres; los blancos, para los negros; los ricos, para los pobres. En síntesis, que el castigo de determinadas actividades era obra de empresarios morales (*moral entrepreneurs*), esto es, de grupos de presión que consiguen castigar todo lo que no comulgue con sus ideas. Cfr. Becker, H., *The Outsiders*, Nueva York, Free Press, 1963.

El derecho como instrumento desigual fue producto de diversas reflexiones, sobre todo por el marxismo,⁶ para después ser reformado y adoptado, sobre todo por los seguidores de la llamada criminología crítica,⁷ que cuestiona el derecho penal, el cual ya no es considerado como un sistema estático de normas, sino como un proceso complejo de funciones que monopolizan el mundo penal, sobre todo en los procesos de creación de las normas, su aplicación y su ejecución, a través de penas y medidas de seguridad.⁸

“¿Punir por punir? ¿Será pues, una perpetua herencia del ser humano este triste espectáculo de hombres dominados por malvadas pasiones, que desconocen los derechos de sus hermanos [...]?”, decía Carrara.⁹

¿Será una ley inalterable esa reciprocidad incesante de violencias y de dolores? Sí, respondía, “ésa es, por desgracia, la condición inseparable de la naturaleza humana [...]. Decir o pensar de otro modo sería lo mismo que negar con audacia la historia de todo pasado; sería negar esa verdad, que [de] muchas maneras se revelan a nuestro íntimo sentido y se confirma a nuestro intelecto”.¹⁰

6 Cfr. Marx, Karl, y Engels, F., *Crítica del Programa de Gotha, Obras escogidas*, Moscú, vol. I, 1973.

7 Cfr. Baratta, Alessandro, “Criminología crítica y política criminal alternativa”, *Derecho penal y criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. 2, núm. 8; Taylor, Ian; Walton, Paul, y Young, Jock, *Criminología crítica*, México, Siglo XXI, 1975, y *La nueva criminología. Contribución a una teoría de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrotu Editores, 1990; Aniyar de Castro, Lola, *Criminología de la reacción social*, Maracaibo, Universidad de Zulia, Instituto de Criminología, 1977; Olmo, Rosa del, *América Latina y su criminología*, México, Siglo XXI, 1981; Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, México, Siglo XXI, 1992, y M. Rico, José, *Crimen y justicia en América Latina*, 2a. ed., México, Siglo XXI, 1981.

8 Dentro del mundo penal, Roxin nos dice que el derecho penal, en su ámbito material, trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa, por tanto, del objeto propiamente dicho, de la materia de la justicia penal. Otros campos emparentados lo constituyen el derecho procesal penal, el derecho de medición de la pena, el derecho penitenciario, el derecho penal juvenil y la criminología. Todos estos campos son ciencias normativas, hecha excepción de la criminología que es una ciencia de la realidad. Este conjunto constituye la “ciencia global del derecho penal”. Por ello, hay que estar conscientes de que para la comprensión científica de la justicia penal no basta el sólo conocimiento del derecho penal material. Para tener un conocimiento global del mundo penal debemos saber: qué conductas están sujetas a prohibiciones y mandatos dentro del ámbito penal; bajo qué fundamentos se dan; el modo en que se ejerce el *ius puniendi*, en sus aspectos de acción, pretensión, jurisdicción y proceso; como debe cumplirse la pena, las medidas de seguridad o los sustitutivos penales; en dónde radican las causas de la criminalidad; cómo se aplica la justicia de menores. En México —sin temor a equivocarnos—, el único autor de quien podríamos preciarnos de tener un conocimiento total de la “ciencia global del derecho penal” es, sin duda, el doctor Sergio García Ramírez.

9 Cfr. Carrara, Francesco, *Derecho penal, idea fundamental del derecho punitivo*, México, Harla, 1993, pp. 51 y ss.

10 *Idem.*

Cuánta razón tenía Carrara, la ley del hierro, que predijo, sigue siendo indefectible.

“El primer delincuente, el primer homicida que ensangrentó la tierra, expresaba al Señor su pavor de que los otros hombres lo hubiesen matado, puesto que él había matado a su propio hermano”.

Las páginas sagradas dejan patente este acontecimiento, que al primer desvío, al primer delito del hombre, fue espontánea la reacción de hacer justicia, infringiendo una aflicción igual por manos del hombre.

Así comenzó la famosa, vigente e inalterable venganza privada, la venganza de la sangre, la ley del tali3n: “tal pena cual delito, esto es lo que quiere decir la palabra tali3n, o sea alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, quemadura por quemadura, llaga por llaga, mano por mano, cardenal por cardenal”.¹¹

Si el creador quiso formar al hombre como un hombre moralmente libre, capaz de ser imperfecto, debe en consecuencia dejar que 3l se autodetermine, removiendo todo obst3culo que se opusiera al cumplimiento de la ley de Dios. As3 lo entendi3 y as3 lo ha entendido siempre, con los ejemplos lacerantes, que hoy nos horrorizan el s3lo recordarlos.¹²

As3 lo menciona Carrara, y as3 lo entiende el principio teocr3tico, la religi3n, el derecho divino, como fundamento del derecho penal. Era una tonter3a hablar de la venganza privada cuando hab3a una ofensa m3s grave que vengar: el ultraje a la divinidad, ya no se castigaba al culpable para reparar el da3o al ofendido, sino para que aqu3l expiase la ofensa causada a Dios con su crimen.

Despu3s, el mundo penal, el fundamento de la punici3n se transforma. De la ofensa a la divinidad pasa a ser la ofensa a la majestad soberana, al soberano que impon3a la venganza, la pena; de esta manera, tiene un fin en s3 mismo (precio de la autocracia) el convertirse en un instrumento de opresi3n al s3bdito, bajo la apariencia de tutelar el derecho.¹³

Se penaba, incluso con la muerte, la m3s peque3a ofensa al pr3ncipe o al soberano. De esta manera el mundo penal fue pervertido, subordin3ndose al inter3s privado, al inter3s del pr3ncipe, al inter3s de la clase en el poder.

11 Cfr. Bernaldo de Quir3s, Constanccio, *Lecciones de legislaci3n penal comparada*, Ciudad Trujillo, Universidad de Santo Domingo, Montalvo, 1944, p. 16.

12 Recu3rdese simplemente, las ordal3as o juicios de Dios y el Tribunal de la Santa Inquisici3n.

13 Carrara, Francesco, *op. cit.*, nota 9, pp. 55-57.

Surge el periodo de la acusación popular, en donde un ciudadano despojado de las ideas de venganza ejercitaba la acción en contra de sus semejantes. Posteriormente, se abre paso la llamada acusación estatal, en donde son los órganos del Estado los que ejercitan la acción al cometerse un delito, y el Estado es el que debe reprimirlos, velando así por el interés general.¹⁴

Por estos periodos —y por muchos otros— ha transitado y se ha pervertido el mundo penal con fatales consecuencias. Así, se ha tratado de legitimar el derecho de punición, el *ius puniendi*, perdiéndose todo derecho racional: el talión buscaba infligir un daño igual al causado; Dracón optó por imponer la pena de muerte para toda clase de delitos, fueran estos leves o graves, de ahí que a toda ley excesiva se le moteje como draconiana. Creyendo atemperar las penas al encontrar un justo medio, en lugar de la pena de muerte, se impusieron cortar los dedos a los perjurios, arrancar los ojos a los lujuriosos, cortar la lengua a los blasfemos, cortar la nariz a las adúlteras, etcétera.

Se impusieron toda clase de penas, algunas inimaginables, bajo el escudo de la defensa de la divinidad, la defensa del príncipe o del soberano, y ahora bajo el argumento de los derechos de la sociedad.

“El verdugo no fue ya el sicario de un príncipe, sino el sicario de la sociedad”.¹⁵

¡Tantas inteligencias, grandiosas bibliotecas, imponentes codificaciones, elocuentes piezas de oratoria se han unido con el único afán de mostrar la utilitariedad del derecho!¹⁶ Afán que se ha convertido en una gran alucinación colectiva. Alucinación que trata de justificarse bajo el principio de la transformatoriedad del derecho.

El derecho se encuentra en constante transformación, piénsese en el Código de Justiniano, la *Constitutio Criminalis Bambergensis*, la *Constitutio Criminalis Carolina*, el *Codex Iuris Bavarici Criminalis*, la *Constitutio Criminalis Theresiana*, el Código Penal francés de Napoleón; las

14 Fue necesario una rebelión del pensamiento que transformara, así fuera de manera parcial, el sistema imperante; las escuelas racionalista y humanitaria, los pensamientos de Cesare Beccaria, Feuerbach, Romagnosi, Carmignani, etcétera.

15 Carrara, Francesco, *op. cit.*, nota 9, p. 63.

16 La teoría utilitarista del Estado afirma que el Estado y las instituciones son determinadas por la economía. El Estado es un instrumento para proteger el desarrollo de la producción de una sociedad concreta (específicamente las capitalistas). El Estado y todas sus instituciones políticas, jurídicas y culturales tenderán a proteger todo el sistema imperante.

grandes codificaciones europeas; la gran evolución penal en nuestro sistema jurídico mexicano, etcétera.

El mundo penal se adecua y se transforma acorde a las necesidades contemporáneas, acorde a las necesidades de los detentadores del poder, acorde a la evolución del derecho.

Recuerdo las palabras del maestro Raúl Zaffaroni, cuando le referían algo escrito en una de sus obras, él contestaba: “a lo largo de mi vida —como todos— he sido producto de un entrenamiento, a uno se le entrena para ver ciertas cosas y ese entrenamiento nos permite verlas mejor, aunque dejemos de ver otras: es algo como la torpeza entrenada, en consecuencia tenía que decir que he escrito unos cuantos miles de páginas de mentiras”; entre otras cosas, las que le citaban.¹⁷

¿Qué sucede en el ánimo del lector, cuando se da cuenta de que también uno es producto de un entrenamiento? ¿Qué sucede cuando nos damos cuenta de que lo que hemos leído son sólo unos cuantos miles de hojas de mentiras?

En verdad es difícil comprender el rol que desempeñamos en la sociedad, es crudo reconocer que también nosotros somos parte de ese entrenamiento, que somos parte de esa alucinación colectiva, a la cual contribuimos todos los días, somos parte de un sistema, vivimos en sociedad, tenemos que atenernos a las reglas del juego.

Es incuestionable, dice Zaffaroni,¹⁸ que en el mundo hay una estructura de poder que se vale de ideologías que en buena parte son “encubridoras” o de “ocultación” o francamente “creadoras de la realidad”.

Las estructuras del poder a nivel mundial, en cada país, son diferentes de acuerdo a su ideología y a la manipulación del poder. De acuerdo a su conveniencia desechará o privilegiará determinada ideología —es la regla—.

Cada país, a lo cual no escapamos, adopta determinadas ideologías que le son útiles y desecha otras: racismo, colonialismo, industrialismo, liberalismo, neoliberalismo, populismo, nacionalismo, nacionalismo revolucionario, etcétera.

17 Cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, “¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión”, *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo, aportes y expectativas*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, p. 81.

18 Cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Manual de derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editores, 1994, p. 24.

A lo largo de la historia siempre ha habido una o varias ideologías encargadas de explicar y justificar cada una de las atrocidades cometidas. Así, el genocidio indígena americano o el tráfico de millones de hombres africanos tuvieron sus ideologías de justificación, como también la tuvo la conquista, el colonialismo más cruel y explotador. Cuando ya no pudo someterse a un pueblo, argumentando la superioridad del conquistador o del colonizador sobre la base religiosa, se arguyen justificaciones basadas en la antropología, reafirmando la superioridad del colonizador o del conquistador.¹⁹

Las guerras mundiales están plagadas de justificaciones ideológicas; la superioridad de la raza aria fue el fundamento del hitlerismo; la dictadura del proletariado marxista y la utopía de la sociedad sin clases o comunismo brindaron los instrumentos ideológicos de justificación del stalinismo; recuérdese también las justificaciones del aniquilamiento nuclear de Hiroshima y Nagasaki.

Cada atrocidad se cometió en nombre de la sociedad, de la justicia, de la humanidad, todo estaba justificado.

Viene la ideología de los derechos del hombre —que ahora vuelve a tener vigencia— al culminarse la segunda Guerra Mundial, como un enfrentamiento, como un rechazo al terror bélico.

En cada época y en cada momento histórico determinado, la ideología del poder y del control social hacen su aparición; así, ante el aumento desmedido de la delincuencia, se pide el auxilio del poder institucionalizado, llámese fuerzas policiacas o inclusive la intervención del ejército. ¿Se justificaría, entonces, que las tanquetas del ejército patrullaran las calles, si con ello nos sintiéramos seguros? ¿Se justificaría el establecimiento de la pena de muerte, como tantas veces se ha pedido? ¿La reducción de la edad penal? ¿El establecimiento de un derecho penal de autor y no de acto?²⁰ ¿La imposición de políticas genocidas de control natal? ¿La supresión de ayudas económicas por alimentación? ¿La supresión del reconocimiento al gobierno constituido, por parte de potencias poderosas, por ejemplo, ayudas económicas para erradicar el narcotráfico?

¹⁹ *Ibidem*, p. 27.

²⁰ Es sabido que Franz von Liszt desarrolló su famosa teoría de los tipos de autor. Sin embargo, por razones más políticas que jurídicas, siguió aferrado al derecho penal de acto (“la ley penal es la carta magna del delincuente”), aun cuando en la práctica de un gran número de países, para la medición de las penas, se tome en cuenta la personalidad y las circunstancias personales del delincuente. *Cfr.* Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, pp. 74 y ss.

El control social tiene múltiples formas de manifestación, a través de los medios masivos de comunicación, prejuicios morales, educación, familia, modas, drogas. O en forma institucionalizada, por medio del ejército, tribunales, policía, *ius puniendi*, universidades, etcétera.

Aquí el Estado ejerce el poder penal de forma institucionalizada, desde la elaboración de las normas penales, hasta su ejecución a través de penas y medidas de seguridad.

Por lo anterior, consideramos importante adentrarnos —así sea brevemente— al mundo del derecho penal, para poder tener un poco de conocimiento de causa del poder institucionalizado.

II. CRIMINOLOGÍA

Existe una teoría crítica del derecho penal, estudiada por Quinney, Barrata, Aniyar de Castro, Larrauri, Beristáin, Hassemer, y muchos otros ampliada y difundida por Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, en lo que se ha dado a llamar la nueva criminología.

Según la teoría liberal o tradicional, nos dice Quinney,²¹ “el Estado representa el orden y la estabilidad, y la ley es el conjunto de normas establecidas por el consenso de los gobernados o sus representantes”.

Para la teoría crítica, en cambio, el Estado ha sido creado por la fuerza y se mantiene por la coerción; y la ley no es otra cosa que el aparato que sirve para asegurar los intereses de la clase dominante.

Miliband,²² en su estudio sobre el Estado y la sociedad capitalista, dice que el Estado no es una cosa en sí y por sí, sino el conjunto de una serie de instituciones particulares que constituyen el sistema estatal: el gobierno, la administración, la policía, los tribunales, etcétera. Los cuerpos militares y policiales se ocupan de la administración de la violencia; en estas instituciones reside el poder del Estado y ellas están sometidas al poder económico, a través de los representantes de ese poder.

El proceso de criminalización,²³ por otra parte, aparece desde el primer momento en que se estudia por los órganos encargados de hacerlo, si una conducta social cualquiera puede convertirse en criminal. Es decir, si a una conducta determinada se le puede etiquetar como delictiva, a través

21 *Vid.* Quinney, Richard, “Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal”, en Taylor, Ian; Walton, Paul, y Young, Jock, *op. cit.*, nota 7, pp. 229-254.

22 *Vid.* Miliband, Ralph, *El Estado en la sociedad capitalista*, México, Siglo XXI, 1973.

23 *Vid.* Aniyar de Castro, Lola, *op. cit.*, nota 7.

de normas supuestamente establecidas por el consenso de los gobernados o sus representantes.

En esta etapa del mundo penal, en la elaboración de las normas, el legislador va a criminalizar conductas, para posteriormente incriminarlas a un supuesto sujeto desviado. Así, cualquier individuo podrá ser considerado como criminal por el simple hecho de realizar la conducta estereotipada; de este modo, los delitos no serán otra cosa que los estereotipos insertados en las leyes penales.

Lo que ahora se considera delito, antes del etiquetamiento o en ciertas condiciones normales, es igual a una conducta perfectamente normal; del mismo modo, una conducta ya etiquetada como delito puede ser tolerada, incluso necesaria para el normal desarrollo de la sociedad, por ejemplo, las procesiones religiosas, delitos fiscales, aborto.

Hay conductas que en nuestro sistema aparecen como desviadas, mientras que en otros aparecen como perfectamente normales: piénsese en la figura típica de adulterio o bigamia, en aquellos países en donde se puede tener varias esposas.

Hay delitos que se ponen de moda en una época determinada, como el fumar marihuana, cuando en otros países algunas drogas o sustancias son consideradas lícitas, inclusive normales o simplemente socialmente aceptadas.

Considérese también las reformas relativas al endurecimiento de las penas en nuestro sistema jurídico mexicano, como consecuencia del alto grado de criminalidad que estamos viviendo: reformas en cuanto a la tentativa punible, concurso real, reincidencia, homicidio, secuestro, encubrimiento, acopio de armas, etcétera.²⁴

Téngase como ejemplo de estas reformas: la reincidencia, que ahora será tomada en cuenta para la individualización judicial de pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales, y si la reincidencia fuere por dos ocasiones, tratándose de delitos calificados por la ley como graves, la sanción por el nuevo delito cometido se verá incrementada en dos terceras partes y hasta un tanto más la

24 *Vid.* reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, del Código Fiscal de la Federación, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de mayo de 1996, e iniciativa de reformas constitucionales y legales en materia penal presentadas por el titular del Poder Ejecutivo el 3 de diciembre de 1997 y enviadas al Congreso de la Unión el día 9 del mismo mes y año.

pena máxima y no podrá gozar de los beneficios o de los sustitutivos penales; robo de vehículos, que será sancionado con pena de cinco a quince años de prisión y hasta mil días de multa, es decir, nos encontramos con un endurecimiento de las penas, para tratar de frenar a la delincuencia, así sea en el aspecto intimidatorio.

La criminalización de conductas goza de los atributos de las normas jurídicas, es decir, son generales, abstractas, impersonales, imperativas y pueden hacerse valer por la fuerza. Sin embargo, a veces no sucede así, esa criminalización de conductas no tiene la fuerza suficiente para poder imponerse a ciertos grupos determinados, los cuales gozan de una normatividad privilegiada, por ejemplo, leyes fiscales o la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que sólo contienen sanciones ínfimas como la amonestación o la destitución.

Otras de plano no logran penetrar en el ámbito del mundo penal, y sólo se tendrá un rechazo social, tales como: ostracismo, destierro, o contentarse con el ya famoso “juicio de la historia”.

De la misma forma puede verse como las penas son desproporcionadas, para ello, baste revisar las penalidades establecidas para el homicidio, cuyo bien jurídico tutelado es la vida, en relación con otras penalidades, tales como el secuestro, robo, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito o simplemente, el robo de vehículos y de autopartes.

Como podemos darnos cuenta, el derecho sirve de instrumento para ejercer el poder de forma sistematizada, la mecánica instaurada como la manera más enérgica para hacerlo efectivo es el derecho penal, a través del cual el Estado trata de proteger los bienes jurídicos²⁵ de mayor importancia, a fin de lograr un desarrollo armónico de la sociedad.²⁶

Suele suceder que los detentadores del poder punitivo estatal se aparten de las atribuciones que les marca la ley, y no cumplan, ya sea por desinterés, desconocimiento, apatía, corrupción, presión de la opinión pública, altos índices de criminalidad, etcétera, con muchos de los principios básicos que rigen el mundo penal.

El *finis operantis* puede ser la ambición personal, la protección de los intereses de una determinada clase social, el acrecentamiento del poderío nacional o el obtener la paz social conservando simplemente el estado de

25 Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974, y González-Salas, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el derecho penal*, México, Pereznieto Editores, 1995.

26 Vid. González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1993, p. 16.

las cosas. Estos fines extrínsecos, dice Miguel Villoro Toranzo, podrán tener algunos aspectos justificables, pero la autoridad que los alegara como únicos móviles de sus construcciones jurídicas no lograría el convencimiento de los gobernados mejor preparados, el instrumento, de esa manera, se estaría utilizando para fines inadecuados.²⁷

No resulta válido lo anterior para apartarse del deber ser. Es cierto que a veces resulta indispensable hacerlo, sobre todo si nos atenemos al problema histórico que se viva, a la voluntad política, a la intransigencia o al desvío de poder.

Puede resultar que la muerte de un niño en manos de sus secuestradores haga que la opinión pública se manifieste y pida la pena de muerte para éstos; la violación en sí hace que se pida la condena inmediata aún sin juicio; las crisis económicas sumadas a la miseria hacen que se tenga aversión a los ricos, pidiendo la confiscación de sus bienes; la usura bancaria hace que se pida la cancelación de los bancos.²⁸ Acceder a lo anterior es apartarse del deber ser marcado para el mundo penal.

El detentador del poder público debe actuar al margen de sus propias valoraciones, debe apearse al cumplimiento estricto de los principios rectores del derecho penal.

La valoración jurídica tiene características que la distinguen esencialmente de la valoración social:

- Es esencialmente racional, en tanto que la social está mezclada de sentimientos y pasiones;
- Se construye tomando en cuenta no solamente el acontecimiento momentáneo, sino todo el conjunto de datos reales, históricos y racionales que puedan afectar la practicabilidad de la solución;
- Es obra de prudencia y no de sentimiento o de pasión;
- Se guía por el bien común, que no es siempre el de los sectores que más vociferan su indignación, y
- Razona la justicia de la solución ideal como una conclusión o una determinación de la justicia totalmente nueva y en oposición a la natural.²⁹

27 Cfr. Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1988, p. 222, cit. en *ibidem*, p. 19.

28 Cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio, *op. cit.*, nota 18, p. 19.

29 Villoro Toranzo, Miguel, *op. cit.*, nota 27, pp. 19 y 20.

Por otra parte, la ley penal creadora de las figuras típicas tiene como objetivo fundamental sancionar aquellas conductas humanas estigmatizadas transgresoras de los mandatos y prohibiciones de las normas, que tienen un alto contenido valorativo.³⁰

Cuando esa conducta se adecua a la hipótesis legal, se adecua al disvalor de la norma, se dice que hay tipicidad.

Un hecho que no se adecua perfectamente a un tipo delictivo no puede ser susceptible de valoración penal, es necesario que la conducta realizada por el agente encuadre perfectamente en la norma penal, es decir, en el tipo descrito por el legislador.

El delito, para poder ser, necesariamente tiene que ir en contra del derecho, en contra del mundo penal, debe ir en contra del orden establecido, debe ser antijurídico.

El delito conceptualmente hablando es una conducta típica, antijurídica y culpable. El delito es un hecho del hombre, que con su conducta vulnera el orden jurídico establecido, que prevé sanciones de tipo aflictivo para el transgresor.

El maestro Jiménez Huerta dice que actualmente nadie discute la función concretizadora que de la antijuricidad realiza el tipo penal.³¹ Al crearse el tipo penal, indiciario de la antijuricidad, dice Vela Treviño, se ha cumplido la valoración de las normas de cultura por parte del legislador, lo no valorado no corresponde al ámbito del mundo penal.

Welzel estima que el objetivo fundamental de la parte general del derecho penal es señalar las características esenciales del delito y su autor; toda acción u omisión penalmente relevante tiene diferentes momentos de realización: preparación, tentativa y consumación, su valoración puede ser diferente, como jurídica o antijurídica, culpable o inculpable.³²

En síntesis, el derecho a través de la ley penal creadora de figuras típicas tiene como objetivo fundamental sancionar la conducta del hombre, que transgreda los mandatos o prohibiciones establecidos por la clase en el poder que crea las leyes, es decir, por esa minoría poderosa que

30 Vid. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano. Modos en que las conductas típicas contradicen las normas*, 2a. ed., México, Porrúa, 1977, t. I, pp. 125-171.

31 Vid. *ibidem*, p. 32; en el mismo sentido, Vela Treviño, Sergio, y Márquez Piñero, Rafael, *Antijuridicidad y justificación*, 1a. reimp., México, Trillas, 1995, y Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal, algunas consideraciones en torno al mismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, pp. 55 y 178, respectivamente.

32 Cfr. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez P., 4a. ed. de la 11 ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 37.

crea, de igual forma, a los criminales, porque, al fin de cuentas, ella es quien determina que conductas que serán consideradas como delitos.

Por lo antes expuesto, consideramos que los métodos utilizados por la clase en el poder para afianzar el control social poco a poco han ido quedando descubiertos; es hora, como dijera Michael Foucault,³³ de aplicar una racionalización científica de la violencia, que ahora asumirá formas más sutiles, vías que atraviesen las conciencias individuales y colectivas, que conformen el consenso necesario para legitimar el poder.

A fin de hacer realidad una verdadera tarea de legitimación del poder, como lo predice Foucault, conviene tener presente el pensamiento de Reinhart Maurach,³⁴ cuando dice que, en “la lucha contra el delito”, es indispensable partir de un modelo de tres columnas para la actuación de las disciplinas particulares: criminología, política criminal y dogmática jurídico-penal.

Reseñemos, así sea someramente, lo tratado por Maurach. El maestro de las universidades de Würzburg y Breslau señala que existe consenso en los países de habla alemana en cuanto a que la criminología representa una ciencia empírica interdisciplinaria, “como conjunto ordenado de conocimientos sobre el delito, el infractor del derecho, la notoriedad social negativa y sobre el control de la conducta, obtenido por medio de la experiencia”.

Como puede darse uno cuenta, el concepto va más allá de la concepción estrecha de la criminología tradicional del paso al acto, en cuanto a la “investigación empírica del delito y la personalidad del autor”. Ya que, por un lado, trata lo relativo a la investigación empírica y, por el otro, extiende la criminología al control y a la persecución del delito.

Esta extensión se debe fundamentalmente al interés que ha despertado el desarrollo de la teoría del *labeling approach*, que más adelante comentaremos.

Maurach menciona que la criminología comparte el concepto del delito con la política criminal y la dogmática jurídico-penal. El éxito del mundo penal, el éxito de la lucha contra el delito, depende en gran medida de

33 Cfr. Foucault, Michael, *Vigilar y castigar*, 24 ed., México, Siglo XXI, 1996.

34 Cfr. Maurach, Reinhart, *Derecho penal, parte general*, trad. de la 7a. ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 45 y ss.; en el mismo sentido, Claus Roxin pugna por vincular el “Derecho y la utilidad Político-Criminal que no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica [...]”. Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 2, p. 33.

la cooperación entre estas disciplinas; una buena relación, sobre todo equilibrada, depende de la época actual. El tiempo en que la antropología criminal de Lombroso³⁵ proponía tirar por la borda todo el derecho penal, en cuanto a disciplina jurídica, transformándolo en una rama independiente de las ciencias sociales y remplazar la pena con métodos profilácticos de tratamiento, pertenecen hoy al pasado.³⁶ De igual manera, es impensable en la actualidad la grandiosa unilateralidad de las teorías que limitaban el derecho positivo, como ocurre, por ejemplo, en las obras de Binding,³⁷ que no estudian lo referente a las causas del delito y buscaban a partir de la ley, y sólo de la ley, las tareas del derecho penal.

La ciencia penal alemana puso en alto la intelectualidad del pensamiento dogmático de la teoría del delito. El neokantismo trató de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Estos pensamientos en la época de la República de Weimar impactaron y dividieron el estudio del delito en dos aspectos: por un lado, se enfoca al estudio causal-explicativo de la criminología, y por el otro, al cognocitivo-axiológico de la dogmática. En este sentido, el resultado fue la separación de estas dos ramas del conocimiento, que debían estudiarse sin vincularse la una con

35 No hay que olvidar que hace más de un siglo apareció la primera edición de *Il uomo delinquente* de César Lombroso, y hay quien todavía desea seguir considerando que, con esa obra, nació la moderna criminología. Tal aseveración encuentra su justificación, menciona Ruiz Haré, en un hecho cuyo mérito no puede desconocerse: los integrantes de la escuela positiva fueron los primeros en declarar que las causas de la delincuencia y las medidas razonables para combatirlas se encontraban al estudiar al delincuente no al delito. En principio, como sabemos hoy, pasado más de un siglo, abrió el camino para que la ciencia empírica llegara a un terreno que hasta entonces había sido dominio exclusivo del dogma. No puedo resistir —por otra parte— relatar un dato, que pone en entredicho toda la supuesta investigación científica de Lombroso y que inocentemente revela su hija Gina: cuando, en 1871, su padre había hecho su descubrimiento del atavismo como explicación de la delincuencia, dice Gina, no había examinado nunca a delincuentes ni había estado en contacto siquiera con instituciones carcelarias, sus estudios se habían reducido al análisis de expedientes. Otro dato que también revela su hija —increíblemente desconcertante—, de donde también nace la poca confiabilidad de los estudios de Lombroso se encuentra en los textos del profesor italiano: cuando a fines de 1871 se le encarga la dirección de un manicomio en Pésaro: “el manicomio y el cercano presidio penal fueron pronto transformados en un maravilloso laboratorio de psiquiatría y antropología criminal. Los mozos iban y venían con cráneos y documentos de los criminales de la cárcel al manicomio, *los locos escribían al dictado, hacían gráficas, cuentas, estadísticas* [...]”. Como vemos, carece de rigor la obra de Lombroso, si es que los locos escribían al dictado, hacían gráficas, cuentas y estadísticas. Vid. Lombroso de Ferrero, Gina, *La vida de Lombroso*, trad. de José Silva, México, Botas, Biblioteca Criminalia, 1940, vol. I, pp. 88-91.

36 Franz von Liszt, en su programa de Marburgo, llega a las mismas conclusiones.

37 Al respecto, puede consultarse la investigación que realizó Armin Kaufmann sobre la obra de Binding en *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, Depalma, 1977.

la otra, manteniendo así su autonomía, lo que dio por resultado un apoyo de los científicos de la época al régimen nacional-socialista.³⁸

Actualmente los estudios criminológicos han evolucionado. Al aspecto tradicional de deducir las causas de la criminalidad a partir de la personalidad del delincuente, de su entorno personal y de sus condiciones sociales de existencia se han agregado investigaciones que se refieren al “proceso de criminalización”, desde la creación de la norma penal, hasta su imposición por las autoridades encargadas de la persecución penal, especialmente por la vía de la recepción del *labeling approach*.

En este sentido, la criminología ortodoxa se interesó largamente por lo que se denominó la “etiología” del comportamiento, lo que significó que su objeto de estudio fuera el comportamiento humano y su autor. Sin embargo, después de un proceso de estudio de las instancias sociales, pudo afirmarse que la ley penal no era producto de un consenso, sino por el contrario sólo constituía un instrumento de preservación de los intereses de las clases dominantes, lo cual condujo a la formulación de análisis críticos respecto de los sistemas de control.

Así las cosas, se produjo el derrumbe del criterio tradicional (etiológico) del estudio del delincuente por sus factores determinantes: forma de la cabeza, estructura de la personalidad, orejas en forma de asa, estructura de las mandíbulas, manos, piernas, circunferencia craneana, lóbulos, ángulos —y otros—. No hay criminalidad como existe un trozo de hierro, dice Werner Rüter,³⁹ sino existe de acuerdo a los presupuestos normativos y valorativos de la sociedad; pero, dado que tales presupuestos son diferentes, en atención a la época, cultura y grupos, la criminalidad que realmente existe en una sociedad es aquella cuya imagen puede ser transportada a la realidad en virtud de una concreta fijación (establecimiento) y aplicación (imposición) de las normas.

38 Un ejemplo lo tenemos en Edmundo Mezger, catedrático de derecho penal y filosofía del derecho de la Universidad de Munich, en su *Tratado de derecho penal* (cuya primera edición es de 1930), trad. de la 2a. ed. alemana de 1933 y notas de derecho español de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, ts. I y II. Este autor, de igual manera, colaboró con la reforma penal inconclusa en la época nazi, que pretendía justificar, por otra parte, el racismo basado en la pureza de la sangre. También puede citarse el caso de Hans Welzel, creador de la teoría finalista de la acción, que tuvo su origen en la ideología nazi. Frommel, Monika, *Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción*, trad. de Francisco Muñoz Conde, 1989.

39 Werner, Rüter, *La criminalidad (o el “delincuente”) a través de las definiciones sociales (etiquetamiento) (Respecto de las dimensiones esenciales del enfoque del etiquetamiento —labeling approach— en el campo de la sociología criminal)*, trad. de Roberto Bergalli, Universidad de Kolin, Instituto de Investigaciones Criminológicas, Doctrina Penal, 1978.

La definición de la criminalidad será, por consiguiente, en este ámbito, el objeto central del análisis científico-social. La investigación sobre las causas (etiología del delito) será superflua. Lo que permanece en el centro y que ha causado el derrumbe del viejo enfoque etiológico de la problematización distintiva es la definición o descripción (etiquetamiento, en inglés, *labeling*) por lo que esta perspectiva recibe el nombre de enfoque *labeling*.⁴⁰

La realidad social se constituye a partir de las definiciones humanas (teorema de Thomas: “si los hombres definen ciertas situaciones como reales, éstas serán reales en sus consecuencias”; “*Is men define situations as real, they are real in their consequences*”). R. K. Meton describe un mecanismo parecido en el proceso de la profecía autorrealizable (*self-fulfilling-prophecy*). Un suceso en principio no real, pero previsto, llega a cumplirse, porque todos los interesados ajustan su comportamiento precisamente a semejante previsión, por ejemplo, se propaga o se escucha el rumor de que determinado banco está en quiebra o a punto de quebrar; inmediatamente o al día siguiente, la mayoría de los clientes se presentarán a sacar su dinero, consecuencia probable: quiebra del banco.

De igual forma se da el proceso de criminalización o de etiquetamiento:

1. *En el plano social general (macroperspectiva)*

Aquí la cuestión radica en cómo concreta una sociedad su imagen de criminalidad.

El interés se dirige a dos procesos esenciales que son: el establecimiento de la norma penal y su aplicación por medio del poder constituido para ello.

2. *En el plano intrapersonal (microperspectiva)*

En este plano se plantea cómo se transforma en criminal, alguien que, aunque no tenga una conducta aparentemente desviada, es tratado y definido como tal.

40 Becker, uno de los fundadores de la teoría del etiquetamiento, menciona que la desviación no es una cualidad del acto que la persona realiza, sino una consecuencia de la aplicación de las reglas y sanciones que los otros aplican al ofensor. *Cfr.* Becker, H., *Outsiders*, Nueva York, Free Press, 1963, p. 9; Baratta, Alessandro, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, *Política criminal y reforma de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982, p. 35; Bustos Ramírez, Juan, “Control social y sistema penal”, *El sistema penal*, Chile, PPU, pp. 511-523, y *Derecho penal y criminología*, núms. 27-28, 1985-1986.

La interacción entre la micro y la macroperspectiva se muestra cuando precisamente los encargados de las actividades de control social generan muchos criminales.

Lola Aniyar de Castro entiende y analiza el anterior proceso de criminalización desde tres perspectivas:

a) *Perspectiva horizontal.* Que estudia cómo una conducta social cualquiera puede convertirse por obra de la ley en criminal (la criminalización de la conducta sería sinónimo de incriminación). Es decir, la criminalización de la conducta sería el acto o conjunto de actos dirigidos a convertir una conducta que antes era lícita en ilícita, mediante la creación de una ley penal.

b) *Perspectiva diagonal.* Considera las maneras en que un individuo puede llegar a convertirse en criminal. La criminalización empieza desde que el sujeto es detectado o se le quiere incriminar, hasta pasar por las fases de investigación, juicio, sentencia y ejecución (prisión).

c) *Perspectiva vertical.* Describe el proceso de cómo un simple desviado se convierte en criminal, resultado de la estigmatización.

En la primera perspectiva, como ya hemos mencionado, los delitos no son otra cosa que estereotipos sociales insertados en el mundo penal, simplemente como conductas posibles. Empero, lo que puede ser perfectamente normal en un momento histórico determinado, puede no serlo en otro, es decir, lo que se considera como una conducta normal puede no ser normal de acuerdo a esta perspectiva horizontal y a la clasificación que de ella realicen los encargados de las actividades de control social. Es cuestión de grado, de funcionalidad y de tolerancia, la sociedad absorbe y reprime conductas que pueden ser dañosas, pero necesarias para la convivencia social (pequeños hurtos en tiendas por los mismos empleados, evasión de impuestos). Por ello, el proceso de criminalización debe ser estudiado más en relación con las normas, que en relación a la personalidad del delincuente.

La segunda perspectiva configura todo el procedimiento penal (investigación, preinstrucción, instrucción, primera y segunda instancia y ejecución), que a veces señala como criminales a determinadas personas en vez de a otras o las señala sin serlo, mediante un sistema de selección.

La perspectiva vertical se refiere a la criminalización del desviado, que comprendería el proceso psicológico y social, mediante el cual quien no es más que un simple desviado se transforma en criminal (proceso de

conformación de carreras criminales). Aquí entraría la llamada criminología interaccionista, que entiende que la delincuencia no es una característica del autor, sino que depende de la interacción que existe entre quien realiza el acto punible y la sociedad. Son los procesos de selección, más la aplicación de la etiqueta delictiva a quien resulte seleccionado (criminalizado), lo que hace surgir al delincuente y lo que influye en la imagen y aparición de la delincuencia a nivel general.⁴¹

Payne califica las etiquetas como pasadizos que dirigen e inician una carrera desviada y como prisiones que constriñen a una persona dentro del rol desviado.⁴² El etiquetamiento sería entonces el proceso por el cual un rol desviado se crea y se mantiene a través de la imposición de etiquetas delictivas y una etiqueta social sería una designación o nombre estereotipado, imputado a una persona, a través de un proceso penal; en síntesis, no son otra cosa que formas de clasificar a individuos en agrupaciones manejables.

Una etiqueta positiva podría ser: trabajador, inteligente, jurista, y una negativa: ratero, criminal, homicida, estafador, ex presidiario. Estas etiquetas, roles o pasadizos pueden ser verdaderas o falsas, que se asignan a determinadas personas para estigmatizarlas. Puede suceder que el etiquetado se crea su rol, como a quien se le etiqueta de homosexual y al paso del tiempo se convierte en ello, o quien ingresa a la prisión por un pequeño fraude y sale convertido en un verdadero profesional.

Quienes tienen mayores posibilidades de ser etiquetados son los pertenecientes a las clases sociales más bajas, aquí no tiene nada que ver su situación psicológica y social, sino su destino de poder ser marcado y seleccionado como criminal por las instancias de control social. Sus comportamientos habituales resultan un delicioso pretexto de criminalización: vagancia, aspecto físico, racismo, embriaguez, falta de educación.⁴³

Al crearse los estereotipos se establecen conductas que son fácilmente manipulables, el estereotipo del borracho de clase baja sería el de un su-

41 Cfr. Turk, Austin, *Criminality and Legal Order*, USA, Rand McNally, Sociology Series, 1969.

42 Payne, William, "Etiquetas negativas. Pasadizos y prisiones", en Olmo, Rosa del (comp.), *Estigmatización y conducta desviada. Criminología, textos para su estudio*, Maracaibo, Publicaciones del Centro de Investigaciones Criminológicas de la Universidad de Zulia, núm. 2, 1973.

43 Recuerdense las teorías subculturales defendidas por A. Cohen, Cloward-Ohlin y Miller. Estas teorías subculturales establecían que la delincuencia era una respuesta a los problemas sociales, a los problemas creados por la estructura social, ya sea por la entidad geográfica donde se viva, en cuanto a su organización o desorganización (escuela de Chicago), o por medio del aprendizaje de acuerdo al estatus socioeconómico del individuo.

jeto harapiento, sin educación, embrutecido por el alcohol, peligroso, quien debe ser sujeto de medidas de control: médicas, psiquiátricas, educacionales, legales. Su estereotipo sirve a otras clases sociales, por lo general, las clases altas, para justificar su propio consumo de alcohol, su violencia y su impunidad.

El estereotipo de ladrón se contrapone al de estafador, el primero es estigmatizado, al segundo se le admira, se le imita y hasta se le protege.

Surge entonces la figura del chivo expiatorio, hacia él se dirige toda la carga agresiva de la sociedad, a él se le culpa de todos los problemas, resulta ser, en consecuencia, la válvula de escape necesaria para evitar que la sociedad estalle, a la manera de una gran “olla de presión”, que necesita de una válvula que permita el escape de vapor, para no explotar; hacia él se dirige, a veces de forma manipulada toda la carga explosiva de la sociedad, todo el resentimiento y toda la frustración. Se reducen, así, las tensiones de la clase.

El grado de vulnerabilidad es mayor si no se tiene la fortuna de vestir bien, de ser moreno, bien educado o tener el pelo largo, resulta vigente la expresión de “como te ven te tratan”, si eres un sujeto que encuadra dentro del estereotipo, ni siquiera se te toma en cuenta, ni para el trámite más sencillo. En oficinas públicas o privadas es frecuentemente ver que el sujeto sea discriminado, aun en comercios, se atiende primero a la persona educada y bien vestida.

Chapman⁴⁴ dice que las relaciones sociales se han convertido en “una técnica para la manipulación de los símbolos”, que favorece a los administradores del poder, de las buenas posiciones sociales y de la ideología que se transmite. Indudablemente que ésta es una cuestión de origen, creada, aceptada, comprendida y enseñada, así, se transmite por el padre al hijo, es el padre quien enseña al hijo a conducirse de acuerdo a estereotipos, no se diga lo que ocurre en la escuela, universidades, centros culturales, religión, libros, radio y televisión, sólo por mencionar algunos.

El sujeto que ha caído en prisión difícilmente puede despojarse de la etiqueta que se le ha otorgado. Al salir de la prisión, suele suceder que el sujeto acepte ese rol al no encontrar empleo, o al haber aprendido su

44 Chapman, Denis, *Sociology and Stereotype of the Criminal*, Londres, Tavistock Publications Ltd., 1968 (recopilación de Lola Aniyar de Castro).
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

rol en prisión. Ello contribuye a aumentar la agresividad contra el chivo expiatorio, al seguir cometiendo delitos, al convertirse en reincidente.⁴⁵

III. POLÍTICA CRIMINAL

En cuanto a la política criminal, desde un punto de vista general, ésta se ocupa del estudio, sistematización y realización de las concepciones del orden en la lucha contra la delincuencia; su campo de estudio es muy amplio, y tiene injerencia en todo lo relacionado con la administración y procuración de justicia, su configuración, ampliación y ejecución.

En sus inicios se entendió por política criminal la imposición de una escuela de principios de siglo, para la cual era la política del Estado que, guiada por la criminología, se dirigía a combatir el delito. La política criminal, así entendida, tenía como límite el derecho penal, que era la carta magna del delincuente, es decir, la política criminal podía combatir el delito hasta donde se lo permitiera el derecho penal. La política criminal defendía a la sociedad y el derecho penal, al delincuente.⁴⁶

En la práctica diaria, parecía que la política criminal era utilizada aun sin tener plena conciencia de ello, a través de razonamientos deductivos, a partir de axiomas incontestables, por ejemplo, la política criminal siempre estuvo presente en el método de interpretación teleológica orientada al bien jurídico.⁴⁷

La situación actual de la política criminal se debe al desarrollo que ha alcanzado en los últimos tiempos. Ahora pocos son los que parecen rechazar las conveniencias de la política criminal. La utiliza la política jurídica, que es fundamento y justificación de acciones de gobierno, con base en estudios aparentemente científicos, fundamentalmente sociológicos. En este proceso se ha utilizado al derecho penal como medio legislativo de imposición jurídica y aseguramiento del cambio social deseado.

45 Decía Sergiusz Piasecki (*op. cit.*, nota 1): “no podía”, escribe en su apología el preso, “irme a casa de mi padre” —quien, por lo demás, lo había abandonado—, “porque vivía muy lejos, en el extranjero. No hallé posibilidad de alistarme en la Legión Extranjera, porque era oficial de la reserva. Durante seis meses no he recibido más que humillaciones y negativas cada vez que he buscado trabajo. todo parecía conjurarse para impelerme el mal y nada podía ayudarme a evitarlo [...]”.

46 Zaffaroni, Raúl Eugenio, *op. cit.*, nota 18, p. 87.

47 Silva Sánchez, Jesús María, “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 17-29.

Dice Roxin⁴⁸ que la cuestión de cómo debe procederse contra personas que han dañado las reglas de la convivencia social constituye el objeto de estudio de la política criminal. Trata de desarrollar toda una estrategia para luchar contra el delito. Así, desde Kant y Hegel, la pena estaba al servicio de la realización de la justicia, en tanto que al autor debía imponérsele una pena de acuerdo a su culpabilidad. Después se reconoció que el fenómeno de la criminalidad no era una cuestión ética-filosófica, sino un fenómeno molesto y gravoso socialmente, y que con la sola teoría de la retribución no podía combatirse con éxito. El último paso fue llegar al establecimiento del criterio de la prevención especial en forma de resocialización y de tratamiento, con graves retrocesos, sobre todo en Italia, América, países escandinavos y en la Europa central. Ello, por el establecimiento de tratamientos médicos y penas privativas de libertad indefinidas, aunado a los problemas de falta de recursos económicos suficientes para enfrentar con éxito los programas de resocialización.

Por supuesto que estos argumentos de la política criminal, dice Roxin, han sido tomados en cuenta por la mayoría de los países europeos. El principio de culpabilidad exige una proporcionalidad entre el hecho y la pena y prohíbe las penas indeterminadas. El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana señala que el Estado no tiene la obligación de hacer mejor a sus ciudadanos; que, por otra parte, los autores condenados tienen el derecho de poder integrarse nuevamente a la comunidad después del cumplimiento de su pena, entendiéndose que el inculcado tiene derecho a la resocialización, pero puede decidir, por sí mismo, hasta dónde quiere hacer uso de ese derecho.

Kaiser, director de la División de Criminología del Instituto Max Planck de Friburgo, dice que “una ejecución penal sin oferta de resocialización e interés en el tratamiento [...] significa para nosotros en la realidad deshumanización y un paso atrás”.⁴⁹

De acuerdo con Roxin,⁵⁰ lo anterior no puede ser la última palabra, el derecho penal del tratamiento presupone sólo una pequeña parte de la criminalidad; hay otro tanto que no necesita de resocialización, bien porque los delitos cometidos no sean de los considerados graves, o bien que sus autores no estén necesitados de resocialización, como quien comete

48 Cfr. Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*, Barcelona, PPU, 1992, pp. 9-20.

49 *Ibidem*, p. 27.

50 *Ibidem*, pp. 28-30.

un robo o un fraude; tal vez su autor lo que necesite es dinero, no resocialización. Parte importante —cada vez con mayor auge— lo constituye el principio de la reparación (ahora también la conciliación y el arbitraje), como un camino considerado como suficiente, bien para lograr la resocialización, conduciendo a una reconciliación entre autor y víctima, y para lograr el cumplimiento de los fines de la pena, de acuerdo a lo que se ha dado en llamar integración-prevención, cuando es el autor del delito el que repara el daño con sus propios medios, pudiendo inclusive aplicarse en casos de robo, fraude, casos de tentativa, de lesión de bienes jurídicos inmateriales, y aun en casos de delitos de “lesa majestad”, como el homicidio.

Resulta relevante pensar en la víctima u ofendido por el delito, que en nuestro sistema, por otra parte, apenas empieza a tener importancia dentro de la averiguación y del proceso penal; por eso, en otra parte decíamos que estamos seguros de que el derecho penal del futuro será un procedimiento en favor de éstos.⁵¹

Como objeción, desde el punto de vista político criminal, se dice que la mediación por medio de la reparación transforma al proceso penal en algo próximo al diván de un psicoanalista, olvidando que el proceso penal está destinado a cumplir con sus fines, de acuerdo a principios de prevención general y especial, y hace rentable la comisión de hechos delictivos: se plantean de nuevo cuestiones como la de la privatización del sistema penal.

En la actualidad, la mayoría de los autores estarían de acuerdo con Roxin y Silva Sánchez en que un sistema moderno de derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, esto es, debe estar asentado sobre determinaciones valorativas de fines. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una valoración preestablecida, se garantiza de antemano la sintonía entre consecuencia sistemática y la pretendida corrección material, cuya ausencia ha traído consigo tantas dificultades.⁵²

51 Cfr. Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “El Ministerio Público en México, su pasado y su futuro”, *Revista Jurídica, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 26, 1996, p. 298; J. Queralt, Joan, “Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación”, y Vicente Remesal, Javier de, “La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro”, ambos en *op. cit.*, nota 48.

52 Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *op. cit.*, nota 47, p. 22, y Schünemann, Bernd (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 94-104.

Sin embargo, es útil resaltar que, en estos procesos, la política criminal tiene un lugar destacado, en cuanto a sus decisiones de tipo valorativo. Ahora todo depende de la cooperación que exista con la criminología y la dogmática penal. Empero, no hay que olvidar que toda norma surge en principio de una decisión política, la norma es hija de la decisión política, dice Zaffaroni, pero el cordón umbilical entre la decisión política y la norma lo corta el principio de legalidad, al menos en cuanto a la extensión punitiva, nosotros agregamos, y a la voluntad de romper con ese cordón umbilical. Por ello se habla no de configuraciones distintas de acuerdo a sus instrumentos de trabajo, sino de cooperación entre ellas, es decir, entre criminología, política criminal y derecho penal, concepto vigente y aceptado en el medio jurídico internacional. Para ello baste el derecho comparado, que ha sido de gran trascendencia para el desarrollo de la política criminal, por ejemplo, el esfuerzo por la creación de un Código Penal tipo y proyectos de reforma en América Latina, o el Proyecto del Código Penal Alternativo.⁵³

Finalmente y en una apretada síntesis de acuerdo con Roxin, podría decirse que el fin principal de la política criminal conjuntamente con los objetivos del derecho penal es el de lograr el establecimiento de una normatividad racional-valorativa, que logre la armonía de los derechos de los integrantes de la sociedad. Las condiciones que, de acuerdo a un lugar y a una época determinada, no nos lleven a lograr esos fines debemos suprimirlas, utilizando los principios de *ultima ratio*, de subsidiariedad y el de carácter fragmentario del derecho penal, de ahí que nos acerquemos a ensayar de manera preponderante, principios preventivos, restitutorios y reparatorios.

IV. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

La dogmática penal arranca, con un sentido moderno, desde la obra de Franz von Liszt en 1881.⁵⁴ La dogmática penal mexicana, sin lugar a

53 Bacigalupo, Enrique, *Estudios de derecho penal y política criminal*, México, Cárdenas Editores, 1989, pp. 267-322; Bustos Ramírez, Juan, "Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana"; Straternwerth, Günther, "Tendencias y posibilidades de una reforma del derecho penal. A propósito de la reforma alemana del derecho penal"; Rodríguez Mourullo, Gonzalo, "Directrices político criminales del anteproyecto de Código Penal español", todos publicados en *op. cit.*, nota 40, y Quintano Ripollés, Q., *Comentarios al Código Penal español*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1966.

54 El pretender realizar un estudio, así sea somero, en cuanto a la dogmática penal, su desarrollo histórico y su actualidad rebasaría en mucho el objetivo de este pequeño ensayo, por lo que sólo esperamos que al lector le resulte interesante y lo lleve a profundizar sobre estos temas, por demás

dudas, ha tenido su propia evolución, que parece haberse centrado apenas en el finalismo.

El desarrollo de la dogmática jurídico-penal pareció haber tenido un estancamiento durante muchas décadas, desde las elaboraciones de Liszt y Belling, y las de Hans Welzel y su sistema finalista, hasta la segunda posguerra, en donde hicieron su aparición el derecho humanitario y la nueva criminología crítica. En la época actual prácticamente, en nuestro sistema —como hemos mencionado—, el modelo es el sistema finalista.⁵⁵

Desde nuestro primer Código Penal federal de 1871, hasta el vigente de 1931, hemos estado influidos por los principios desarrollados por las escuelas clásica y positiva, hasta llegar a tomar una posición ecléctica entre las dos anteriores, es decir, tomando conceptos fundamentales de los clásicos y de los positivistas. En esa época todavía no se hablaba de una teoría del delito, como producto de la construcción dogmática, sino más bien de una teoría del hombre delincuente, a pesar de que la llamada dogmática penal ya había alcanzado un amplio desarrollo.⁵⁶

fascinantes, que abarcarían desde el llamado sistema clásico (Franz von Liszt, Belling, Radbruch); sistema neoclásico o teleológico (Reinhart Frank, J. Goldschmid y Freudenthal, Schmidt, Mezger, Hegler, M. E. Mayer, H. A. Fischer, Frank-Festgabe y Goldschmidt), el sistema finalista (Hans Welzel, Von Weber, E. Wolf, Graf zu Dohna y H. Mayer, Armin Kaufmann), para después estudiar el injusto y los problemas de la imputación objetiva y terminar, por así decirlo, con los sistemas funcionalistas y teleológicos-racionalistas (Jakobs, Karl, Gimbernat y Roxin). En cuanto a estos sistemas, cabe destacar que todavía no existe plena conformidad entre la doctrina, ya que algunos son partícipes del sistema causalista; otros, del sistema finalista, y algunos otros, de los nuevos sistemas. En cuanto a la dogmática del delito, de igual manera, no hay plena conformidad en cuanto a que ciertos elementos del delito sean elementos o simplemente presupuestos de éste. Desde el planteamiento hecho por Guillermo Sauer y su teoría heptatómica del delito, hasta otras que manejan hasta dos elementos del delito, por ejemplo, González Quintanilla, que suprime el elemento de la imputabilidad por considerar que es una simple referencia al delincuente y no del delito; Olga Islas de González Mariscal, Elpidio Ramírez y Eugenio Zaffaroni refieren a la antijuridicidad como componente del tipo y no del delito en su modelo lógico-matemático. La doctrina alemana sostiene que los elementos esenciales del delito sólo contienen dos elementos: el injusto y la culpabilidad. El injusto comprende a la acción, la tipicidad y a la antijuridicidad y el elemento culpabilidad contiene la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad (el delito es un injusto merecedor de pena). Aun cuando en estricto sentido en la doctrina alemana existe conformidad con la definición clásica de delito como acción, típica, antijurídica y culpable. Al respecto, Vela Treviño, Sergio, y Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.*, nota 31; Márquez Piñero, Rafael, *op. cit.*, nota 31; Jescheck, Hans-Heinrich, *op. cit.*, nota 20, vol I, pp. 70, 268 y 274-286.

⁵⁵ Téngase presente los artículos 168 y 122 de los Códigos Federal y del Distrito Federal de Procedimientos Penales, respectivamente.

⁵⁶ *Cfr.* Moreno Hernández, Moisés, “Sobre el estado actual de la dogmática jurídico penal mexicana”, *Trabajo de formal ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales como miembro de número*, presentado en la sesión del 17 de septiembre de 1992.

Dice el doctor Moisés Moreno⁵⁷ que, a diferencia de la opinión dominante en Alemania y en otros países, que parten de una construcción tripartita del delito, compuesta de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, en la doctrina mexicana no existe un acuerdo en cuanto a su estructura. Cada quien se aferra a su propia construcción, de la misma forma en que sólo hasta fecha reciente hemos ubicado al dolo y a la culpa en la estructura de la tipicidad. Por lo que puede decirse que la dogmática penal en México ha avanzado lentamente y que prácticamente no existe interés en vincular a la política criminal con la dogmática y mucho menos a éstas, con la criminología.

La dogmática penal, entendida como equivalente de ciencia del derecho penal, tiene como objeto de conocimiento el derecho penal positivo, cuyos postulados los toma como “dogmas”, los estudia y sistematiza. La ley tiene el carácter de dogma, porque es el instrumento con que trabaja el juzgador, pero no entendida como un fetiche, sino como una norma de la cual hay que descubrir su voluntad, por ello, estudia el contenido de las normas jurídico-penales para extraer su voluntad, con base en la interpretación, construcción y sistematización.⁵⁸

Expresado de una forma más sintética, dice Zaffaroni, el método dogmático consiste en un análisis de la letra del texto, en su descomposición analítica en elementos (unidades o dogmas), en la reconstrucción coherente de esos elementos, lo que arroja por resultado una construcción o teoría. La denominación de “dogmática”, como la bautizara Rudolf von Ihering, tiene un sentido metafórico, porque el intérprete no puede alterar esos elementos, y debe respetarlos como dogmas, tal como le son revelados por el legislador, lo que es un principio básico: el intérprete no puede alterar el contenido de la ley.⁵⁹

Ahora bien, en la construcción de los principios dogmáticos, debemos tomar en cuenta los hechos que suceden en la realidad, aunque a veces no sea así, ya que se ha tomado a la dogmática como una mera construcción conceptual y como un sometimiento elaborado de la voluntad del legislador, de acuerdo a la ideología y a los fundamentos del control social. Ejemplo de este proceder lo tenemos en las relaciones entre criminología positiva y dogmática, en las que se buscaba a los sujetos crimina-

57 *Idem.*

58 *Vid.* Porte Petit Candaudap, Celestino, *Apuntamientos de la parte general de derecho penal*, México, Porrúa, 1977, pp. 31 y 32.

59 Zaffaroni, Raúl Eugenio, *op. cit.*, nota 18, p. 130.

lizados, preferentemente a los reclusos en las prisiones y los manicomios, para estudiarlos y determinar el por qué éstos eran diferentes a los sujetos “normales”. Aquí, como vemos, se excluía el proceso de criminalización. De esta manera, esas relaciones contribuían para que el proceso mencionado fuera un factor determinante de legitimación del sistema penal.⁶⁰

A partir de la década de 1930, empieza a verse un intento de independencia entre la dogmática penal y las ciencias antropológicas y sociológicas, no obstante encontrarse con fuertes obstáculos para ello, como el de los regímenes autoritarios que desalentaban cualquier investigación sobre el particular.

También en estos momentos, puede notarse un cambio sustancial en el entendimiento del fenómeno delincencial, sobre todo a partir de las teorías liberales anglosajonas, que empiezan a tomar el fenómeno como una cuestión normal, “la desviación criminal es un fenómeno normal” de toda estructura social,⁶¹ en donde la ley nunca triunfará, porque va en contra de la naturaleza humana, ya que la ley es impotente para cambiar la naturaleza de las cosas. Recordemos que el *labeling approach* ha puesto de manifiesto que la desviación y la criminalidad no son entidades ontológicas preconstituidas, sino que más bien son características preconstituidas y atribuidas a determinados sujetos, por medio de distintos mecanismos ideados por los detentadores del control social.⁶²

Por lo anterior, resulta necesario insistir en la necesidad de lograr una efectiva integración entre estas disciplinas conjuntamente con la política criminal. Hoy en día las investigaciones criminológicas se refieren al estudio de las instancias de control social, oficiales y no oficiales, en donde la dogmática penal tiene intervención, ya que es a través de ésta donde se promueve el instrumental conceptual adecuado, para convertir las decisiones del legislador en las decisiones programáticas del órgano jurisdiccional, e influir, por otra parte, en las orientaciones de la política criminal sobre esas decisiones. En este último caso, dice Ba-

60 Vid. Baratta, Alessandro, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del método integral de la ciencia penal”, *Papers, Revista de Sociología*, Barcelona, Península, Publicaciones de la Universidad de Barcelona, núm. 13, Sociedad y delito, 1980, p. 2.

61 *Idem*.

62 Resaltamos que el *labeling approach* toma en cuenta en sus investigaciones la llamada cifra negra de la criminalidad, los delitos de cuello blanco y de cuello dorado. Cfr. M. Simonetti, José, y Virgolini, Julio E. S., *Del delito de cuello blanco a la economía criminal*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1990.

ratta,⁶³ la dogmática desempeña la función de una instancia que provee de carácter científico a la política criminal.

En la realidad, resulta lamentable darse cuenta de que esta clase de esfuerzos, estas investigaciones y la necesidad de una plena integración en la práctica se desestimen, inclusive se rechacen o se tomen acciones para que sus resultados se desconozcan, hasta el extremo de erradicar dentro de los planes de estudio de las Universidades la criminología,⁶⁴ por mencionar sólo alguna, con lo que el conocimiento se fragmenta al estudio sólo de la norma legal y se limita, las más veces, a reproducir una ideología oficial de respaldo al orden económico y social vigente. En este orden, desde el llamado “constructivismo social”, el derecho deja de aparecer como algo realmente autónomo, y se deja ver como lo que realmente es: una producción de los que detentan el poder; del mismo modo ahora aparece la administración de justicia, como la de un mecanismo del sistema para imponer su orden y su estratificación a aquellos a quienes ha escogido cuidadosamente a través del poder político para su enjuiciamiento.⁶⁵

Darse cuenta de lo anterior y del entrenamiento del que hemos sido objeto, el reconocerlo y, sobre todo, difundir que la norma ha sido utilizada durante siglos sólo es parte de lo mismo, de todas formas se buscan formas para la subsistencia del sistema, por lo que sería plausible poner atención, más que en el delincuente, en nuestro sistema jurídico.

Siempre se ha visto como una solución al problema el aspecto retributivo e intimidante de la pena, así como la supuesta resocialización del individuo sujeto a prisión, sin tomar en cuenta si también es necesario un cambio en nuestro sistema, un cambio de nuestra realidad. No es suficiente para ello crear organismos o instituciones al alcance de los particulares para ofrecer alternativas o vías idóneas de defensa de sus intereses transgredidos, sino que es necesario un cambio de mentalidad que nos saque de nuestro confinamiento.

Es tiempo, como nos dice Manuel Grosso, de olvidar “los idílicos tiempos en que lo único que importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad”.⁶⁶ Al delincuente lo que menos le interesa es ser causalista o finalista, lo que sí le puede interesar es ser funcionalista, pero

63 Baratta, *op. cit.*, p. 18.

64 *Idem.*

65 *Idem.*

66 *Idem.*

para tratar de ser funcional en su *modus operandis*. Por ello, es tiempo de ver qué esconde el verdadero mundo penal, es tiempo de encontrar nuevas soluciones; es tiempo de encontrar o buscar un nuevo cambio social.

En el futuro, dice Moisés Moreno, la dogmática penal en México debe ser menos pasiva y menos acrítica; si ha logrado cambios importantes, esa actitud debe reforzarse para lograr que las decisiones político-criminales culminen con el más amplio reconocimiento y respeto de los derechos del hombre, fin de todo Estado democrático de derecho, que sin duda será el sistema político por el que el hombre opte en el futuro.⁶⁷

Gramsci⁶⁸ dice que el consenso transforma la violencia de la clase dominante en hegemonía —no hay que olvidarlo—.

Tampoco hay que olvidar algo que esperemos que no sea indefectible e inexorable: cualquiera que sea la forma de organización que adoptemos para controlar la delincuencia, el Estado siempre tendrá en sus manos el control, que servirá a sus propios intereses y a los de la clase dominante, a través de la ley y el derecho. Por ello, tampoco olvidemos que los seres humanos somos los creadores del Estado y del derecho; no debemos conducirnos al margen, como si no tuviéramos voluntad sobre ellos. Es tiempo de decir basta a la tendencia del Poder Legislativo de pretender resolver todos los problemas sociales a través de la ley penal; se invocan problemas políticos, económicos, sociales y a todos aquellos se les pretende asociar con soluciones punitivas. La consecuencia lógica de no saber enfrentar los problemas es pretender resolverlos con la emisión de leyes punitivas, para proyectar una impresión de eficacia en la solución de los grandes problemas sociales, olvidando que, con esa emisión de leyes, se está dinamizando la función del aparato punitivo del Estado, en función de los distintos intereses que debe proteger, con la consecuencia de un aumento en los poderes de selección y vigilancia, en los que el Poder Judicial va viendo reducido su campo de aplicación, al resolver sólo los pequeños casos que le son seleccionados.⁶⁹

67 Moreno Hernández, Moisés, *op. cit.*, nota 56.

68 *Cit.* por Aniyar de Castro, Lola, “La criminología crítica, o la realidad contra los mitos”, *Delito Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. 2, núm. 8, p. 3.

69 *Cfr.* Zaffaroni, Raúl Eugenio, “Tendencias finiseculares del derecho penal”, *Tendencias actuales del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 165 y 166.

V. SITUACIÓN CONTEMPORÁNEA

Con lo aquí expuesto, aparentemente queda la sensación de que la criminología tiene su epílogo en el *labeling approach*. Sin embargo, hay que recordar que esta teoría del etiquetamiento data desde la década de 1960.

Lo anterior —aun para los entendidos— parece resultar desconcertante. A ello se suma que en sistemas —tan manejados— como el nuestro, estas teorías parecen desconocerse, así como las posteriores, elaboradas por teóricos realistas, que propugnan —incluso— por la abolición del sistema penal. Ello, por la predilección y el fomento de la investigación positivista, en donde el régimen legal se da por supuesto, de ahí la decantada y predilecta frase discursiva de que “vivimos en un Estado de derecho”.

El pensamiento positivista discurre sobre la existencia; su interés radica en el método para descubrir las leyes del mundo físico (así, podremos predecir y controlar el futuro mediante el conocimiento por parte de los seres pensantes). Su interés principal radica en el mantenimiento de las cosas, en el mantenimiento del orden establecido de acuerdo al discurso oficial, que acepta y protege. El derecho, el sistema, las reglas del juego funcionan como están establecidas; en consecuencia, hay que protegerlas, y para ello se hace uso de costosas investigaciones científicas positivistas, cuyo objetivo es la legitimación del sistema.

Lo anterior incluso puede recalarse en teorías —supuestamente novedosas— como las “funcionalistas”,⁷⁰ las subculturales,⁷¹ las de la ano-

70 Esta corriente sociológica funcionalista fue desarrollada por Parson en la sociedad norteamericana en la década de 1950, con gran influencia en Europa y tomada durante años como la ciencia política por excelencia. Parson pretendió explicar qué mantiene a la sociedad unida, de acuerdo al tema hobbesiano, “el hombre es el lobo del hombre”, si el hombre es egoísta por naturaleza, si cada quien cuida lo suyo ¿cómo es que la sociedad no se desintegra? ¿Por qué no se produce la lucha de todos contra todos? El funcionalismo utilizó el símil de un organismo humano, en donde el todo, compuesto de diversas partes, funcionan como un sistema, de manera interrelacionada, igual que la sociedad. También ésta está formada por diversos subsistemas (económico, político, social, cultural) que aseguran su buen funcionamiento. Toda institución puede ser, en consecuencia, funcional o disfuncional, cuando rompe con el orden social. Así, los críticos del funcionalismo de Parson afirman que las instituciones son funcionales pero ¿para quién? Es ésta una teoría sumamente conservadora, que promueve el *statu quo* del sistema, sin importar si es justo o no.

71 Cfr. Cohen, A., *Delinquent Boys: the Culture of the Gang*, Nueva York, Free Press; Miller, 1955; W. B., “Lower Class Culture as a Generating Milieu of Gang Delinquency”, *Journal of Social Issues*, 1958, núm. 14, y Matza, D., “Subterranean Traditions of Youth”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1961, vol. 338, cit. por Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 7, pp. 6-15.

mia,⁷² que, en el fondo, aparte de constituir un profundo avance, no dejan de ser parte de lo mismo, es decir, de estar sumidas en la misma base positivista.

Ello trajo como consecuencia (en lo que sigue vamos a seguir el excelente libro de Elena Larrauri), de todo un movimiento antipositivista, producto de sociólogos de la desviación, que crearon una nueva teoría de la desviación, de acuerdo al clima que se vivía en la década de 1970.

En 1965, se intensificaba la guerra contra Vietnam, y Estados Unidos bombardeaba a la población con napalm; se prohíbe en Alabama la marcha de Luther King en favor de los derechos civiles de los negros; en 1966 se produce la revolución cultural china promovida por Mao Zedong; el Che Guevara es asesinado en 1967; hay golpe militar en Grecia, e Israel realiza su guerra de los seis días contra Egipto y se suceden los asesinatos de Martín Luther King y Robert Kennedy; en México se producen las movilizaciones estudiantiles de 1968; las tropas rusas invaden Checoslovaquia en la primavera de Praga; el halconazo de Tlatelolco, con cientos de estudiantes muertos.⁷³

Este panorama hizo resurgir el movimiento de izquierda, en lo que se ha dado a llamar la nueva izquierda (*new left*), que trajo consigo un rechazo a la moral de la sociedad imperante y que implicaba formas radicales de comportamiento: se afirmaba el placer, no esperar a ser viejo, ni a ser rico, ni a trabajar toda la vida para disfrutarla, se realza el valor de la naturaleza, y la amistad, valores no consumistas, y se afirma el derecho a la diferencia, a respetar formas alternativas de vida.⁷⁴

Vivimos en una sociedad de control, desde el control social, hasta el control impuesto por una sociedad de consumo, ahora nos conformamos por vivir un estado de cosas, nos consumimos leyendo, viendo películas, trabajando, cumpliendo un horario, etcétera.⁷⁵ Por ello, Gouldner dice que la desviación es un acto de rebeldía, un acto de lucha contra el sistema, la desviación no es producto del control social, sino una opción en contra de las elites del poder.⁷⁶

72 Cfr. Merton, R., *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, Illinois, Free Press, 1957, cit. por Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 7; *vid.*, de igual forma, Pavarini, Massimo, "La naturaleza histórica y políticamente determinada de la teoría funcionalista de la anomia y de las interpretaciones subculturales", en Pavarini, Massimo, *op. cit.*, nota 3, pp. 112-118.

73 Cfr. Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 7, p. 69.

74 *Idem.*

75 Fromm, E., *La condición humana actual*, 6a. reimp., México, Paidós, 1989.

76 Gouldner, A., "The Sociologist as Partisan: Sociology and the Welfare State", *The American Sociologist*, 1968, cit. por Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 7, p. 106.

Posteriormente aparece la nueva criminología,⁷⁷ como consecuencia de los postulados marxistas que fueron utilizados para criticar las anteriores teorías criminológicas, como la del etiquetamiento (*labeling approach*), en razón de que se descuida el estudio de la aparición de la desviación primaria en donde los sujetos aparecen dotados de elección superando el determinismo de la teoría del etiquetamiento.

En síntesis y antes de entrar a la década de 1980, un intento de esquematizar las ideas de la nueva criminología, a que se ha hecho referencia a lo largo del presente ensayo, puede exponerse en lo siguiente:⁷⁸

- La sociedad está gobernada por una clase dominante;
- Los intereses de la clase dominante son plasmados en el derecho penal;
- Las leyes penales defienden los intereses de la clase dominante y no los intereses de la población;
- Los órganos represivos protegen los intereses de esta clase, el Estado aparece como el “ventrílocuo” de la burguesía;
- Su protección no se basa en la legitimidad de los intereses defendidos, sino en la coerción o en la difusión de una falsa conciencia;
- El delito es fundamentalmente el resultado de la lucha entre los que tienen el poder y los que carecen de él;
- Las actividades que se definen como delictivas son aquéllas que amenazan los intereses de la clase dominante. Al definir las como delito consiguen el apoyo del Estado, de las instituciones sociales y de la sociedad, y
- Las sanciones penales se aplican de forma desproporcionada a las clases sociales inferiores, que con sus actos delictivos amenazan las posiciones de privilegio de la clase dominante.

En consecuencia, dice Larrauri, la tarea de la nueva criminología es:

- Desmitificar la ley penal para revelar que en el fondo defiende intereses de clase;

⁷⁷ Taylor, I; Walton, P., y Young, J., *The New Criminology*, Londres, Routledge, trad. de A. Crosa, Buenos Aires, Amorrotu, 1977, *cit.* por Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 7, pp. 101 y ss.

⁷⁸ Durante el desarrollo de nuestro ensayo, no escapamos a la tentación de esquematizar o sintetizar los postulados de la criminología crítica, como tampoco lo hicieron, Traub, S. H., y Little, C. B., *Theories of Deviance*, 3a. ed., Illinois, Peacock Publishers, 1985, *cit.* por Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 7, p. 118.

- Estudiar los órganos de control social para mostrar su complicidad con los intereses de la clase dominante;
- Proponer nuevas definiciones de delito que protejan los intereses de las capas sociales más débiles, y
- Vincular la teoría a la práctica para alterar el actual sistema capitalista causante de esta situación.

Como resulta obvio, este esquema ha sido y sigue siendo aceptado, así como fuertemente criticado por los científicos de las áreas sociales, llámense: positivistas, mecanicistas, funcionalistas, deterministas, constructivistas, instrumentalistas, capitalistas, socialistas, comunistas, economistas, existencialistas, fenomenólogos, etcétera.

Una de las muchas críticas que pueden mencionarse es la elaborada por Hirst, quien menciona que todas las sociedades proscriben ciertas categorías de actos y las castigan; el funcionamiento de la ley o de la costumbre, por mucho que pueda asociarse, en ciertas sociedades, con la injusticia y la opresión, es una condición necesaria de existencia de cualquier formación social. Ya se trate o no de un Estado, ya sea comunista o no, controlará y compelerá de determinadas maneras los actos de sus miembros. La fuerza policial en nuestra propia sociedad no es únicamente un instrumento de opresión o de mantenimiento del sistema económico capitalista, sino también un requisito para la existencia civilizada de las actuales relaciones político-económicas. No es posible concebir la falta de control del tránsito, ni la falta de represión del robo y el homicidio, ni tampoco cabe considerar esos controles como exclusivamente opresivos.⁷⁹

De acuerdo con los anteriores planteamientos, se tiene la impresión —en extremo— de que simplemente al pugnar por la desaparición del sistema capitalista, al acabar con la lucha de clases, que es su producto, y responsable, además, de las causas estructurales de la delincuencia, ésta terminaría, lo cual siempre ha parecido absurdo, aun para los defensores de estas posturas.

En resumen, para los positivistas todo tipo de delincuencia era patológica, mientras que para los nuevos criminólogos toda la delincuencia

79 Cfr. Q. Hirst, Paul, “Teoría radical de la desviación y marxismo: réplica a Taylor y Walton”, y “Marx y Engels sobre la ley, el delito y la moralidad”, ambos en Taylor, Ian; Walton, Paul, y Young, Jock, *op. cit.*, nota 7, pp. 296 y 297 y pp. 255-287 respectivamente. Hirst, además, rechaza la construcción de una criminología de tipo marxista, ya que supone una traslación inadecuada de los conceptos elaborados por Marx al tema de la desviación y la delincuencia.

es racional, es un acto de lucha para todo tipo de delitos, llámese robo, homicidio, violación, con excepción de los delitos de cuello blanco ya que resulta difícil concebirlos como un acto de lucha contra el sistema.

Otra línea de pensamiento (que si bien tuvo su fundamento en atacar la no consideración de las causas endógenas primarias de la delincuencia) planteó que el no estudiar las causas primarias no era lo más importante, ya que la idea causa-efecto (la causa de la causa es causa del mal causado) es un modelo lineal, por lo que era más importante el estudio del riesgo permitido, del ámbito de protección de la norma, de la contingencia, de la causalidad, de la eventualidad, de la necesidad, que la idea de la inevitabilidad del proceso causal o causa primaria. Empero, se insistía en que esta idea no era excluyente de los factores endógenos, que no por ello dejan de ser importantes (entre ellos el del control social, que sin embargo fuera atacado como causa de desviación).

En las dos últimas décadas pasadas, las condiciones variaron y comenzó de nueva cuenta una reevaluación del delito, así como más ataques al positivismo y a la misma criminología, en especial a la crítica. Empezó con un enfoque escéptico sobre todos los problemas, de que existen diferentes actos desviados, de que la reacción oficial no es la principal causa de la desviación, del delito común, del delito primario, del delincuente libre o determinado, de la cifra negra de la delincuencia, del delito de cuello blanco y del dorado.

Se acusó a la criminología marxista de tener una versión instrumental y conspiradora del derecho, que era utilizada por la clase dominante para defender sus intereses; “[...] la clase dominante conseguía atraer a la población a su causa y convencer al Estado de la necesidad de promulgar una ley que, en última instancia, defendía sus intereses ocultos bajo la idea de intereses generales”.⁸⁰

Esta teoría —se argumentaba— ignoraba la relativa autonomía del Estado y del resto de las instituciones jurídicas; su capacidad para imponer normas dependía de su capacidad de aparecer como regulador de los intereses generales de la sociedad, de ahí que, si bien éste no es neutral, tampoco es el ventrílocuo de la burguesía. Igualmente, desconoce la autonomía del derecho penal, que inclusive se opone, en muchas ocasiones, a las pretensiones del Estado.

⁸⁰ Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 7, pp. 183-187.

Desgraciadamente, dice Elena Larrauri, esta teoría conspiradora de la clase dominante contradice la realidad, un ejemplo actual: un gobierno fuerza a una compañía farmacéutica que, presionada por los grupos pro-vida, pretendía interrumpir sus investigaciones de una píldora abortiva. En este caso: ¿quién es el Estado?, ¿qué intereses defiende?, ¿cuáles son los intereses de los capitalistas?, ¿a quién favorece el derecho?

Existe confusión en cuanto al camino que debe seguirse, en la década de 1980 y principios de la de 1990, el esquema cambia. Si bien se sigue considerando el enfoque crítico, éste se encamina al estudio de sistemas abolicionistas, sustitutivistas o minimalistas, al resurgimiento de teorías relativas a la imputación objetiva, los novedosos sistemas —al menos para nosotros— sistemático y funcionalista, éste último en tres versiones: sociológico, valorativo y psicológico (Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta, Gimbernat, Jakobs, Roxin).⁸¹

Se vuelve, también, a modelos liberales o neoliberales, a la libre competencia, al libre mercado. Aparece el discurso de la renovación moral de la sociedad, aparecen los *yuppies*, los tecnócratas. Como enemigos principales: la droga, el narcotráfico, la delincuencia, la corrupción. Se vuelve a esquemas positivistas, se rescata la idea de la familia, la salud, el sexo seguro, las relaciones monogámicas. Empero lo que es cierto es que seguimos estancados en la teoría del etiquetamiento, aunque con un enfoque más realista, y con una constante, en cuanto al discurso de la crisis del derecho penal, aseveración no novedosa, pero sí recurrente cada vez que se vulnera el orden constitucional prevaleciente y se atacan los derechos fundamentales del ser humano; es decir, el eterno conflicto entre el individuo y el ente colectivo. Nos encontramos ante verdades a veces irreconciliables; por un lado, el reclamo de respeto a los derechos

81 Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2a. ed. alemana, Madrid, Civitas, 1997; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995; Jakobs, Günther, *Derecho penal, parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*, España, Marcial Pons, 1995; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1980; Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, Civitas, 1996; Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, Civitas, 1996; Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992; Frisch, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995, y Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, México, Siglo XXI, 1986. Resulta interesante consultar el libro de Hulsman, Louk, y Celis, J. Bernat de, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel, 1984, que contiene todo la perspectiva abolicionista y una interesante conversación con un abolicionista del sistema penal.

humanos y, por el otro, el respeto a los derechos de la sociedad. Lo que es cierto es que la sociedad reacciona frente a fenómenos de criminalidad de manera diferente, reacciona pidiendo que se respeten los derechos del individuo —incluyendo los del delincuente—, pero también reacciona pidiendo juicios sumarios o inclusive tomándose la justicia por su propia mano ante el aumento desmedido de la delincuencia que no respeta, asimismo, sus derechos.

Lo que realmente pasa es que nos encontramos frente a una crisis de legitimidad, producto de la imperfección humana que es la que al fin de cuentas tiene en sus manos la dirección de los mecanismos represivos.

Gimbernat menciona que Richard Schmid califica de funesto que el problema penal se entienda y se cultive como tarea jurídica. La acción criminal era un problema de subsunción, y de acuerdo a ello, se formó, se seleccionó y se aleccionó al personal que administra la justicia penal. Floreció la ciencia del derecho penal, el delito no era un problema humano, no era un problema político sino un problema jurídico... En lugar de volverse hacia el hombre criminal, la disciplina se cultivó *l'art pour l'art*, por lo que los efectos protectores de la norma penal habían perdido relevancia... A la justicia penal no le importaba el efecto de la pena sobre el delincuente.⁸²

La crisis del derecho penal alcanza voces abolicionistas, en la Universidad de Freiburg, menciona Hochheimer, se decía: “la culpabilidad sólo es aprehensible psicoanalítica, no metafísicamente”. La tesis citada fue desarrollada posteriormente exigiendo la supresión de la pena y, con ello, de toda su ejecución. Ésta es una teoría del dominó. La crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena, y sin pena, no puede haber derecho penal.⁸³

En cuanto al derecho penal, en la pasada y en la presente década, se argumenta a favor de la descriminalización y del endurecimiento de las penas, a fin de reforzar la imagen simbólica del derecho penal. Se pide descriminalizar los delitos sin víctimas, criminalizar los llamados intereses difusos y castigar con mayor rigor y eficiencia la vulneración de los derechos humanos.⁸⁴

82 Cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique, “Tiene futuro la dogmática jurídico penal”, *Estudios de derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1980, pp. 105-106.

83 *Ibidem*, p. 106.

84 Tan es así que, en nuestro sistema, se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación (*Diario Oficial de la Federación* del 6 DR. © 1998 Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México

Así, empieza la solicitud de incremento en el uso del derecho penal, por grupos feministas, ecológicos, antirracistas, sindicatos, defensores de derechos humanos y por la sociedad civil en general.

Si bien la función simbólica del derecho penal fue duramente criticada por imponer y cambiar estilos de vida y comportamientos de los ciudadanos, para educarlos en determinados valores, ésta fue pronto reivindicada como una función propia del derecho penal tendente a proteger el bien jurídico, como un objetivo justo relacionado con la moral y como una tarea de protección de la convivencia humana en la comunidad.⁸⁵

En cuanto al pronóstico de muerte del sistema penal, maquillado con matices garantistas o minimalistas, estos se encaminan a tratar de respetar los bienes jurídicos fundamentales de forma mínima, pero sin descuidar a la sociedad. Empero, con el único fin de mostrar a la sociedad civil que el gobierno o sus detentadores están trabajando en “algo” que logre el abatimiento de la criminalidad.

Aunque ese “algo” choque estrepitosamente con la realidad, ya que pretender socializar el derecho penal, o pretender enfocarlo con matices garantistas resulta, en la época actual, realmente absurdo. Si no, entonces, cómo conciliar estas tendencias con el desmedido aumento de la criminalidad, cuando aparecen regulaciones para proteger el medio ambiente (baste recordar los delitos ecológicos perpetrados en Chernobil) y en nuestro sistema aparecen ordenamientos tales como la Ley contra la Delincuencia Organizada.

Por todo lo anterior, se resalta de nueva cuenta la necesidad de conciliar intereses entre la criminología, la política criminal y la dogmática penal, aunque a veces, duele decirlo, estos pretendidos intentos se malentiendan y se enfoquen con argumentos en contra, como el del rechazo

de junio de 1990). Después pasa a ser organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, consignado a nivel constitucional mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992; su ley y reglamento, publicados el 29 de junio y 12 de noviembre del mismo año, respectivamente. Respecto al gobierno del Distrito Federal, su ley se publica el 22 de junio de 1993, con una regulación similar a la contenida en la Ley de la Comisión Nacional. Cfr. Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “Actualidad y perspectivas de nuestra administración y procuración de justicia. Un punto de vista. Comisión Nacional de Derechos Humanos”, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México*, pp. 209-216; López Rey y Arrojo, Manuel, *Criminalidad y abuso de poder*, Madrid, Tecnos, 1983; Beristáin, Antonio, *Nueva criminología desde el derecho penal y la victimología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, y *El poder penal del Estado. Libro homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, Depalma, 1985.

⁸⁵ Larrauri, Elena, *op. cit.*, nota 7, pp. 218 y 219, y Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., Granada, Comares, 1993, p. 1.

de que la criminología quede atada —con este intento conciliador— al derecho penal, y con ello, a intereses positivistas y gubernamentales.

La verdad de las cosas, repetimos, es que la pretensión se malentiende. No es que la criminología quede atada o que la criminología pretenda realizar o elaborar una política criminal, más bien lo que se pretende es encauzarla hacia una eficiente colaboración entre estas disciplinas. Dicho de otra forma, tratar de resolver el problema del mundo penal con base en un iuspositivismo crítico en lugar de un iuspositivismo dogmático.⁸⁶

86 Nuestra posición, que pudiera parecer radical, se encuentra sin lugar a dudas dentro del pensamiento positivista.
DR. © 1998
Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México