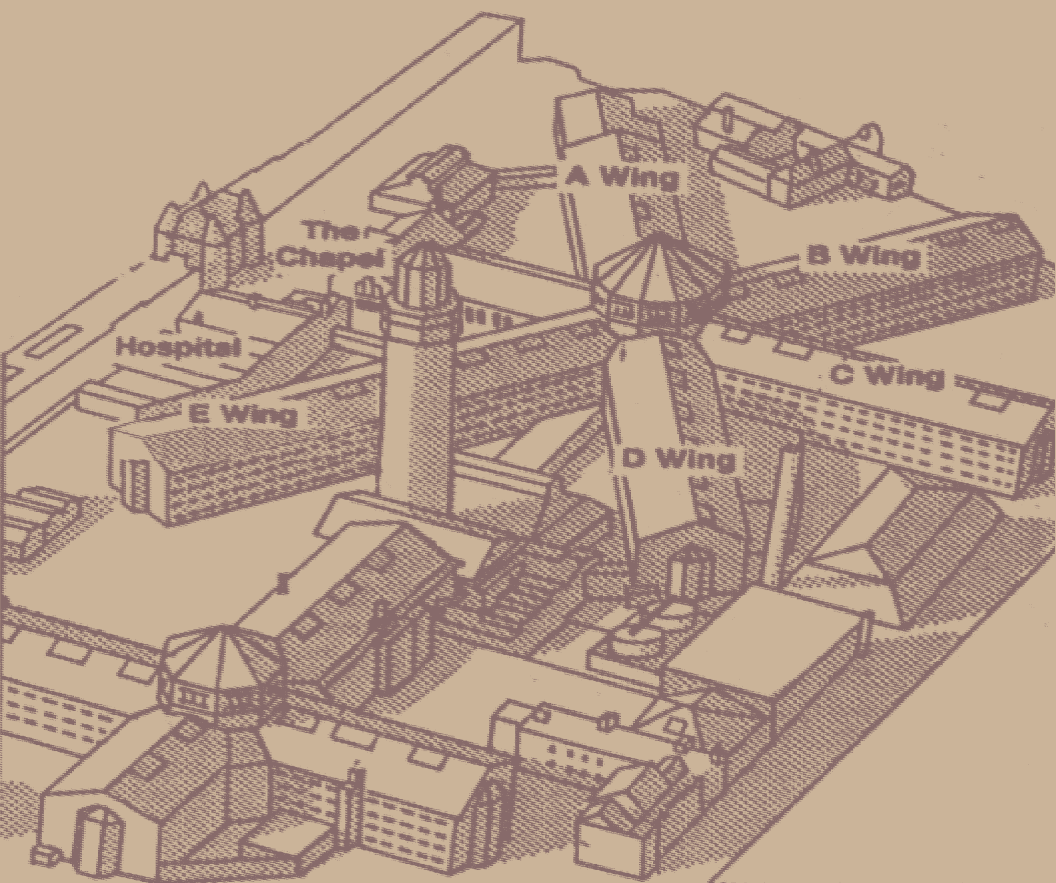


El poder punitivo del estado como fenómeno complejo

CONSTRUCCIÓN DE UNA
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN



Rebeca Elizabeth Contreras López

ISBN 978-607-8716-97-5



9 786078 716975 >

El poder punitivo del estado como fenómeno complejo

**CONSTRUCCIÓN DE UNA
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN**

Rebeca Elizabeth Contreras López



Universidad Veracruzana



***El poder punitivo del estado como fenómeno complejo:
construcción de una línea de investigación***

© Rebeca Elizabeth Contreras López

Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad
Universidad Veracruzana

Primera edición como publicación electrónica
Febrero de 2023

ISBN: 978-607-8716-97-5

CÓDICE - Taller Editorial
Violeta 7 Col. Salud
Xalapa, Ver 91070
Tel. 2288180629

DRA. REBECA E. CONTRERAS LÓPEZ

Investigadora nacional. Profesora de Derecho penal, política criminal y metodología de la investigación en la Universidad Veracruzana y en la Universidad de Xalapa. Investigadora de tiempo completo del Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

Este libro fue arbitrado y editado con autorización del Consejo Editorial del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Dr. Martín Gerardo Aguilar Sánchez

Rector

Dr. Juan Ortiz Escamilla

Secretario Académico

Mtra. Lizbeth Margarita Viveros Cancino

Secretaria de Administración y Finanzas

Dr. Roberto Zenteno Cuevas

Director General de Investigaciones

Dra. Ana Gamboa de Trejo

Coordinadora del Centro de Estudios sobre
Derecho Globalización y Seguridad

Índice

Introducción	9
------------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

La ciencia jurídico penal	14
1.1 Visión metodológica: La transdisciplina en el derecho penal	14
1.2 Un objeto de estudio normativo	22
1.3 ¿Cómo se construye una línea de investigación?	28

CAPÍTULO SEGUNDO

El poder punitivo del Estado	30
2.1 Marco contextual	30
2.2 Delimitación conceptual.	45
2.3 Límites jurídicos al <i>ius puniendi</i>	46
Principio de legalidad	49
Principio de proporcionalidad	50
Principio de culpabilidad	53
Principio de resocialización.	54

CAPÍTULO TERCERO

Dimensiones analíticas del desarrollo de la línea de investigación	56
3.1 Dimensión global	56
3.1.1 Derecho Penal y globalización.	56
3.1.2 Responsabilidad penal internacional	67
3.1.3 El “nuevo” Derecho Penal	76
3.2 Dimensión dogmática	83
3.2.1 Bien jurídico y sistema penal	83

3.2.2 La construcción dogmática del delito	98
3.2.3 Responsabilidad penal de la empresa	119
3.3 Dimensión política	132
3.3.1 Política criminal global	132
3.3.2 La influencia de Estados Unidos	137
a) El contexto	138
b) La guerra contra el terrorismo.	144
c) El factor petróleo	151
3.3.3 El derecho penal del enemigo	153
Reflexión final: La consolidación de la línea de investigación. . .	163
Fuentes de consulta	167

Introducción

El desarrollo de una línea de investigación requiere elementos diversos, desde el punto de vista metodológico. Por un lado, elegir un campo de conocimiento de nuestro interés, que dominemos con suficiencia, pero a la vez, que nos interese en forma tal que nunca acabamos de estar satisfechos con los resultados. Por otro lado, es indispensable que dediquemos buena parte de las reflexiones a configurar un objeto de estudio, lo que significa clarificar eso que nos interesa conocer, eliminar las ambigüedades y los saltos epistemológicos. Posteriormente, seleccionar un trasfondo metodológico que nos permita acercarnos a dicho objeto de estudio en forma sistemática. Estas son las directrices tradicionales, en realidad lo que hacemos es guiarnos por nuestra curiosidad y llegar al encuentro de las problemáticas existentes. Después de un tiempo de practicar cotidianamente la investigación visualizamos una línea de investigación a seguir, aunque a lo largo del tiempo se transforma, desdibuja y vuelve a dibujar.

Los investigadore/as procuramos abordar un determinado campo de conocimiento con enfoques que necesariamente son limitados, tanto por la vastedad del conocimiento en sí mismo, como por nuestras humanas limitaciones. Ello en lugar de desilusionarnos nos hace reconocer un reto intelectual que re-

quiere de herramientas metodológicas para enfrentarlo. Pero en ese punto, el camino consiste en construir una línea de investigación que guíe y dé sentido a nuestra actividad intelectual de manera tal que nuestras reflexiones, proyectos y aportaciones por más diversas que sean contribuyan a clarificar eso que hemos elegido como línea de investigación.

Durante más de 25 años como investigadora he trabajado en el área del Derecho penal y la política criminal tratando de construir la línea de investigación que he denominado: “El poder punitivo del Estado en el contexto global”, siempre convencida de que la visión metodológica a utilizar tendría que ser necesariamente interdisciplinar. Mi interés por la metodología de la ciencia me ha llevado a reflexionar acerca de la interdisciplina y el pensamiento complejo que, en mi opinión, nos permiten situarnos en investigaciones de este talante acerca de eso que he llamado “poder punitivo”.

En este sentido, este libro se estructura con el objeto de explicitar la construcción y desarrollo de la línea de investigación indicada. Primero señalo el enfoque metodológico que de alguna manera me parece adecuado para el acercamiento a este objeto de estudio. Segundo, explico los marcos de referencia que he ido precisando a lo largo de mis investigaciones y concluyo esta parte justificando la necesidad de ocuparnos científicamente del poder de punición del Estado.

Más adelante, explico el desarrollo que he realizado de la línea de investigación indicada. Identificando tres dimensiones para su estudio: la dimensión global, la dimensión dogmática y la dimensión política. En este punto, realizo una recapitulación

de la mayoría de los temas que me han interesado en estos años y cómo me han permitido consolidar la indagación sobre el poder de punición del Estado en el contexto global.

En la dimensión global me he ocupado del contexto en que hoy se inserta el derecho penal y concretamente el poder de punición y cómo aparece la jurisdicción supranacional, con el establecimiento de la Corte Penal Internacional, describiendo la discusión que hoy se desarrolla sobre la existencia de un “nuevo o moderno” derecho penal a la luz del desarrollo tecnológico y la sociedad de la información.

Para trabajar la dimensión dogmática del Derecho penal se requiere una formación jurídica y un lenguaje especializado, tanto en aspectos sustantivos como procesales, por ello esta explicación pretende ser concreta y accesible, ofreciendo los elementos necesarios para articular estos planteamientos con la línea de investigación. Esta dimensión me parece especialmente compleja e indispensable para entender la acción punitiva del Estado y de la que me he ocupado en buena parte de mis investigaciones. Aquí abordo la teoría del bien jurídico, la teoría del delito y la referencia al derecho penal económico con problemáticas particulares, como la relativa a la responsabilidad penal de la empresa.

En la dimensión política, además de la configuración misma del objeto de estudio inicialmente planteado, mis trabajos han versado sobre la política criminal y la seguridad pública, algunas consideraciones respecto a la criminalidad organizada y lo que hoy se denomina “derecho penal del enemigo”. Por ello, en este apartado hago hincapié en la política seguida por Esta-

dos Unidos en diversos temas relacionados con el derecho penal y la política criminal. En otras investigaciones, me ha interesado analizar la justicia restaurativa y la transformación que implica en el ámbito punitivo, así como la necesidad de políticas de prevención del delito como parte de la obligación estatal de dotar de seguridad a los ciudadanos.

Entiendo así que el poder de punición es un objeto complejo con múltiples vertientes que puede ser usado como un arma de vigilancia o castigo (el pensamiento medieval de la venganza) o, como lo que es hoy en un estado constitucional de derecho, una forma de mediar entre la actividad indiscriminada de las autoridades y los amplios poderes de punición que se otorgan al Estado, porque realmente lo que hace la regulación constitucional y penal de este poder estatal es establecer límites y ser un garante de los derechos humanos con el fin de preservar la dignidad de las personas.

Este camino me ha permitido un acercamiento a diversas vertientes del poder de punición del Estado, el esfuerzo que ahora se realiza es tratar de sistematizar una visión integral del mismo, que pretende conjuntar diversos aspectos, dimensiones, alcances y proyecciones de esta línea de investigación que denomino: “El poder punitivo del Estado”.

Este texto tiene además la función de permitirme una autoevaluación de los aciertos y desaciertos pasados, en términos de la discusión científica, así como del escenario futuro y las de-

cisiones que tendré que tomar para los próximos acercamientos al objeto de conocimiento seleccionado¹.

¹ Los textos incluidos en este libro han sido previamente publicados a lo largo de los años, pocos en formato digital, se realizará la mención correspondiente en cada sección. He procurado ceñirme a los planteamientos realizados en su momento que, hoy en día, podría cuestionar abiertamente, sin embargo, entiendo este ejercicio como una reflexión metacognitiva que espero sea útil para quienes buscan construir líneas de investigación.

CAPÍTULO PRIMERO

La ciencia jurídico penal

1.1 Visión metodológica: La transdisciplina en el derecho penal

Entendida la metodología como la forma en que, procedimentalmente, nos acercamos a un objeto de conocimiento, es importante precisar que dicho acercamiento responde a paradigmas diversos que nos llevan por distintos caminos. En este sentido, he transitado de un paradigma positivista a uno complejo², considerando que en el desarrollo de las investigaciones sobre el poder punitivo del estado la metodología transdisciplinar es imprescindible. El poder punitivo estatal es un objeto de estudio complejo que requiere múltiples acercamientos, tanto prácticos como conceptuales, dado que es insuficiente la visión disciplinar para comprenderlo.

Aunque el acento de mi línea de investigación es el jurídico y de política criminal, ello no significa que desconozca la importancia de otros enfoques que son fundamentales para abordar este tema. En principio, he de decir que estos paradigmas que hoy se consideran novedosos, no siempre son acogidos con entusiasmo porque van rompiendo los esquemas de una ciencia

² Si bien aún no puedo afirmar que exista un paradigma de la complejidad si me queda claro que este enfoque es distinto al positivismo clásico que se generalmente se utiliza en la formación e investigación del derecho penal.

estática, ordenada y clasificada, pero al fragmentar los paradigmas, sin duda, podremos avanzar en el desarrollo de la ciencia. Como afirma Morin, “el pensamiento complejo está animado por una tensión permanente entre la aspiración a un saber no parcelado, no dividido, no reduccionista y el reconocimiento de lo inacabado e incompleto de todo conocimiento”³.

Aunque este interés por romper esquemas preestablecidos ha existido siempre, nunca ha estado exento de conflictos y tensiones. En 1867, en París, Émile Zola, se preocupaba por lo que él mismo consideraba un caso curioso. Un joven pintor que, ingenuamente, había obedecido a sus personales preferencias, saliendo de los cánones establecidos y aceptados por las escuelas de arte de la época, que era públicamente insultado e injuriado por atreverse a seguir su ingenio creativo: Édouard Manet.

Zola escribió un interesante ensayo para exaltar las virtudes del pintor y rechazar la inusitada reacción de los críticos de arte y del público parisino, señalando él mismo que más que defender al pintor, al que ni siquiera conocía, lo que le interesaba era analizar un movimiento estético contemporáneo y ocuparse de la aceptación del arte completo y no de una personalidad.

Émile Zola escribe en este ensayo:

Así es como me explico el nacimiento de todo verdadero artista, el de Édouard Manet, por ejemplo. Al sentir que no llegaba a nada copiando a los maestros, al pintar la naturaleza vista a través de individualidades distintas a la suya, comprende, con toda ingenuidad, una hermosa mañana, que le falta intentar ver la naturaleza tal cual es, sin mirarla en las obras y en las opiniones ajenas.

³ MORIN, Edgar (1995), *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona: tr. Marcelo Pakman, Gedisa, 2^a. Ed. p. 23.

Cuando se le ocurre esta idea, toma un objeto cualquiera, un ser o una cosa, lo pone en el fondo de su taller y lo reproduce en un lienzo de acuerdo con sus facultades de visión y de captación. Hace el esfuerzo de olvidar todo lo que había estudiado en los museos; intenta no acordarse más de los consejos recibidos, de las obras que había mirado. Ahí ya sólo hay una inteligencia particular, a la que sirven unos órganos dotados con una morfología propia, que se coloca frente a la naturaleza y la traduce a su manera.

El artista logra, así, una obra que es carne y sangre suya, la cual ciertamente pertenece a la gran familia de las obras humanas; tiene hermanas entre las miles de obras ya creadas, y se parece en mayor o menor medida a algunas de ellas. Pero tiene su belleza propia, es decir, vive una vida personal. Los diversos elementos que la componen, tomados quizá de aquí y de allá, vienen a fundirse en un todo con un sabor nuevo y un aspecto particular; y ese todo, creado por primera vez, es un rostro del genio humano todavía desconocido⁴.

Esa es la actitud que, me parece, debemos asumir frente a la investigación. Despojarnos de prejuicios e ideas preconcebidas y enfrentarnos a la naturaleza con ingenuidad y escepticismo creador. En esta nueva racionalidad es imprescindible que abordemos la indagación desde nuestra individualidad (y propias limitaciones) para encontrar una expresión propia y, en ocasiones, innovadora que tendrá que resistir las críticas e indiferencias de la comunidad científica pero que, sin duda, tendrá una vida personal.

4 ZOLA, Émile, "*Edouard Manet. Un ensayo estético*" (París, 1867), en *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, No. 87, mayo-junio 2003, Madrid, tr. José Antonio Millán (2003), p.p. 65 a 101.

El arte ha sido, en múltiples ocasiones, el principio de rupturas paradigmáticas importantes que después van impregnando los demás ámbitos de la creación humana. Así lo concibe Gadamer, en *la actualidad de lo bello*, cuando se ocupa, sobre todo en la pintura y la arquitectura, de la transformación hacia el arte contemporáneo que, en su momento, rompió con todos los cánones establecidos⁵.

El objetivo de este apartado es la reflexión inicial e intuitiva de lo que puede significar la complejidad en la reflexión de un problema específico del derecho penal. No son pocas las preguntas que hay que formular al enfrentar el reto de plantear una investigación de este talante, que sea, además, metodológicamente aceptable.

Es el momento de dudar incesantemente sobre la viabilidad de dicha empresa, ya que no resulta fácil despojarse de la visión dogmática que ha dominado el estudio de la ciencia jurídica. Desde hace tiempo se reconoció la necesidad de analizar el objeto de conocimiento desde diversas perspectivas; aparecen entonces las visiones inter y multidisciplinarias que, si bien han dado frutos interesantes, también han demostrado su incapacidad de explicar satisfactoriamente los fenómenos reales a que se enfrenta la investigación jurídico penal.

En el mayor florecimiento de la escuela penal positivista (siglo XIX) la interrelación de diversas disciplinas en el análisis de los aspectos fundamentales del crimen, el criminal y la criminalidad, propició la conjugación de la ciencia dogmática, eminentemente jurídica; de la criminología, como síntesis empírica

⁵ GADAMER, Hans-Georg (1991), *La actualidad de lo bello (el arte como juego, símbolo y fiesta)*, Tr. Antonio Gómez, Barcelona: Paidós.

y multidisciplinaria y, más recientemente, de la política criminal, que busca explicaciones y soluciones coherentes a la realidad⁶. Esas tres áreas de análisis se preocupan por las categorías ya indicadas: crimen, criminal y criminalidad. El problema fundamental ha sido que sus visiones son parciales y difícilmente se conjugan en una explicación completa de dichos fenómenos que, por otra parte, tienen matices diversos en su conformación: lo social, lo jurídico, lo individual, lo político, por mencionar algunas.

Esto ha originado que las visiones inter o multidisciplinarias queden en explicaciones fragmentadas que sólo se ocupan de una parte del problema seleccionado, aunque en su explicación se involucren diversas disciplinas. La pretensión es que al adoptar una visión interdisciplinaria, de alguna manera, sea posible encontrar explicaciones más apegadas a la realidad del fenómeno; una realidad que se percibe como compleja y multifactorial.

En este sentido, concibo a la complejidad en un doble aspecto: como actitud del investigador y como metodología. La primera, implica que el investigador tendrá que despojarse de ideas preconcebidas respecto a la necesidad de sistematización y simplificación de los fenómenos y abordar su análisis en la expresión compleja (y muchas veces desordenada) de su realidad. La segunda, es el correctivo de la primera y, en mi opinión, proporciona las herramientas indispensables para enfrentar “co-

6 DÍAZ-ARANDA, Enrique (2004), *Derecho pena. Parte general*. México: Porrúa, 2ª. Edición.

rectamente” dicha complejidad⁷. En este último aspecto, actualmente me aboco a la metodología interdisciplinaria como un proceso alternativo de investigación de la complejidad jurídica del poder de punición.

La realidad es compleja y no es posible describirla o conceptualizarla en su totalidad. Además, para explicarla, con esas limitaciones, un solo método es insuficiente; porque con la especialización hemos perdido la completitud de la realidad y, por tanto, la posibilidad de su explicación. Se pone tanto énfasis en el análisis, que la síntesis resulta superficial e “ignoramos el contexto más amplio que da a las cosas su unicidad”⁸. Porque hay que considerar que los conceptos son sólo aproximaciones, “...una teoría es una especie de mapa del universo y, como cualquier otro mapa, es una abstracción limitada y no del todo exacta...”⁹.

De aquí que, son dos los aspectos que desarrollaré en esta introducción: la pertinencia de la visión compleja en el análisis de la ciencia jurídica penal y el primer acercamiento metodológico al planteamiento de una línea de investigación.

Lo transdisciplinario, como un paso delante de la interdisciplina, implica que para explicar un segmento de la realidad se utilizan diversas visiones disciplinarias que se van conectando unas con otras hasta encontrar el discurso propio de esa reali-

⁷ Cfr. PEREDA, Carlos. *Razón e incertidumbre*, siglo XXI, México, 1994, 308 p.; BOHM, D. y PEAT, F.D. *Ciencia, orden y creatividad (Las raíces creativas de la ciencia y la vida)*, Kairós, Barcelona, 1998, 299 p.; y, para el derecho, DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del Derecho (los nuevos cambios de la regulación y la emancipación)*, Tr. César Rodríguez, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, Colombia, 1998, 288 p.

⁸ BOHM, D. *et al.*, *op. cit.*, p. 20. MORIN, Edgar, *op.cit.*

⁹ *Ibidem*, p. 18.

dad. Ello significa, entre otras cosas, que el investigador debe tomar la decisión de en qué nivel realizará la investigación (epistemológico, axiológico, ontológico, ético) y evitar los saltos categoriales que contaminan la reflexión. Pues, con ellos se pasa de un nivel a otro, sin justificación o explicación. De ahí que, asumiendo el nivel de análisis, este habrá de mantenerse en toda la investigación o, por lo menos, habrá de hacerse evidente en la articulación de las diferentes explicaciones.

Ahora bien, lo que resulta fundamental es reconocer las implicaciones metodológicas de los ámbitos seleccionados para el análisis. Así si se plantea una investigación jurídica respecto a una realidad compleja, en la que habrán de analizarse los factores sociales, políticos, económicos. Es necesario tener presentes las implicaciones sociológicas, políticas y económicas de dicho análisis, sin desvirtuar el fenómeno jurídico que sea de nuestro interés.

En este sentido, lo jurídico desde la visión transdisciplinaria, trasciende a lo estrictamente normativo y se inserta en un escenario complejo en donde el fenómeno es *bombardeado* por factores diversos que le dan sentido e identidad. Por tanto, no es posible simplificarlo sin que pierda su especificidad.

Debo señalar que procedo con cautela respecto a la metodología transdisciplinaria ya que, a la fecha, sólo he podido desarrollar investigaciones interdisciplinarias y la transdisciplina aún me parece poco asible en la investigación jurídica.

Ahora bien, lo primero que debemos reflexionar es ¿qué es lo característico de la transdisciplina? El objeto de estudio, las

diferentes visiones y puntos de vista, los procedimientos. Al respecto entiendo que:

a) El objeto de estudio sólo será transdisciplinar en la medida en que lo construyamos como tal, ya que, aunque se trate de un fenómeno complejo (por ejemplo: la incidencia de la violencia familiar y su prevención) podemos acercarnos a él desde diversas disciplinas, como ya lo hemos hecho, sin que se logre una intersección entre todas ellas para lograr una visión inter o transdisciplinar.

b) Plantear la transdisciplina como diferentes visiones y puntos de vista, de inicio me parece un error, ya que precisamente lo transdisciplinar significa que debemos encontrar una explicación que involucre matices diversos para tratar de entender la complejidad.

c) En relación a los métodos, en mi opinión, estos no son lo característico, ya que sólo se trata de medios para el análisis; que sólo serán óptimos, en la medida en que hayamos resuelto el acercamiento epistémico al objeto de estudio. Por supuesto que, a nivel metodológico, se debe vigilar permanentemente que los métodos seleccionados reúnan el rigor científico necesario para cada disciplina involucrada.

Ahora bien, como lo que se pretende es realizar una investigación jurídica, con visión compleja, en todo el análisis se debe tener presente el elemento normativo para dar coherencia e impregnar el análisis completo con esta variable específica. Es decir, no es dable, por ejemplo, abordar el análisis sociológico separado de la visión jurídica del objeto de conocimiento.

En este sentido, surge otro cuestionamiento por demás sustancial. ¿Cómo concebir lo jurídico en una investigación de esta naturaleza? ¿En dónde encontramos lo jurídico de una realidad concreta? En el discurso derivado del texto legal, en la solución a casos concretos, en los valores y principios que guían su aplicación, en la opinión de la sociedad, en la percepción de los sujetos involucrados, en el discurso oficial, en la expresión empírica (¿o en todas ellas?)¹⁰.

En palabras de Vilar, en la nueva racionalidad, que se perfila con la transdisciplina, encontramos la complejidad, interna y externa, de la propia realidad. Que opta, además, por la complementariedad y la conjunción de conocimientos disciplinarios. Al análisis se suman las observaciones, es reticular, compartida, integradora, imaginativa e inventiva. Es, en suma, la expresión de la sociedad del conocimiento que implica nuevas formas de convivencia a escala mundial¹¹.

1.2 Un objeto de estudio normativo¹²

Los paradigmas actuales de la ciencia, en la era de la información, van de la mano con la innovación y desarrollo tecnológico. Ello permite la comunicación escrita, auditiva y visual que hasta

10 Cfr. ATIENZA, Manuel (2003), *El sentido del derecho*, Barcelona: Ariel, 2ª. Edición y GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (2006), *La construcción del derecho (métodos y técnicas de investigación)*, México: UNAM, 2ª. Edición.

11 VILAR, Sergio. *La nueva racionalidad (Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios)*, Kairós, Barcelona, 1997, pp. 12-13.

12 El texto de este apartado fue publicado digitalmente en CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2014). La construcción del derecho como objeto de estudio complejo, *Revista Internacional de ciencias jurídicas, RICJ*, año II, núm. 4, febrero-julio, <https://revistainternacionalcienciasjuridicas.org/2014/08/24/la-construccion-del-derecho-como-objeto-de-estudio-complejo-rebeca-elizabeth-contreras-lopez/?msg=fail&shared=email>

hace muy poco era impensable. Con ello el espacio de comunicación se redimensiona y la participación de los actores se vuelve abierta, democrática y sustancial.

Es decir, la ciencia comparte los rasgos fundamentales del paradigma de la tecnología de la información, que para Castells¹³ son:

1. La información es su materia prima, ya que las tecnologías permiten actuar sobre la información.
2. La capacidad de penetración y sus efectos son inmediatos y globales.
3. Dado que se trata de un sistema global interconectado su complejidad de interacción es creciente y las pautas de desarrollo impredecibles, ya que surgen del poder creativo de la propia interacción.
4. Es flexible, lo que significa que debe reconfigurarse constantemente para lograr fluidez organizativa.
5. Se materializa en un sistema de información altamente integrado en el que convergen tecnologías específicas en ascenso.

En este sentido, los esfuerzos por comprender la interacción entre ciencia y tecnología en la sociedad de la información conducen a innumerables propuestas, entre ellas, la del pensamiento complejo que trata de comprender el “surgimiento de estructuras autoorganizadoras que crean complejidad de la simplicidad y un orden superior del caos por medio de diversos órdenes de interactividad de los elementos básicos que se en-

¹³ Cfr. CASTELLS, Manuel (2004). *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol. I: La sociedad Red*, tr. Carmen Martínez Gimeno, México: 6ª ed. en español, Siglo veintiuno.

cuentran en el origen del proceso”¹⁴. Considerando, además, que el paradigma de la tecnología de la información no parece evolucionar hacia su cierre como sistema, “sino a su apertura como una red multifacética”¹⁵.

Por otra parte, encontramos el modelo de ciencia jurídica utilizado tradicionalmente, que generalmente se trata de un modelo cerrado. Un modelo que, por supuesto, ha probado su obsolescencia pero que obedece a una larga tradición dogmática que configura al Derecho como un objeto de estudio cerrado, axiológicamente neutral y, en ocasiones, sin conexión con los hechos¹⁶.

Para actualizar el modelo de ciencia jurídica en la era de la información, a través de propuestas innovadoras, lo primero que podemos abordar es la visión del Derecho como objeto de estudio de la ciencia jurídica. En este sentido, el Derecho es un objeto de estudio normativo, que se ocupa del deber ser, pero ello no significa que el único abordaje que se pueda proponer sea el dogmático, este es uno de ellos y, sin duda, fundamental, pero aún ahí las posibilidades metodológicas son innumerables.

En principio, para el análisis del Derecho tenemos por lo menos cuatro enfoques sustanciales: dogmático, axiológico, social y político. De los cuales numerosos autores han realizado brillantes exposiciones de sus contenidos y límites¹⁷.

14 *Ibidem*, p. 91.

15 *Ibidem*, p. 92.

16 *Cfr.* KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, tr. Roberto J. Vernengo, 13ª ed., Porrúa, México, 2003.

17 *Cfr.* KELSEN, Hans. *Ob. Cit.* LARENZ, Karl *Metodología de la ciencia del derecho*, tr. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2001; ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2003;

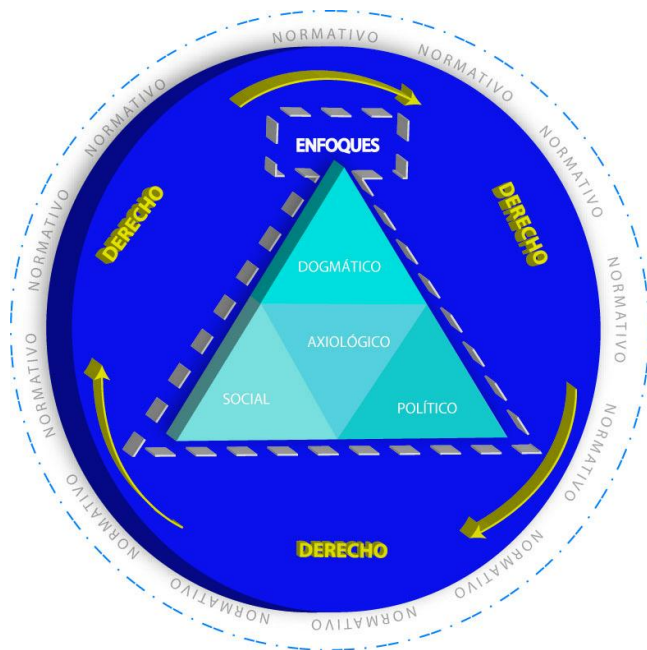
En el enfoque dogmático utilizamos el paradigma racionalista que nos remite a métodos de análisis e interpretación, como la exégesis. Al abordar el lado axiológico del Derecho los métodos son valorativos y obedecen a una visión deontológica del mismo. En el enfoque social, generalmente partimos del paradigma causal-explicativo que nos permite utilizar métodos sociológicos de observación e interpretación de los hechos sociales¹⁸. Finalmente, el enfoque político propone, por ejemplo, métodos funcionalistas y complejos a partir del paradigma sistémico¹⁹. Esto es sólo una pequeña síntesis de las posibilidades teórico metodológicas que la investigación jurídica nos ofrece y que, por supuesto impactan al modelo de ciencia jurídica que cada institución y cada investigador elijan.

En este sentido, gráficamente podemos subrayar la naturaleza compleja del derecho, a partir de la siguiente representación que pone de relieve la naturaleza normativa del derecho que se construye como núcleo duro de la ciencia jurídica, a partir de diversos elementos que nos permiten reconocer enfoques también diversos en su análisis y explicación pero que, son inseparables, para su comprensión.

y GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 50ª ed., Porrúa, México, 1999.

18 HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar (2003). *Metodología de la investigación*, México: 3ª edición, Mc Graw Hill.

19 Cfr. LUHMANN, Niklas. *Teoría de los sistemas sociales: artículos*, tr. Amada Flores y otros, Universidad Iberoamericana-ITESO, México, 1998; y DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *La globalización del derecho (los nuevos caminos de la regulación y la emancipación)*, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 2002.



Fuente: Elaboración propia.

Esta reflexión me permite afirmar que el derecho es efectivamente un objeto de estudio normativo pero que es extremadamente complejo, lo que implica que uno sólo de estos enfoques es insuficiente para aprehender su estructura y funcionamiento en la realidad social. Y es que el Derecho, y la reflexión científica sobre el mismo, son elementos indispensables para la vida política y social, ello significa que nuestra responsabilidad como investigadores y transmisores del conocimiento jurídico es contribuir al análisis sistemático de esas diferentes esferas del Derecho, ello requiere creatividad, imaginación y disciplina, que permitan construir y reconstruir el conocimiento acumulado y el que habrá de desarrollarse.

La construcción del derecho y los caminos hacia su eficiencia y legitimidad implican una visión abierta e integral del fenómeno jurídico, para la que es indispensable la pluralidad metodológica y la ruptura de modelos y paradigmas establecidos.

Al respecto González Galván afirma que,

...a la concepción del derecho como un conjunto de reglas que rigen la conducta del hombre en sociedad se incorporó la concepción del derecho como un fenómeno de creación, aplicación y extinción social. En este sentido, la explicación del derecho se convirtió en un fenómeno textual y contextual²⁰.

Por ello, lo deseable será abordar el conocimiento jurídico no a través de áreas diferenciadas del Derecho (como constitucional, civil, penal, entre otras), sino a partir de problemas específicos que nos permitan establecer líneas de generación del conocimiento. Por ejemplo, para abordar problemas derivados de la legitimidad de los tipos penales que *dudosamente* protegen bienes jurídicos y que permiten fundamentar la visión funcionalista extrema de la dogmática penal, en la cual el análisis dogmático se entrelaza irremediamente con las decisiones de política criminal. O, la posibilidad de tratar la violencia familiar como un fenómeno social que debe ser atendido en diferentes frentes y que requiere un marco legal aplicable a la realidad del fenómeno, propiciando alternativas viables de solución y esa viabilidad sólo puede indagarse mediante el estudio sociológico de dicha realidad.

20 GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. Ob. Cit. p. 22.

1.3 ¿Cómo se construye una línea de investigación?

En principio, la construcción de una propuesta de investigación implica decisiones personales, tanto disciplinares como metodológicas. Siempre se ha afirmado que las investigaciones deben partir del gusto, de la pasión del investigador²¹. Hoy en día, un elemento, tanto o más importante, es el de la necesidad de abordar temas que llevan a problemáticas actuales que deben ser enfrentadas y, en su caso, resueltas con la contribución de todos, más aún de los investigadores.

A partir de ahí, empezamos a buscar y delimitar problemas de investigación. En principio, por la exigencia de cursos y programas académicos de nuestro interés o por necesidades propias de la actividad académica, ello nos permite elaborar diversas investigaciones con mayor o menor amplitud, con mayor o menor rigor, que nos dan el trasfondo necesario para ir reconociendo ese ámbito de interés y sus diferentes implicaciones. En otras palabras, realizar investigaciones, delimitar problemas de investigación, obtener grados académicos, son aspectos previos a la construcción de una línea de investigación. Porque la línea de investigación se convierte en el hilo conductor de toda la actividad académica que desarrollamos en nuestros años de dedicación a la ciencia; constituye el engarce entre las diferentes aportaciones científicas que realizamos, con las actividades de docencia, difusión y vinculación. Lo interesante es que nunca nos conduce a un mismo resultado, los planteamientos van creciendo y se van profundizando e incluso contradiendo.

21 JOLIOT, Pierre (2004), *La investigación apasionada*, tr. Consol Vilá, México: FCE, 105 p.

El esfuerzo necesario para la construcción de la línea de investigación es reconocer cuál es ese gran ámbito en el que se articula nuestro trabajo de investigación. En mi caso, ha sido el poder de punición, que, desde las ciencias penales, me ha permitido realizar múltiples indagaciones, tanto jurídicas como no jurídicas, en aspectos nacionales e internacionales. Hoy en día, trato de explicar el camino metodológico que he seguido en este proceso de construcción del conocimiento.

CAPÍTULO SEGUNDO

El poder punitivo del Estado²²

2.1 Marco contextual

El derecho penal es un medio de control social que, junto a otros mecanismos, propicia el sometimiento (“u obediencia”) de los individuos hacia los modelos o normas de comportamientos impuestos en un momento determinado. De ahí que el sistema de justicia penal es uno, entre otros, de los medios posibles de control social, aunque sin duda, es uno de los más aflictivos y represivos.

Así, el control social se entiende como el, “conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias”²³. Ello significa que existe un modelo de estado que configura esas reglas de convivencia en un momento y lugar determinado, el problema en México es que existen grandes contradicciones entre el modelo formalmente establecido (y constitucionalmente regulado), respecto de los

22 Una parte fue publicada originalmente en CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2004), “El poder punitivo del estado mexicano (fundamentos y límites)”, en *Una visión contemporánea del derecho penal*, Xalapa, Veracruz: Gobierno del Estado, Secretaría de Seguridad Pública, p.p. 157 a 234.

23 Antonio, García-Pablos de Molina. *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 105.

planes y proyectos concretos que, a su vez, son contrastados con los resultados obtenidos, o no obtenidos, ya que no encontramos un proyecto de nación, sino más bien proyectos que obedecen a intereses de grupo que originan la exclusión de las mayorías.

El gran problema es que, hasta ahora, no ha existido un proyecto integrador que ordene y fortalezca al sistema penal mexicano, nos hemos enfrentado a innumerables reformas en esta materia que revelan una falta de coherencia y una contradicción importante con los principios básicos del derecho penal²⁴. A lo largo de los años, en México han existido diversas situaciones que, en la realidad, ponen en duda la credibilidad y operación de la justicia penal mexicana²⁵.

El Estado mexicano, tradicionalmente, busca su legitimidad en la ley. "Instituido por la Ley, es el garante de producir el proyecto contenido en ella"²⁶. En México, el *estado constitucional de derecho* es una fuente de legitimidad permanente y, junto

24 Me refiero, por ejemplo, al principio de intervención mínima del derecho penal que busca disminuir la represión y las consecuencias no deseadas en la aplicación de procedimientos y sanciones penales; aunque en México hemos visto que la tendencia creciente es el aumento indiscriminado de dicha intervención penal. Hay que aclarar que al hablar de principios del derecho penal me refiero a la gama más amplia de los mismos, considerando aspectos no sólo sustantivos, sino también procesales en el ámbito nacional e internacional.

25 En el 2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo que recurrir a comisiones especiales para investigar violaciones a derechos humanos, en casos diversos (Lydia Cacho, Atenco y Oaxaca) que llevan, en sí mismos, el estigma de la corrupción e ineficiencia del sistema. Y 15 años después los casos han crecido en impacto humano y mediático.

26 LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (1997). *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México: la encrucijada entre la tradición y modernidad*, UNAM, IIJ, p.259.

a él, se desarrolla un rígido control social respecto de lo que se considera *desviado o diferente*, procurando desde el seno familiar, alimentar los órdenes *normales*, “permitidos”, entre sus miembros.

Generalmente, el ser humano procura apartarse de las desviaciones sociales, son múltiples los mecanismos que lo encaminan a ello; sin embargo, cuando esos mecanismos no son suficientes, es cuando aparecen las instancias de represión, como es el caso del derecho y el poder. El poder de punición ha sido la combinación de ambas en su forma más represiva. El poder que el Estado ejerce en el ámbito punitivo o penal. Así tenemos que:

...el individuo del final del siglo XX está en un mundo normativo que lo limita en forma creciente, fenómeno que se aprecia con gran claridad cuando tratamos de analizar la relación que se establece entre él, la sociedad y el poder político²⁷.

El ser humano se encuentra inmerso en una relación de conflicto entre el poder político y el grupo social, que no puede configurarse como un grupo homogéneo, sino más bien, como una multiplicidad de grupos con diversos ideales e intereses.

En la historia reciente de México hemos observado como esa élite en el poder se encuentra sometida a diversas presiones y evaluaciones que hacen que los escenarios políticos del ejercicio del poder sean cada vez más complejos e incomprensibles, lo cierto es que cada vez menos podemos hablar de un titular exclusivo o absoluto del poder.

27 SÁNCHEZ AZCONA, Jorge (1990). *Reflexiones sobre el poder*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 51

Ahora, cuando se habla del poder político (y el poder punitivo es una parte de dicho poder), la pregunta que surge es ¿en qué se basa la legitimidad del dominio político? Esta pregunta es eje de reflexión en la obra de Raúl Hernández Vega, el cual afirma que el “poder no se justifica sólo por el sistema de legalidad, éste no suprime la fuerza en que se expresa el poder; la forma no altera ni convierte la fuerza en legítima, a lo sumo la legaliza”²⁸; afirma que la legitimación del poder posee una dimensión distinta que está dada por el discurso ético-racional en que se funda dicho poder, por tanto, los medios utilizados en su ejercicio deben ser pacíficos ya que las relaciones se establecen entre seres humanos, dotados de razón y libertad.

Para Zaffaroni, el sistema penal se refiere “al control social punitivo institucionalizado, que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito hasta que se impone y ejecuta una pena...”²⁹. Este sistema tiene diversos sectores, como son: el policial y de seguridad, el judicial y el ejecutivo. Sin olvidar que son fundamentales, en la configuración del mismo, los legisladores y los medios de comunicación, entre otros.

Una característica del sistema penal en los Estados modernos sigue siendo la posibilidad sancionar las conductas consideradas como delictivas. En cuya función, un instrumento

28 HERNÁNDEZ VEGA, Raúl (1993). *Poder y sociedad civil (ensayos exploratorios)*, estudios jurídicos y políticos, Universidad Veracruzana, Xalapa, México p. 21. Sirva esta referencia como un homenaje a una mente brillante que en su tiempo fue poco comprendida.

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1991). *Manual de Derecho penal (parte general)*, Cárdenas editor, México, p. 30.

fundamental es el derecho penal. Ahora, en el escenario global, ese poder de punición, exclusivo del Estado, se diversifica y se matiza con otras instancias institucionales de control social, incluso para el caso de conductas consideradas delictivas³⁰. Dichas conductas son aquellas que el legislador pretende evitar, al definir las en las leyes penales para prohibir, generalmente, su realización y consignar la amenaza de la punición, aunque hay que insistir en que el derecho penal es sólo la parte normativa del sistema penal.

En este sentido, es importante resaltar que el *sistema penal* “es el conjunto de normas, instituciones, procedimientos, espacios y agentes que operan en el sistema y lo hace funcionar, como son los Jueces, los Fiscales, los policías, los funcionarios de prisiones e, incluso, los delincuentes y sus víctimas”³¹. Es en dicho sistema en el que se ejerce el poder de punición, que además está inserto en un escenario global.

Por tanto, el fundamento de la potestad punitiva del Estado se encuentra en la necesidad de salvaguardar el orden social y evitar, o reprimir, las conductas lesivas de los intereses fundamentales de los individuos y de la sociedad. Por ello, la misión fundamental del derecho penal se explica a través de la tutela

30 Tal es el caso de la Corte Penal Internacional y la jurisdicción universal de las que también me he ocupado en Rebeca E. Contreras López, *Justicia penal supranacional* (el establecimiento de la Corte penal internacional), UX, Xalapa, México, 2004.

31 BERDUGO GÓMEZ, Ignacio (1996). Et. Al. *Lecciones de Derecho penal* (parte general), Praxis, Barcelona, p. 2.

penal de bienes jurídicos, como la necesaria protección de los derechos fundamentales de los miembros de la colectividad³².

El modelo de Estado de que se trate, configura las directrices y límites del propio sistema penal. Por ello, se pretende que el modelo a seguir sea el de un Estado constitucional de derecho en el que tanto sus límites, como su orientación, lleven a una democracia que “deberá crear condiciones reales que favorezcan la vida del individuo, pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá ser, además, un Estado democrático *de Derecho*”.³³

La utilización de la pena es un mal necesario, que el Estado asume para conformar un orden social, asegurando el respeto a los derechos humanos de los individuos; pues se parte del supuesto de que si no existiera ese poder punitivo la violencia se incrementaría; por ello, con el derecho penal liberal, “producto de la Ilustración, el Estado procede a enmarcar los presupuestos de su intervención punitiva y la intervención misma en unas “formas” que cumplen funciones garantísticas y de reducción de las cotas de violencia”³⁴. Actualmente, en los Estados modernos, dicha función punitiva responde a un marco constitucional que busca, sobre todo, el respeto a las garantías y los derechos humanos de los integrantes de la sociedad.

32 Cfr. Rebeca E. Contreras López. *La tutela penal de bienes jurídicos*, Universidad Veracruzana, Xalapa, México, 2006. Es importante considerar que, el funcionalismo extremo, Jakobs prescinde de la tutela de bienes jurídicos como legitimación del poder de punición del estado.

33 MIR PUIG, Santiago (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, p.p. 33-34.

34 SILVA SÁNCHEZ, Jesús Ma. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, p. 182.

Entre los siglos XI y XVIII, la sociedad occidental va fortaleciendo una nueva estructura de organización política que, para el siglo XIX en adelante, lleva a la expansión y consolidación de los Estados nacionales³⁵. A fines de este siglo se hace patente una ruptura importante que consolida la formación de los Estados modernos y que, sólo es comparable, con el momento que estamos viviendo, frente a la globalización, que también significa ruptura de esquemas y formación de nuevos órdenes estatales, o más bien, mundiales. Esos dos momentos, Ulrich Beck los caracteriza como primera y segunda modernidad³⁶.

El modelo central de la Revolución francesa ofrece elementos claves para entender el modelo mexicano periférico. En este sentido, se encara un modelo teórico de difíciles relaciones, entre dos mundos diferentes y extraños; "...un Estado moderno surgido de la Ilustración y dirigido por una pequeña minoría de ciudadanos conscientes, por una parte, frente a una enorme sociedad tradicional u "holista", heredada del Antiguo Régimen -colonial, agregaríamos-, por la otra" ³⁷.

Para fines del siglo XVIII, la imagen del México *moderno* apenas se vislumbra, pues en su extenso territorio, existían pueblos, ciudades y provincias, aisladas unas de otras; pero, ade-

35 López Ayllón, S. Ob. cit. p.p. 34 y 35. Muestra, gráficamente, la expansión de los Estados nacionales que se dio en el mundo, entre 1800 y 1990.

36 BECK, Ulrich (2004), Poder y Contrapoder en la Era Global (la nueva economía política mundial, tr. R.S. Carbó, Barcelona: Paidós.

37 GUERRA, Francois-Xavier (1988). *México: del Antiguo Régimen a la Revolución*, tr. Sergio Fernández, Tomo I, FCE, México, p. 10.

más, con culturas y cosmovisiones particulares³⁸. López Ayllón, identifica tres momentos importantes, en el esfuerzo modernizador del país: 1. La reforma de los Borbones, a fines del siglo XVIII. 2. La reforma liberal, iniciada a mediados del siglo XIX y, 3. La iniciada en los años 50's a consecuencia de la segunda guerra y que alcanza su cúspide en el esfuerzo *modernizador* de la década de los noventas.³⁹

En el siglo XIX, el triunfo de los liberales mexicanos, significó la ruptura con el régimen colonial; “inspirados en la filosofía política francesa y en el modelo estadounidense, los liberales imaginaron un país basado en la libertad, la igualdad y la eliminación de los privilegios...”⁴⁰. Es interesante recordar que, en los primeros discursos de Juárez, al asumir el gobierno de Oaxaca en 1847 ya se vislumbra su obsesión por la legitimidad, en la cual equipara legalidad y autoridad, así como su visión de Estado, que tendría enormes consecuencias. Se trata del “Estado en su acepción más clásica, como autoridad *soberana*, pero un Estado que debe cargarse de razón jurídica para ser intransigente, y sobre todo un Estado que no condesciende con otros intereses”⁴¹.

Por otra parte, aunque la política porfirista es resultado del liberalismo, que busca el desarrollo económico y la moderniza-

38 Cfr. ESCALANTE GONZALVO, Fernando (1992). *Ciudadanos Imaginarios. Memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República Mexicana – Tratado de moral pública*, El Colegio de México, 293 p.

39 López Ayllón, S. Ob. cit. p. 251.

40 *Ibidem*, p. 253-254.

41 Escalante Gonzalvo, F. Ob. cit. p. 126.

ción social, principios que son exaltados en esta época y que tienen su fundamento en la Constitución de 1857;

...ninguna de las disposiciones que encierra esta Constitución es verdaderamente respetada; ni las libertades fundamentales del ciudadano, ni la libertad de sufragio, ni la separación de poderes, ni la independencia de los estados... Surgida de la victoria liberal, esta Constitución presenta un catálogo de fines por alcanzar, propone más un programa de transformaciones de la sociedad que una reglamentación del poder político. Esta separación entre la sociedad y el texto de su ley suprema engendra, mucho antes que Díaz, la “ficción” del régimen político mexicano.⁴²

Una ficción que a pesar de los años siguió estando presente en el régimen político del país y que, más recientemente, llevó a Oppenheimer a describir a México como *el país de las simulaciones*⁴³.

Al concluir la Revolución mexicana, con la Constitución de 1917, encontramos otro proyecto fundado en la violencia que, sin embargo, retomó “la mayor parte de las disposiciones de la antigua Constitución liberal de 1857, la nueva carta magna introdujo elementos de la tradición colonial y le dio una dimensión social”⁴⁴.

Octavio Paz, en *el laberinto de la soledad*, afirma que:

42 Guerra, F. Ob. cit. T. II, p. 329.

43 OPPENHEIMER, Andrés (1996). *México: en la frontera del caos*. La crisis de los noventa y la esperanza del nuevo milenio. Javier Vergara editor, México, p.p. 14-15. Esto es particularmente cierto en los procesos penales, tanto en los que se narran en esta obra (Colosio, Ruiz Massieu, Cardenal Posadas); como en aquellos más actuales que se han suscitado en este país.

44 López Ayllón, S. Ob. cit. p. 255.

Toda la historia de México, desde la Conquista hasta la Revolución, puede verse como una búsqueda de nosotros mismos, deformados o enmascarados por instituciones extrañas, y de una Forma que nos exprese. (...) La Independencia, la Reforma y la Dictadura son distintas, contradictorias fases de una misma voluntad de desarraigo. El siglo XIX debe verse como ruptura total con la Forma. Y simultáneamente, el movimiento liberal se manifiesta como una tentativa utópica que provoca la venganza de la realidad. El esquema liberal se convierte en la simulación del positivismo⁴⁵.

Así que, aunque los textos constitucionales posean una clara vocación democrática y social, es evidente que el tema de mayor complejidad es reivindicar ese Estado de derecho en un escenario efectivamente democrático, que responda a las necesidades sociales.

Pues debemos advertir que,

...En 1917 y por primera vez en la historia de los textos constitucionales democráticos, la Carta Magna rompió los moldes tradicionales que definían la justicia y abrió esta noción, ética y jurídica, hacia las demandas propias de la sociedad moderna. A diferencia de las constituciones norteamericana y francesa, que entendían por justicia *dar a cada quien lo que le corresponde* y cuyos códigos penales no prestaron gran atención a la prevención del delito ni a la readaptación social de los sentenciados, la Constitución mexicana vinculó los procesos clásicos de administración de justicia y sus vertientes de procuración e impartición a la refuncionalización social de los infractores. Este hecho era una derivación natural de la concepción social de la justicia, concep-

⁴⁵ PAZ, Octavio (1986). *El laberinto de la soledad*, FCE, México, p.p. 148, 149 y 150.

ción que demandaba el acceso de los gobernados al trabajo, la salud, la vivienda, la educación, la cultura, el deporte y la recreación. (...) La contraparte de esos bienes era –y lo sigue siendo– el acceso de los ciudadanos a las instituciones que aseguran la protección de los bienes jurídicos tutelados por la ley y, concomitantemente, la legalidad y legitimidad en la acción, precisamente, de esas instituciones.⁴⁶

Al concluir la revolución, el Estado revolucionario se manifiesta como el poseedor absoluto de la fuerza y la verdad, por ello mismo será el principal agente de la transformación social y, respetando el dogma de la legalidad estricta, se convierte en el poder omnipresente que crea, concilia, distribuye, reprime.

Aunque, la realidad nos muestra, una y otra vez, que una concepción social de justicia, una proclamación de los ideales del acceso de los ciudadanos a la protección de sus bienes fundamentales es el presupuesto necesario, pero no suficiente, para lograr una modificación de las condiciones de vida de la sociedad.

Al entender por Estado la conformación de un cuerpo político que se caracteriza por una organización con capacidad para ejercer y controlar el uso de la fuerza sobre un determinado pueblo, en un territorio dado. Sus características fundamentales serán:

- a) Un conjunto de instituciones, manejadas por el propio personal estatal, entre las que destaca muy particularmente la que se ocupa de los medios de violencia y coerción; b) un conjunto de instituciones localizadas en un territorio geográficamente deli-

⁴⁶ GARCÍA CORDERO, Fernando (1999). “La crisis del sistema penal mexicano”, *Criminalia*, Porrúa, año LXV, No. 1, ene-abr, México, p. 100-101.

mitado, atribuido generalmente a su sociedad; y c) la instancia que monopoliza el establecimiento de reglas en el interior de su territorio, lo cual *tiende* a la creación de una cultura política común compartida por todos los ciudadanos⁴⁷.

En el Estado moderno se centralizan las funciones más importantes para la comunidad: administración, servicio público, educación, salud, entre otras y, fundamentalmente, la seguridad y el orden. En este sentido, es la autoridad, legalmente constituida, la única que puede definir, perseguir y sancionar los delitos. A ello, le hemos llamado *poder punitivo del Estado*, lo que significa que únicamente el poder público tiene la posibilidad de procurar y administrar justicia.

El artículo 21 constitucional establece que corresponde al Ministerio Público la investigación y persecución de los delitos y, por ende, el ejercicio de la acción penal⁴⁸ y a los órganos jurisdiccionales la aplicación de sanciones penales. Esto significa, conforme al numeral 17, de la propia Constitución federal, que *ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho*.

El Estado es el único facultado para ejercer la violencia, que en este caso será una *violencia legítima*. Aunque hay que tomar en cuenta que sigue siendo violencia y que el poder de punición es una actividad represiva, en ocasiones, cruel y agresiva, aun-

47 CANCINO, César (2001). "Crisis y transformación de la política (Reflexiones sobre el Estado finisecular)", *Metapolítica*, vol 5, ene/mar, México, p. 90.

48 Actualmente, el sistema penal busca ser garantista y equilibrado para que ningún poder "manipule" sus funciones, por desgracia, aún no se ha logrado la operación esperada.

que por desgracia, necesaria. Pero, además, sólo el Estado puede elegir los bienes jurídicos que merecen protección penal.

Vale la pena apuntar que en el ámbito global se han conciliado intereses diversos que llevan a tomar medidas comunes en temas relacionados con el intercambio comercial, financiero, humano; sin embargo, en el ámbito penal no existen tendencias hacia una regulación global, ya que los estados reservan el poder de punición, como el núcleo duro del ejercicio soberano de sus competencias.

En este contexto resulta fundamental la relación entre los súbditos y el Estado; ya que, por un lado, es necesario el establecimiento de una forma concreta de autoridad estatal, legitimada, a través de la historia, en el respeto a la legalidad; pero, por otro, es indispensable la obediencia, que supone consenso social.

De ahí, la necesidad de un proyecto de Estado claro, real, viable, que provoque la confianza del público. Sin embargo, en el ámbito de la seguridad y el orden, la criminalidad tiene una influencia perversa en la opinión pública, ya que aún los mejores proyectos se topan con índices de criminalidad alarmantes y con medios de información parciales y amarillistas⁴⁹. Para Habermas:

...la idea de una sociedad constituida democráticamente, cuyas partes pueden actuar reflexivamente sobre sí mismas como si fueran un todo, sólo ha hecho progresos, hasta ahora, en el marco del Estado nación. Esta constelación está siendo puesta en

49 Cfr. CASTELLS, Manuel (2004). *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol. III: Fin de milenio*, tr. Carmen Martínez Gimeno, México: 6ª ed. en español, Siglo veintiuno.

cuestión por una serie de desarrollos que han suscitado un gran interés y que conocemos con el nombre de “globalización”⁵⁰.

Al analizar la evolución de la estructura política, en un contexto global y excesivamente tecnificado, no sorprenden las transformaciones de los sistemas penales. Ya que la esfera de protección se desplaza del individuo a la colectividad, en una pugna permanente entre derechos individuales e intereses colectivos. En donde la legitimación del poder punitivo no es ya la protección del ciudadano, en lo individual (bienes jurídicos clásicos), sino la seguridad, en sentido colectivo, que implica prevención y sujeción a las reglas del Estado.

Este aspecto Jakobs lo interpreta como el desplazamiento de una concepción liberal del derecho penal *orientado hacia el ciudadano* (sujeto libre y con derechos), hacia una concepción autoritaria del derecho penal *orientado hacia el enemigo* (sujeto que es fuente de peligro para bienes jurídicos)⁵¹. Aparecen así, tipos penales que castigan sobre todo la expresión de opiniones o sentimientos o la simple desaprobación del ordenamiento jurídico. Ejemplos de ello, en el Código penal de Veracruz, son la apología de delito, el fraccionamiento indebido o los ultrajes a la autoridad. Con lo que se busca, sobre todo, restablecer o fortalecer la confianza en la norma de parte de los ciudadanos, aunque

50 HABERLAS, Jürgen (2000). *La constelación posnacional* (ensayos políticos), tr. Fabra Abat, Gamper Sachse y Pérez Díaz, Barcelona: Paidós, p.p. 83-84.

51 Cfr. CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth (2003), “¿Existe un derecho penal del enemigo? En *Letras jurídicas*, año 4, No. 8, julio-diciembre 2003, Revista de investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, México, p.p. 167 a 181.

en ocasiones, nos remite, a una *legislación simbólica* que busca, únicamente, dar respuesta a la *opinión pública*.

Esta discusión se vuelve aún más compleja cuando la enfocamos desde el escenario global, que nos inserta en una toma de decisiones nacionales que “tiene que ser examinado hoy en día en el contexto de una compleja sociedad internacional, multinacional y con múltiples lógicas, y de un enorme conjunto de instituciones políticas, económicas y culturales, existentes y emergentes, de carácter regional y mundial, que trascienden y median en las fronteras nacionales”⁵². La agenda mundial se centra en la lucha contra la criminalidad y el fortalecimiento de los sistemas penales nacionales e internacionales.

En el contexto global, preguntamos si ¿Para enfrentar la criminalidad organizada transnacional debemos sacrificar garantías individuales? Es necesario escoger entre libertad y seguridad o, podemos transitar hacia una dimensión equilibrada que procure seguridad y, a la vez, respete los derechos fundamentales. Dice Ferrajoli que, sin garantías constitucionales los derechos se vuelven inexistentes⁵³. Porque se convierten en meras declaraciones de intenciones sin un referente inmediato que les de fuerza legal, lo mismo ocurre con garantías que sistemáticamente son vulneradas a pesar de su contradicción con los textos constitucionales.

⁵² HELD, David (1992). *Modelos de democracia*, tr. Teresa Alberro, Alianza editorial, Madrid, p. 375.

⁵³ FERRAJOLI, Luigi (2001), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid.

2.2 Delimitación conceptual

El poder punitivo del Estado se refiere al ejercicio exclusivo, que tiene el Estado, para ejercer la violencia legítima en beneficio de los integrantes de la propia comunidad. Se trata de un monopolio instituido políticamente y legitimado en la Constitución, que debe sustentarse en una política criminal integral, pero que fundamentalmente cuente con la capacidad material, técnica y humana para llevarse a cabo; puesto que es irresponsable (y lo ha sido durante mucho tiempo) legislar en el papel, sin siquiera tener los elementos mínimos para llevar a cabo lo estipulado legalmente.

Así que, para abordar el análisis del poder punitivo en el Estado mexicano contemporáneo es necesario repasar las variables que se articulan en torno a dicho poder, así tenemos: a). Un sistema penal formalmente establecido en los diversos niveles legislativos: Constituciones federal y estatales, legislación penal federal y estatal, leyes especiales, leyes orgánicas, reglamentos y, en ocasiones, circulares. b). Un aparato burocrático que se encarga de la aplicación de esas normas penales en los diferentes ámbitos de gobierno, tanto a nivel preventivo, como represivo. c). La situación económica y social instaurada por el Estado que, de alguna manera (o de muchas) incide en la procuración e impartición de justicia y en la prevención del delito. d). Los compromisos internacionales que el Estado mexicano asume y la imagen internacional que desea mostrar.

Otras variables que, sin duda, influyen en la configuración del poder punitivo, son: A). La criminalidad en sus diferentes manifestaciones, desde la callejera y no organizada, hasta la or-

ganizada, pasando por la de cuello blanco. B). La percepción pública sobre la seguridad, el crimen y la actuación de la autoridad; aquí estamos hablando de la sociedad civil, pero respecto a un tema concreto que es el delito y los niveles de inseguridad que esa sociedad percibe, en donde resulta sustancial la participación de los medios de comunicación. C). La situación económica y social que vive la sociedad mexicana y que constituye un factor fundamental, en diversos sentidos, para la incidencia de conductas criminales.

2.3 Límites jurídicos al *ius puniendi*

Parto de la convicción de que los fundamentos constitucionales del sistema penal mexicano son, a la vez, los límites al poder punitivo del Estado; los cuales se encuentran estructurados dentro de un escenario social y democrático que responde al Estado de derecho que se ha instaurado en la República mexicana. Estos fundamentos se han esquematizado a través de diversos principios (ampliamente aceptados) que nos permiten comprender la naturaleza del sistema penal contemporáneo.

Debemos partir de que el sistema penal se esboza por los preceptos constitucionales que dan forma y delimitan su configuración. Así, tenemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículos 13 al 23, establece una serie de garantías y deberes que se refieren a la potestad punitiva depositada en el Estado mexicano y ejercida a través de las autoridades competentes⁵⁴. En este sentido, el apego al *Estado*

⁵⁴ En 2008 se aprobó la reforma constitucional de seguridad y justicia, en México, sin embargo, los principios a que se hace referencia siguen vigentes,

de derecho, en el ámbito de la seguridad, la procuración e impar-tición de justicia, significa el respeto a las formas y límites esta-blecidos constitucionalmente y desarrollados, o complemen-tados, en todo el orden normativo. Este respeto a las formas es lo que, sustancialmente, legitima la actuación del Estado como titular exclusivo del poder de punición.

Lo que no debemos olvidar es que los tratados, convenios y acuerdos internacionales son *ley*, conforme a lo establecido por los artículos 1 y 133 de la Constitución federal. Aquí, únicamente se procurará esquematizar los principios que se consideran fundamentales para configurar y limitar el sistema penal mexi-cano.

Aunque los estudiosos de la ciencia penal, generalmente coinciden en estos principios, cada cual los presenta de diversa manera. Para Wolfgang Schöne, por ejemplo:

... el punto de partida de una legislación penal democrática está en la Constitución, toda Constitución incluye o debe incluir la dignidad humana como punto de partida". De ahí que el Derecho penal debe observar garantías como la de legalidad, tipicidad y otros presupuestos de la punibilidad que debe observarse "...para evitar que el Estado se convierta en un gorila del poder. (...) En cuanto a los *presupuestos de la punibilidad* deben obser-varse los principios de "racionalidad", "proporcionalidad" y "efi-cacia". Asimismo atender al "principio de culpabilidad",

aunque en el artículo 18 constitucional en lugar de readaptación se alude a la "reinserción del sentenciado". Posteriormente, con la reforma constitucional de 2011 conocida como de derechos humanos se establecen las bases del esta-do constitucional del derecho.

eliminando para ello de los Códigos toda referencia a la “peligrosidad” ...⁵⁵

Por su parte, Berdugo Gómez y otros, aluden al Derecho penal constitucional, señalando que sus principios son: el de legalidad, de proporcionalidad (que incluye el de protección de bienes jurídicos, intervención mínima y proporcionalidad de las penas), el de culpabilidad y de resocialización⁵⁶.

García Rivas, se refiere, como principios constitucionales en materia penal, al de exclusiva protección de bienes jurídicos, al de intervención mínima, al de culpabilidad, de resocialización y de legalidad⁵⁷. En México, Moisés Moreno ha señalado como principios rectores del derecho penal, los siguientes: de legalidad, de tipicidad, de intervención mínima del derecho penal, del bien jurídico, de acto, de culpabilidad y de presunción de inocencia⁵⁸.

Nos ocuparemos, brevemente, de algunos de ellos, como son: el principio de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad y de resocialización, los cuales, se encuentran establecidos en el texto constitucional mexicano (artículos 13 al 23).

55 SCHÖNE, Wolfgang (1993). “Corrientes internacionales de la reforma en materia penal”. *Criminalia*, año LIX, No. 2, México, may-ags, Porrúa, p. 80.

56 Berdugo Gómez y otros. Ob. cit. p. 33 y sig.

57 GARCÍA RIVAS, Nicolás (1996). *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, p. 43 y sig.

58 MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (1999). *Política criminal y reforma penal (Algunas bases para su democratización en México)*, México: CEPOLCRIM, p. 110 y sig.

■ **Principio de legalidad**

En este principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*, reglamentado en el artículo 14 constitucional, se sustenta el Estado de derecho, aquí aparecen la prohibición de la analogía, la irretroactividad de la ley penal en perjuicio del indiciado, la tipicidad, la necesidad de juicio previo en el que se sigan las formalidades esenciales del procedimiento, la prohibición de juzgar dos veces la misma conducta y que la pena se ejecute y cumpla conforme a lo establecido por la ley⁵⁹.

De acuerdo al principio de legalidad ninguna conducta podrá ser calificada como delito, si no se encuentra tipificada previamente por la ley; consecuentemente, no podrá imponerse pena alguna si no está previamente establecida. Al respecto, Moreno Hernández sostiene la necesaria coherencia entre los órganos del Estado no sólo para ajustar su actuación a lo establecido legalmente, “sino también que la propia ley penal que se origina en el ejercicio de ese poder penal esté diseñada con claridad y precisión, de suerte que de su contenido se derive seguridad jurídica para los individuos.”⁶⁰ Ello significa que la propia ley limita el ejercicio del poder punitivo por parte del Estado, ya que son las autoridades las obligadas a respetar y proteger la legalidad estricta en materia penal.

Es fundamental aludir a la exigencia de la tipicidad previa para que una conducta se califique como delictiva, ello se deriva de la garantía de legalidad y prohibición de la analogía en materia penal, que reglamenta el artículo 14 constitucional. La *tipicidad* se re-

59 Berdugo Gómez y otros. Ob. cit. p. 37.

60 Moreno Hernández, M. Ob. cit. p. 115.

fiere a que la conducta realizada encuadre perfectamente en la definición de la ley, así que la autoridad jurisdiccional deberá tener por acreditados cada uno de los elementos del tipo penal para imponer una sanción penal⁶¹. Y es en las leyes penales secundarias como los códigos penales y las leyes especiales en las que se encuentra la tipificación de los delitos. La Constitución únicamente establece las garantías que deben ser respetadas y que representan un límite al *ius puniendi*.

■ **Principio de proporcionalidad**

En el principio de proporcionalidad se hace referencia a la necesidad de que se protejan bienes jurídicos en la tipificación penal, a la intervención mínima del derecho penal y a la proporcionalidad y humanidad de las penas. Este principio tiene un triple significado, respecto al ejercicio del poder punitivo del Estado, que supone que la intervención de los poderes públicos en la esfera de derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y

61 Es importante resaltar que la exigencia de los artículos 16 y 19 constitucionales de los elementos que deben acreditarse para la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso se refieren a momentos procesales previos a la sentencia. Pero ello no significa que cuando el Juez resuelva, en definitiva, si existe o no un delito, pueda prescindir del análisis de cada uno de los elementos que integran el tipo penal. Tampoco es acertado concebir que por la reforma a estos artículos constitucionales, realizada en 1999, se acoge en México (nuevamente) una suerte de interpretación causalista en materia penal; ya que, por un lado, dicha reforma obedece más a razones procesales que dogmáticas y, por otro, es erróneo suponer que con dicho precepto se anula el avance de la ciencia jurídico penal de los últimos cien años, en donde aún el finalismo ha ido modificando sus propuestas y explicaciones para ser más coherente con la realidad, vinculando de esta manera la dogmática penal con la política criminal. Al respecto, Cfr. MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ, Salvador. *El cuerpo del delito*, ediciones cultura de Veracruz, Xalapa, México, 1999, 153 p. La reforma constitucional del 2008 reduce aún más dichos requisitos previos y ello no cambia la necesidad de que la sentencia definitiva resuelva sobre la existencia del injusto y la culpabilidad del activo.

proporcionada. De ahí que, esa trilogía puede concebirse, de la siguiente manera:

...en primer lugar, el principio de *necesidad* reclama que la incriminación de una conducta sea medio imprescindible de *protección de bienes jurídicos* y comporta la *intervención mínima* posible sobre los derechos de la persona para alcanzar tal fin, lo que conocemos, respectivamente, como principio de protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima. (...) En segundo lugar, el principio de *adecuación* requiere que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida de seguridad, sea apta para alcanzar el fin que lo fundamentan. (...) En tercer y último lugar, el principio de *proporcionalidad en sentido estricto* requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas en cuestión.⁶²

Respecto a la necesidad de que los tipos penales protejan bienes jurídicos se ha desarrollado un amplio análisis en otro lugar⁶³. Ahora es importante precisar que el sistema penal mexicano obedece a la necesidad de que, a través del derecho penal, se protejan bienes jurídicos que, por la naturaleza y gravedad de la afectación, requieren la tutela penal. Sólo que al concebir el bien jurídico debe hacerse desde un punto de vista crítico, material, y no exclusivamente formal, para que efectivamente dicho concepto sea un límite al poder punitivo del Estado.

62 Berdugo Gómez y otros. Ob. cit. p. 47.

63 Un amplio estudio se realiza en CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth (2006). *La tutela penal de bienes jurídicos*, Xalapa, México: Universidad Veracruzana, 213 p.

En relación a la intervención mínima del derecho penal se debe partir de que, el mismo conforma un mal necesario, así que su intervención debe darse cuando es inevitable, por lo que “ni tan siquiera es adecuado recurrir al derecho penal y a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales”⁶⁴. Por desgracia, en México, hemos notado una tendencia inversa, es decir, a una criminalización exagerada que redunde, en muchas ocasiones, en excesos legislativos y, por supuesto, en la consiguiente conculcación de garantías para los ciudadanos. Así, Moreno Hernández afirma que en los últimos quince años en la reforma penal, “la tendencia prevaleciente es contraria a la del principio de intervención mínima, pues cada vez se observa una mayor intervención del derecho penal y, en lugar de ser éste el último recurso, se le ha convertido en el primero y casi único recurso de que el Estado hace uso para el logro de sus objetivos”.⁶⁵

A pesar de ello la necesidad de reducir el ámbito de imputación penal es evidente, ya que de lo contrario nos encontraríamos con un Estado represor que, cada vez más, utilizará la fuerza, aún en los casos innecesarios, poniendo en peligro la configuración de un derecho penal garantista como el que está plasmado en el texto constitucional y, actualmente, a pesar de los excesos creemos que el sistema penal mexicano está basado

64 García Rivas, N. Ob. cit. p. 53. La reforma penal constitucional de 2008 insiste en la necesidad de implementar esos mecanismos alternativos.

65 Moreno Hernández, M. Ob. cit. p. 122. En otro apartado se hace referencia a la legislación penal simbólica que obedece más a razones políticas que jurídicas y en la cual tiene una decisiva influencia la actuación de los medios de comunicación en nuestro país.

en una política criminal garantista y humanitaria, sólo que es necesario integrarla y hacerla coherente a las necesidades actuales y al proyecto de Estado que está aún por definirse.

■ **Principio de culpabilidad**

En el principio de culpabilidad se alude a la presunción de inocencia y a los criterios de imputación penal que fundamentan el reproche penal; entre ellos, encontramos la idea de personalidad de la pena, que significa que una persona habrá de ser sancionada sólo por aquella conducta que hubiere realizado y de ninguna manera se sancionará a otra diversa. La Constitución mexicana establece la prohibición de la trascendencia de la pena en su artículo 22. Sin embargo, actualmente existe la discusión en torno a la responsabilidad penal de la persona colectiva en donde se plantea la posibilidad, y necesidad, de la imputación colectiva⁶⁶.

A raíz de la evolución de este principio se llegó a establecer que la culpabilidad no configuraba, exclusivamente, la parte subjetiva del delito y se le consolidó “como juicio de reproche por haber actuado el sujeto antijurídicamente, cuando *podía haber obrado de otro modo*. Los presupuestos de la culpabilidad se redujeron a la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento del injusto y la ausencia de causas de exculpación”⁶⁷. Sin embargo, en este planteamiento se presupone la libertad de decisión del

66 Al respecto se ha realizado un amplio análisis en Contreras López, Rebeca E. (2000) *La persona jurídica a la luz del derecho penal (un estudio de la responsabilidad penal colectiva)*, Universidad de Xalapa, México, 169 p.

67 Mir Puig, Santiago, ob. Cit. p. 173.

individuo o *libre albedrío*, cuya existencia es indemostrable⁶⁸. Por tal razón, se requiere una concreción de los diversos aspectos que deben fundamentar dicho principio.

Mir Puig señala los siguientes aspectos: personalidad de la pena, responsabilidad por el hecho, imputación objetiva del resultado lesivo, imputación subjetiva con exigencia de dolo o culpa y lo que se considera la culpabilidad en sentido estricto: imputabilidad del sujeto y ausencia de causas de exculpación⁶⁹. Sin duda, el principio de culpabilidad constituye un límite material al *ius puniendi*, ya que implica considerar la racionalidad del sujeto para atribuirle un hecho que ha realizado con conciencia y voluntad.

▪ **Principio de resocialización**

Este principio tiene que ver con las diversas teorías de la pena, pero sobre todo con el fin del sistema penitenciario y sus resultados, se encuentra reglamentado en el artículo 18 constitucional que establece que el fin de las penas es lograr la *readaptación social del delincuente* (en la reforma de 2008, reinserción del sentenciado).

En este principio parece fundamental aludir a la humanidad y salvaguarda de la dignidad humana que, aunque se refiere a un principio general de la política criminal, tradicionalmente suele vincularse al derecho penal y su evolución, así como a las consecuencias jurídicas del delito, “traducidas en la eliminación

68 Un amplio análisis en torno a este tema lo realiza GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990). “¿Tiene un futuro la dogmática penal?”, *Estudios de derecho penal*, Madrid: Tecnos, p.p. 140-161.

69 Mir Puig, S. Ob. cit. p.p. 175-176.

de las penas corporales, la constante reducción de la duración de la privación de libertad y la mejora de las condiciones de su ejecución”⁷⁰.

Respecto al principio de resocialización debe decirse que no se trata de una constatación empírica de dicho principio, sino más bien de una orientación que, a nivel constitucional, se ha adoptado para impedir circunstancias negativas o de afectación a la dignidad humana, en el ámbito de la ejecución de las sanciones penales; aunque no podemos olvidar el estado precario en que se encuentra el sistema penitenciario mexicano.

Por tanto, efectivamente existe un marco constitucional que fundamenta el sistema jurídico penal y, a la vez, nos proporciona límites específicos para el ejercicio del poder punitivo del Estado. Límites que tendrán que concretizarse, tanto en la legislación secundaria, como en la práctica cotidiana de las autoridades estatales.

70 Silva Sánchez, Jesús-María, ob. cit. p. 261.

CAPÍTULO TERCERO

Dimensiones analíticas del desarrollo de la línea de investigación

3.1 Dimensión global

3.1.1 Derecho Penal y globalización⁷¹

La necesaria interconexión entre el escenario global y el local, nos lleva a una serie de complejidades que la ciencia jurídica no puede resolver satisfactoriamente al excluir la discusión social, política, económica. En la configuración del poder punitivo que el Estado detenta en el ámbito penal es indispensable partir del escenario global, lo que implica un ámbito complejo y diferenciado que deberá ser incluido en el análisis, ya que de lo contrario la reflexión no tendría un referente aceptable.

Surge así la necesidad de detenernos en la configuración actual del *ius puniendi* en la globalización. Como sabemos, el *ius puniendi* representa el monopolio que ejerce el Estado para el uso de la fuerza, es una delegación de la voluntad popular a cambio de que ese Estado proteja a su población de amenazas de todo tipo. Ante ello, y para evitar abusos y arbitrariedades, el or-

⁷¹ Una parte fue publicada originalmente en CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2006), "Libertad *versus* seguridad: las transformaciones del derecho penal en el contexto global" en *Transformaciones jurídicas en la globalización*, Memoria del Seminario Internacional de Derecho y Globalización, Xalapa, México: UV, UX, CONACYT, Cultura de Veracruz, p.p. 42 a 48.

den legal establece límites y garantías en el ejercicio del poder estatal. Paralelamente, se fortalece la obligación de proporcionar seguridad que, a su vez, constituye una garantía para la libertad, la justicia y la convivencia social, que se encuentra consagrada en el artículo 21 de la Constitución mexicana.

En este contexto hay que reconocer que el estado-nación pierde poder, pero no influencia; ya que su principal incapacidad ha sido conciliar el poder de las redes globales (no estatales) con las identidades singulares⁷². Entre los factores más relevantes de este debilitamiento encontramos: la globalización económica, la globalización de los medios y comunicaciones electrónicas y la globalización de la delincuencia.

Ulrich Beck hace referencia a que el Estado neoliberal, o por lo menos su conceptualización, pierde legitimidad ante la percepción global de los peligros, es decir, este último es un elemento que hay que considerar al abordar el debilitamiento de los estados nacionales.

Los atentados suicidas y asesinatos masivos no solamente han puesto al descubierto la vulnerabilidad de la civilización occidental sino que a la vez nos han permitido saborear por anticipado a qué clase de conflictos puede conducir la globalización. En un mundo de riesgos globales, la divisa del neoliberalismo, a saber, sustituir la política y el Estado por la economía, pierde rápidamente fuerza de convicción.⁷³

⁷² CASTELLS, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol. II: El poder de la identidad*, tr. Carmen Martínez Gimeno, 5ª ed. en español, Ed. Siglo veintiuno, México, 2004, p. 271.

⁷³ BECK, Ulrich, *Poder y contrapoder... op. cit.*, p. 350.

El fenómeno criminal se ha diversificado; se ha modificado en forma importante en los últimos años, ello implica la necesidad de revisar las estrategias y medidas con que los estados modernos cuentan para hacerle frente. De ahí que, el análisis que aquí se propone no puede ser lineal, sino transversal, tratando de describir los diversos enfoques que nos permitan analizar algo tan complejo como es la criminalidad, es por ello, que se hacen múltiples referencias a aspectos sustantivos y procesales del sistema penal, pero también en forma muy importante a la política criminal, como una herramienta fundamental para enfrentar la criminalidad.

La globalización conlleva,

...la erosión progresiva de la capacidad estatal del ejercicio de la fuerza, la cualidad fundamental que definía el contenido de la soberanía de la acción política estatal, lo que transforma la visión moderna de la política, la violencia y los métodos de resolución de los conflictos. (De ahí que, las condiciones actuales del mercado van acompañadas, a su vez, de) ... la globalización del crimen, el terrorismo y el comercio de drogas. Se habrán de reformular así, las reglas, los territorios, los métodos y las políticas estatales y supranacionales que permitan revertir eficazmente una escalada de violencia que acompaña a los beneficios, selectivos y nunca definitivos, de este fenómeno contemporáneo⁷⁴.

La obligación del Estado de dar seguridad pública a los ciudadanos es una tarea compleja que involucra elementos diversos en su haber. Afirma Piñera Sánchez que la “seguridad

⁷⁴ CÓRDOBA ELÍAS, J.P. (2003), “Reflexiones sobre la globalización y el estado-nación contemporáneo”, en DÍAZ MÜLLER, Luis T. (coord), *Globalización y Derechos Humanos*, UNAM, México, p. 27.

integral es una fórmula imprescindible para garantizar la soberanía, la independencia, la justicia y la solidaridad internacional; es un valor superior cuyo mantenimiento y permanencia es una obligación inequívocamente a cargo del Estado”⁷⁵.

Al hablar de seguridad es importante precisar que existen diferentes niveles en la misma. Vargas Sánchez sostiene que la *seguridad pública* se refiere a “medidas punitivas que el Estado instrumenta para el control de la criminalidad.”⁷⁶ Es decir, el poder punitivo es el instrumento central que permite alcanzar el fin estatal de seguridad pública. En tanto que, el ámbito de la *seguridad nacional* se refiere a las medidas de protección que el Estado implementa para hacer frente a amenazas externas o internas que ponen en entredicho el poder y función del Estado.

Reiteradamente he sostenido que la seguridad pública debe referirse no sólo a medidas punitivas, sino sobre todo a medidas preventivas: educativas, sociales, culturales y de participación ciudadana. En México existe una importante indefinición respecto a estos dos ámbitos de la seguridad: pública y nacional, ya que existen temas de seguridad pública que han migrado a la seguridad nacional, como el narcotráfico y el crimen organizado, ante la incapacidad del Estado para hacerles fren-

75 PIÑERA SÁNCHEZ, Fernando (2003), “Irrenunciabilidad del Estado al fin esencial de la seguridad pública”, en SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto (Coord), *Política criminal. La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de seguridad*, memoria del segundo Congreso Internacional de Política Criminal, UNAM, posgrado Derecho, México, octubre 2003, p. 92.

76 VARGAS SÁNCHEZ, Lorenzo I. (2003), “Seguridad Nacional y Política Criminal. Reflexiones categoriales en torno al tema de la Política Criminal como instrumento de control social contra los movimientos de resistencia en América Latina” en SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto (Coord.), *Política criminal... op. cit.*, pp. 38-39.

te⁷⁷. Lo que significa que, ante estos fenómenos criminales, se pueden utilizar *medios legítimos e ilegítimos*, ya que está en juego la seguridad nacional.

Uno de los problemas fundamentales de la sociedad global es el de la seguridad en ámbitos y escenarios diversos, como la seguridad nacional, la guerra contra el terrorismo o la bioseguridad. Sin embargo, en México, la política criminal se vuelca en el tema de la seguridad pública que permita a los ciudadanos una convivencia pacífica, armoniosa; pero, además, porque se trata de una obligación, constitucionalmente establecida, del estado mexicano en sus tres niveles de gobierno, tal y como lo prevé el artículo 21 constitucional.

Pero esta visión simplista que ofrece el texto constitucional, debe hacerse operativa en escenarios complejos, globales y sumamente violentos. En donde tenemos, por un lado, lo que Tenorio Tagle define como la *cuestión criminal* entendida como un fenómeno complejo, polivalente, que se refiere no sólo a las conductas criminales y su organización, sino también a las prácticas de los sistemas penales que hacen frente a dichas conductas. Por otro lado (y esto es lo que caracteriza este escenario global), “las nuevas formas de violencia, que han invadido la casi totalidad de los territorios, tórnense decididamente extraviadas al carecer de referentes éticos y guiarse estrictamente en términos racionales, esto es, para los únicos fines de la acumulación del capital”⁷⁸.

77 Cfr. SALAZAR, Ana María (2002), *Seguridad nacional hoy. El reto de las democracias*, Nuevo Siglo-Aguilar, México.

78 TENORIO TAGLE, Fernando, “La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal” en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (Coord),

La economía criminal se vuelve poderosa y se convierte en una red global diversificada que trasciende las fronteras y vincula toda clase de negocios, lo que representa un mercado de alto valor, más aún, las prohibiciones agregan un valor agregado a sus productos. Así encontramos que en,

el núcleo del sistema está el blanqueo de dinero por cientos de millones (quizá trillones) de dólares. La economía criminal se vincula con la economía formal a través de complejos planes financieros y redes comerciales internacionales, penetrando así profundamente en los mercados financieros y constituyendo un elemento crítico y volátil en una frágil economía global⁷⁹.

En este escenario la política criminal tiene un papel fundamental ya que se refiere a los planes, programas y estrategias que el Estado debe implantar para luchar contra la criminalidad y fortalecer la seguridad pública. Se trata de que la acción estatal sea integral, racional y eficaz en forma tal que los estados de derecho y los organismos internacionales no lleven el estigma de actuar arbitrariamente o sin garantías ante los responsables de la comisión de delitos, por más graves que estos sean⁸⁰.

Globalización e internacionalización del Derecho penal (Implicaciones político-criminales y dogmáticas), Cepolcrim, México, 2003, p. 35.

79 CASTELLS, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol. III: Fin de milenio*, tr. Carmen Martínez Gimeno, 5ª ed. en español, Ed. Siglo veintiuno, México, 2004, p. 200.

80 Respecto al concepto de política criminal existe amplias discusiones por un lado estaría la posición oficial, por otro, una visión moderadamente crítica que sobre las instituciones establecidas trata de explicar sus finalidades (Cfr. MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, Cepolcrim-*ius poenale*, México, 1999) y, por otro, la perspectiva abiertamente crítica que pone de manifiesto el ocultamiento de los abusos del poder a través de las instituciones estatales (Cfr. TENORIO TAGLE, Fernando, "La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal", *op. cit.*, y la corriente latinoamericana en SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto (Coord.), *Política*

Es importante considerar la influencia que el crimen transnacional tiene en el escenario global, con un poder económico creciente. En cálculos conservadores, para 1994 el sistema financiero global blanqueaba alrededor de 750 000 millones de dólares anuales⁸¹. Ya que, a la criminalidad organizada transnacional, lo que la hace rentable es el blanqueo de capitales en el que confluye la economía criminal, resultado de actividades diversas. Ello implica que la estructura del Estado, las relaciones internacionales y los flujos financieros están en mayor o menor medida interconectados en esta economía de lo criminal.

Hay que ser cautos, pues al pensar en la alternativa de un gobierno mundial, no se refiere a un supergobierno con una soberanía compartida, sino más bien a la posibilidad negociada de conciliar intereses y políticas a partir de los gobiernos nacionales.

Incluso en los documentos internacionales se reserva el ejercicio soberano del poder de punición a los estados nacionales. Así lo prevé la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) que, en su artículo 4 establece la protección de la soberanía, en los siguientes términos:

1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados.

criminal. La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de seguridad, memoria del segundo Congreso Internacional de Política Criminal, UNAM, posgrado Derecho, México, octubre 2003.

81 CASTELLS, Manuel, *Vol. II: El poder de la identidad*, op. cit., p. 288.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

Es decir, los estados nacionales son soberanos para tomar decisiones y aplicar las normas en los casos que así lo determinen, por ello, hoy en día no es posible hablar de un derecho penal global, sino de acuerdos internacionales en temas específicos como el de la Convención de referencia.

Frente a este escenario formal existe lo que Castells llama el cuarto mundo y que está “compuesto de múltiples agujeros de exclusión social a lo largo de todo el planeta”⁸². En cada país, en cada ciudad, en donde habitan millones de personas sin techo, encarceladas, prostituidas, criminalizadas.

La diferencia económica, de desarrollo y, sobre todo, de estatus internacional, polariza la discusión acerca de las transformaciones de la soberanía estatal y, por ende, del ejercicio del poder penal que cada estado se reserva. Porque a partir de estas condiciones, las decisiones son más o menos influyentes en el escenario global y, por ende, los límites *reales* del poder de punición tienen diferentes alcances y connotaciones si vienen de un estado hegemónico, o si son de uno de los múltiples estados de desarrollo medio o precario, que es en donde nos encontramos en América Latina.

Ante la complejidad, sin duda, la investigación disciplinar no es suficiente, es necesario observar estos fenómenos con len-

82 CASTELLS, Manuel, *Vol. III: Fin de milenio, op. cit.* p. 198.

tes diversos que presuponen, por lo menos, visiones interdisciplinarias o, en su caso, transdisciplinarias.

Hay que partir de diagnósticos confiables sobre la criminalidad que permitan plantear alternativas de política criminal y dado que el mundo global es uno sólo, el reto seguirá siendo establecer reglas claras que garanticen la igualdad y el respeto a los derechos humanos y no convertir las investigaciones criminales en “guerras” que dejan sin defensa a los involucrados, como el caso de terroristas o narcotraficantes que son declarados, sin juicio ni garantías, como “enemigos” de la civilización occidental⁸³.

Es indispensable reconducir a la política criminal como la expresión de un plan estratégico que articule alternativas en contra de la criminalidad, que incluya visiones y opiniones diversas que permitan elaborar y reelaborar los enfoques y programas de prevención y lucha contra el crimen.

La globalización, con la criminalidad organizada y transnacional que le es inherente, plantea entre otros, los siguientes retos fundamentales para la política criminal:

- Definir claramente los paradigmas que rigen la configuración y operación de las políticas públicas en materia de seguridad.
- Lograr la seguridad pública y enfrentar la criminalidad sin menoscabo de los derechos humanos y las garantías constitucionales a que todo individuo es acreedor.
- Lograr la legitimación de las opciones adoptadas en temas de seguridad, a partir de la información y la discusión razo-

83 En donde es pertinente el análisis del Derecho penal del ‘enemigo’.

nada con los ciudadanos. Aquí está presente la necesidad de la rendición de cuentas,

- Es urgente abordar la cuestión ética del papel del Estado (y de los organismos y empresas transnacionales) en el nuevo orden mundial, reconociendo las posibles alternativas al modelo económico neoliberal, pero rescatando asimismo el compromiso ético de solidaridad que debería ser inherente a todo ser humano.

Los retos del derecho ante la globalización son extraordinarios, pero lo son aún más los de la política criminal, ya que la disminución del poder estatal y del ejercicio de la soberanía nos presenta estados débiles que difícilmente pueden enfrentar la criminalidad organizada, política y económicamente poderosa. El riesgo latente es el que estamos viviendo, la delegación de la obligación estatal de lograr la seguridad de los ciudadanos en organismos privados, en ocasiones extranjeros, que no participan de los controles constitucionales de respeto a las garantías y los derechos humanos.

En el mundo global las coordenadas espacio-temporales se reordenan y las reglas del juego cambian de una forma inequitativa, con poder y dominación, ello implica que la legitimidad de los estados, en su versión moderna, se cuestiona permanentemente, tanto en escenarios nacionales como internacionales.

Llegamos así a otro reto fundamental para la política criminal. La percepción de seguridad es más simbólica que real, ya que la misma no está ligada a la objetividad de los peligros. Más bien se trata de símbolos globales que se instalan en la mente y el corazón de la gente. Surgen así las *guerras preventivas*, la *gue-*

rra contra el terrorismo o el programa *cero tolerancia*, que vulneran los más elementales principios de la dignidad humana, pese a lo cual cuentan con una gran aceptación pública.

Ante el riesgo global la punición, así sea simbólica, se expande cada vez más y se incrementan los recursos materiales para la represión y el control formal de la criminalidad. Se incrementan, asimismo, los ámbitos privados de seguridad que suponen un quiebre de la existencia de la soberanía estatal en temas de seguridad. Por ello, los programas antes señalados suponen un antídoto fácil frente a la alarma social que, además produce beneficios electorales. “En efecto, no resulta difícil constatar que las crecientes demandas públicas de seguridad se convierten en un valor público que puede ser fácilmente negociado mediante el siguiente intercambio: consenso electoral a cambio de simbólicas representaciones de seguridad”⁸⁴.

El reto fundamental es resolver el sentimiento de inseguridad a través de medidas coherentes con la protección de la dignidad humana y el respeto a las garantías establecidas constitucionalmente, en este sentido la participación ciudadana informada y razonada, es sustancial.

⁸⁴ BRANDARIZ GARCÍA, José Angel (2004), “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismos de control social en las sociedades contemporáneas”, en *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, España, pp. 37-38.

3.1.2 Responsabilidad penal internacional⁸⁵

En el ámbito internacional los sujetos de derecho por excelencia son los Estados, que como entidades soberanas participan y son responsables dentro del escenario internacional. Sin embargo, en el tema de la responsabilidad penal, poco a poco hemos acudido a una asunción de la responsabilidad de los sujetos individuales en el ámbito internacional. Ahora, la responsabilidad penal internacional es de los individuos, mientras que los Estados tienen una responsabilidad internacional que podríamos denominar de derechos humanos, así como civil o patrimonial, sin embargo, como ello no es suficiente, se han adoptado medidas para que los sujetos responsables de los crímenes más graves sean sometidos a la punición penal.

Para formalizar dicha punición se ha requerido de una larga evolución que ha cristalizado en el Estatuto de Roma (1998) y en la puesta en marcha de una Corte penal internacional permanente para juzgar los crímenes más graves que afectan a la Comunidad Internacional en su conjunto: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión que aún no ha sido definido (artículos 5 al 8 del Estatuto).

En el Estatuto, por lo que se refiere a:

...ámbito de aplicación personal se limita a la responsabilidad individual, aunque el art. 28 reconoce también la responsabilidad del comandante o los superiores jerárquicos, pero siempre a título individual, nunca a título estatal, excluyendo de forma ex-

85 Este apartado fue elaborado con las notas de la investigación realizada para CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2004), *La justicia penal supranacional (el establecimiento de la corte penal internacional)*, Xalapa, México: Universidad de Xalapa, Arana.

presa de su jurisdicción a aquellas personas a las que se le pueda aplicar la exigencia de obediencia debida (art. 33). Esto, por un lado, no es ninguna novedad, e incluso supone la confirmación, en Derecho internacional, de la regla de la imputabilidad de la responsabilidad internacional del individuo. Sin embargo, y aun reconociendo la inmadurez político-jurídica del momento, hubiera sido deseable haber incorporado alguna disposición alentadora sobre la responsabilidad internacional penal del Estado y otras entidades no estatales, como los movimientos insurgentes, los movimientos de liberación nacional y otros⁸⁶.

Para la doctrina positivista clásica era “inimaginable que una norma de derecho internacional pudiera ser infringida por personas individuales” y aunque a fines del siglo XIX y principios del XX existía una diversidad de disposiciones que aludían a esta responsabilidad, la sanción recaía en los Estados y no se hacía referencia expresa a la responsabilidad penal del individuo⁸⁷.

Existen diversos precedentes en este tema, como los contemplados en el *Derecho de la Haya* (1899 y 1907), en donde se regulan leyes y costumbres bélicas y aunque no incorpora instituciones penales, esboza algunas referencias a la responsabilidad penal internacional⁸⁸.

86 FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (2000), “El Derecho aplicable por la Corte Penal Internacional”, *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo general del Poder judicial, Madrid, p. 256.

87 DELGADO, Isabel Lirola y MARTÍN, Magdalena M. (2001), *La Corte Penal Internacional (Justicia versus Impunidad)*, Ariel, Barcelona, p.15.

88 PELÁEZ MARÓN, José Manuel (2000), “El Desarrollo del Derecho internacional penal en el siglo XX”, *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo general del Poder judicial, Madrid, p.p.92 a 105.

Pese al clamor general de las víctimas y de la Comunidad internacional en su conjunto, después de la Segunda Guerra mundial lo que se pedía era que fueran los tribunales quienes juzgaran a los responsables de la barbarie ocurrida, se instalan así el Tribunal Militar de Nüremberg y el Tribunal Militar de Tokio (1945-1946). En este contexto se celebraron sendos procesos de una magnitud colosal que, por supuesto, adolecieron de defectos tanto políticos como jurídicos pero que supusieron un avance importante en el tema de la responsabilidad penal.

La sentencia dictada por el Tribunal de Nüremberg da a la guerra de agresión carácter criminal. Además, asume que el individuo en este contexto es:

...sujeto tanto activo como pasivo del Derecho internacional (lo que, sin duda evidencia un principio de humanización de aquel) y, por último, la afirmación de que las obligaciones internacionales impuestas a los individuos, deben primar, en cualquier supuesto, sobre su deber de obediencia al Estado del cual dependiesen⁸⁹.

La evolución del concepto de crimen contra la humanidad nos da una idea de cómo ha ido cambiando la referencia a la responsabilidad penal el individuo en el ámbito internacional. En estricto sentido se han planteado visiones jurídicas diversas respecto a lo que debemos entender por crimen contra la humanidad, antes y después de la guerra. Antes de esta conflagración mundial este concepto era prácticamente desconocido, aunque se hacía referencia a la violación de las *leyes de la humanidad* en

89 *Ibidem*, p.p. 109-110

los conflictos bélicos⁹⁰. Planteando la posibilidad de procesos penales por dichas violaciones⁹¹. Sin embargo, cuando

...la comunidad internacional descubrió en 1945, al final de la segunda guerra mundial, los horrores de Auschwitz, Mauthausen o Buchenwald, asumió la necesidad de regular penalmente diversas conductas delictivas, que a partir de entonces se conocieron como crímenes de lesa humanidad. Se consideró que la ofensa que producían determinados comportamientos aberrantes no ofendía sólo a las personas que los padecían, ni debía afectar sólo a los países en los que tales crímenes se cometían. El Estatuto del Tribunal de Nuremberg sancionó como crímenes contra la humanidad el asesinato, el exterminio, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil⁹².

Al terminar la Segunda Guerra mundial, ante la magnitud de los asesinatos masivos, las torturas, los experimentos humanos, las deportaciones; el horror físico y moral que sufrieron las víctimas y sus descendientes, hicieron aparecer el concepto de crimen contra la humanidad, no se trataba de delitos ordinarios, por más graves que estos sean, sino de situaciones excepciona-

90 Preámbulo del Convenio de la Haya número IV sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 en la Cláusula Martens establece que <...las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del Derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las *leyes de humanidad* y de las exigencias de la conciencia pública> (RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, "Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?", *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo general del Poder judicial, Madrid, 2000, p. 306).

91 Informe de 1919 de la Comisión sobre las responsabilidades de los autores de la guerra. Rueda, Los crímenes... p. 306.

92 Carlos, CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos (2000), "Presentación", *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 21.

les que requerían medidas diferentes. Por ello, en el Tribunal de Nüremberg se consideró que tales conductas vulneran los principios universales de defensa de los valores humanos.

El Estatuto del Tribunal de Nüremberg (1946) en su artículo 6, apartado c), definió el crimen contra la Humanidad como:

...el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación, y cualquier otro acto inhumano cometido contra la población civil, antes o durante la guerra, o bien la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos cuando esos actos o persecuciones... hayan sido cometidos como consecuencia de cualquier otro crimen que sea comprendido en la competencia del Tribunal o vinculado con ese crimen⁹³.

Junto a esta definición encontramos la que recoge la Ley número 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania (20 diciembre 1945), al regular como crímenes contra la humanidad:

Las atrocidades y delitos que comprendan, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, las violaciones u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, violen o no estos actos las leyes nacionales de los países donde se perpetraran⁹⁴.

Por su parte el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio incorpora como crímenes contra la humanidad (artículo 5, c) del Estatuto), “la muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos perpetrados antes o durante

93 LÓPEZ GARRIDO, Diego (2000), “La represión de los crímenes contra la humanidad en el Derecho Internacional”, *Crímen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Tirant lo blanch, Valencia, p.p. 43-44.

94 Rueda, Ob. cit. p. 308.

las hostilidades y la persecución por motivos políticos o raciales...”. Mientras que en el Proyecto de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de 1954 no se emplea la expresión de crímenes contra la humanidad, sí se alude, bajo el rubro “violaciones sistemáticas o masivas de derechos humanos” a una serie de ilícitos que, posteriormente, se recogerían como crímenes contra la humanidad en el Estatuto de Roma⁹⁵.

Tanto el Tribunal de Nüremberg, como el de Tokio, concluyeron con sendas sentencias en las que se imponían penas diversas a los individuos, desde pena de muerte o cadena perpetua hasta privaciones menores de la libertad, incluidas por supuesto diversas absoluciones.

Sin duda, los Tribunales de Nüremberg y Tokio son un precedente decisivo en la intervención de la comunidad internacional para reprimir a las personas que toman las decisiones en el ámbito soberano de un Estado y, a decir, del profesor Bacigalupo, el Estatuto de Roma “viene a culminar este desarrollo del Derecho internacional penal”⁹⁶.

Es importante señalar que los Tribunales *ad hoc* (exYugoslavia y Ruanda) ejercen su jurisdicción sobre los individuos que hubieren participado en estos actos, sin que sea eximente de responsabilidad la obediencia del subordinado o el desconocimiento del superior, si ambos sabían que se iban a cometer tales actos y no hicieron nada por impedirlos. En ambos estatutos se tipifican los crímenes de genocidio y lesa humanidad, así como

95 Rueda, Ob. cit. p.p. 308 a 310.

96 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2001), “Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero”, *el derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho judicial VII-2001, Consejo general del Poder judicial, Madrid, p. 203.

las violaciones al Derecho internacional humanitario y la responsabilidad penal es a título individual, lo que constituye el antecedente más significativo de esta responsabilidad en el ámbito internacional. La objeción a los Tribunales *ad hoc* es que se trata de jurisdicciones temporales y creadas especialmente para situaciones específicas; algo que la CPI viene a superar con una jurisdicción permanente y complementaria de las nacionales.

El sistema de responsabilidad penal internacional parte del supuesto de que:

... los crímenes internacionales son hechos propios de individuos, grupos, agentes y órganos de Estados no democráticos, siendo su represión el papel adjudicado a los Estados democráticos, a sus órganos y agentes. Frente a las violaciones masivas de derechos humanos que traducen esos crímenes se ha enarbola-do el principio *humanitario* para exigir no sólo el derecho de asistencia a las víctimas, sino la injerencia y hasta la intervención armada...⁹⁷.

Se da así legitimación a la persecución de los autores, cómplices o encubridores de cualquier acto que atente contra el derecho humanitario y los derechos humanos, encontrándose ahora tipificadas tales conductas en el Estatuto de Roma.

Es importante precisar que el Estatuto de Roma define un triple modelo competencial: material, subjetivo y jurisdiccional. Podrá juzgar a cualquier mayor de 18 años por los crímenes enunciados en el artículo 5 del Estatuto; cuando los crímenes

⁹⁷ REMIRO BROTONS, Antonio (2001), "Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial", *el derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho judicial VII-2001, Consejo general del Poder judicial, Madrid, p.142.

hayan sido cometidos en el territorio o por nacionales de alguno de los Estados que haya ratificado el Estatuto, salvo el supuesto especial de que el Consejo de Seguridad de NU remita el asunto a la Corte⁹⁸.

Concretamente, en la parte tercera del Estatuto se establecen *los principios generales del Derecho penal* y en el artículo 25, se plantea la responsabilidad penal individual, que es de la que la Corte podrá conocer. Así se indica:

Artículo 25. Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la Comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
 - a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
 - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
 - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

⁹⁸ ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción (2000), "La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal internacional", *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 233-234.

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. (Estatuto de Roma: 1998)

El Estatuto de Roma viene a cristalizar la evolución de la responsabilidad penal internacional de la persona física (natural, como la llama el Estatuto) y su deslinde de la responsabilidad de los Estados en el derecho internacional.

3.1.3 El “nuevo” Derecho Penal⁹⁹

Otro de los aspectos que he abordado, en el contexto global, sobre la línea de investigación del poder punitivo del estado, se refiere a la existencia de un “nuevo” derecho penal en el que los principios fundamentales, liberales, se transforman hacia otros referentes sustantivos. Por ello, me ha preocupado la posibilidad de una transformación paradigmática que nos permita afirmar la existencia de un moderno derecho penal.

En este sentido, retomamos la ya clásica aportación de Kuhn¹⁰⁰, para el cual toda investigación científica trabaja con modelos teóricos dentro de un paradigma, en busca de la evidencia teórica suficiente para aceptarlos, modificarlos o rechazarlos. Los paradigmas representan una matriz disciplinara que abarca generalizaciones, supuestos, valores, creencias. Estos paradigmas subyacen a las interpretaciones que los diferentes modelos explicativos van aceptando a lo largo de su historia. Por tanto, los paradigmas son históricos y culturales. Por ello, hoy discutimos si el derecho penal tiene un modelo de explicación diferente.

Recordemos que el derecho presenta dimensiones diferentes, no es sólo un conjunto de leyes formalmente establecidas es, sobre todo, cultura, ideología, consenso, respeto. Teóricos del derecho, como Faria, aluden a sus diferentes dimensiones señalando que se trata de un “sistema diferenciado

⁹⁹ Este apartado fue publicado inicialmente en una obra colectiva. CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. y CONTRERAS LÓPEZ, Miriam E. (2007), *Derecho penal y globalización: ¿un cambio de paradigma?*, Xalapa, México: UV, CONACYT, Arana.

¹⁰⁰ Cfr. KUHN, Thomas S. (1971), *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México.

de normas, instituciones y valores” que juegan un papel privilegiado como instrumento de organización social. Este sistema lo enfoca en tres dimensiones:

una *estructural* (a la que pertenecen las instituciones legislativas y judiciales), otra de carácter *sustantivo material* (a la que corresponden los códigos y leyes en vigor) y una tercera de naturaleza *cultural* (que traduce las actitudes, hábitos, orientaciones, valores y opiniones que hacen del ordenamiento jurídico una unidad y determinan el lugar de sus normas y de sus aparatos burocráticos en la sociedad)¹⁰¹.

Esto me conduce a dos observaciones puntuales. Por un lado, la red global de interacción es extremadamente compleja y, por otro, se trata de una red abierta susceptible a todo y a todos, lo que implica una apertura inusitada del conocimiento, que es su rasgo fundamental. Y son estas las características que tienen las redes criminales que participan de estas tecnologías de información y propician comunicación abierta al mundo. Por ello, las transformaciones que pudieran establecerse respecto de principios sustantivos o procesales del derecho penal tienen que evidenciarse en este espacio cibernético global.

Por ello, cuando nos preguntamos sobre las transformaciones jurídicas que estos principios han sufrido en la globalización, el primer paso es entender que hemos definido dichas *transformaciones jurídicas*, como *cambios sustanciales (no accesorios o accidentales) en las categorías conceptuales básicas del análisis dogmático penal que incide en los demás elementos del*

¹⁰¹ FARIA, José Eduardo (2001), *El derecho en la economía globalizada*, tr. Carlos Lema, editorial Trotta, Madrid, p. 45.

*modelo y que implican una incapacidad del modelo tradicional para explicar el problema a estudio*¹⁰².

Es importante precisar:

- Primero, las transformaciones no siempre son sustanciales y, por tanto, no necesariamente llevan en sí la transformación del modelo que llamamos tradicional.
- Segundo, existen transformaciones que no son conceptuales, sino procedimentales e inciden en aspectos tan sustanciales como los derechos y garantías de los ciudadanos, sin que ello signifique una modificación a la explicación dogmática penal.
- Tercero, la realidad compleja y cambiante es la que se transforma y ante ello el derecho es utilizado como instrumento de control, lo que significa que las transformaciones jurídicas son resultado de decisiones irreflexivas y sin sustento científico, lo que coloca dichas transformaciones más como un tema de política criminal que de dogmática penal.

Inicialmente se parte de la existencia de transformaciones sustanciales del derecho penal en la globalización que llevan a la necesidad de reorientar los esquemas conceptuales clásicos de la dogmática penal.

A principios de los años noventa, del siglo pasado, Hassemer señalaba que el denominado “Derecho penal moderno ha llegado a un punto en el que se ha convertido en contraproducti-

¹⁰² En la investigación colectiva ya señalada CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. y CONTRERAS LÓPEZ, Miriam E. (2007), *Derecho penal y globalización: ¿un cambio de paradigma?*, Xalapa, México: UV, CONACYT, Arana.

vo y anacrónico”¹⁰³. Y afirma que, un “moderno” derecho penal es aquel que presenta las siguientes características: prescinde de conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica, se orienta a las consecuencias, es más favorable a una concepción teórica preventiva que retributiva, intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos¹⁰⁴.

En esta reflexión, Hassemer, indica que son tres los principios fundamentales que caracterizan al derecho penal moderno: protección de bienes jurídicos, la idea de prevención y la orientación a las consecuencias. Y se refiere a cada uno de ellos¹⁰⁵:

- La protección de bienes jurídicos es ahora un criterio positivo para justificar la criminalización y no ya un criterio negativo, como en el clásico derecho penal. Se legitima así, la necesidad de proteger bienes jurídicos, aún de carácter difuso y universal.
- En este derecho, el paradigma dominante es el de la prevención, que antes era una meta secundaria de la justicia penal. En este sentido, aparecen los, cada vez más frecuentes, delitos de peligro abstracto.
- Por lo que se refiere a la orientación a las consecuencias se ha convertido en una de las características del moderno derecho penal, “marginando de la política jurídico-penal

103 HASSEMER, Winfried, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, tirant lo blanch, Valencia, España, 1995, p. 16.

103 *Ídem*.

105 *Ibidem*, p. 22 y ss.

los principios de igualdad y de retribución justa del delito”¹⁰⁶.

Esto conduce, concluye Hassemer, a que hoy el “Derecho penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad”¹⁰⁷.

En este tenor se discute la existencia de un nuevo o *moderno* derecho penal frente a un derecho penal clásico, con reglas diferentes de imputación penal y con un fundamento diverso frente a las clásicas garantías liberales. Silva Sánchez alude a la existencia de un derecho penal de diversas velocidades; a partir de la criminalidad económica y la expansión del derecho penal en las sociedades postindustriales¹⁰⁸, que trae consigo retos importantes para la dogmática penal que podríamos llamar tradicional, con problemas como la determinación de la responsabilidad penal para las personas jurídicas colectivas¹⁰⁹.

Para Gracia Martín, el calificativo de “moderno” o nuevo para un área de conocimiento (en este caso del derecho penal), obedece a: 1. Aparición de nuevos objetos (aspecto formal) y, 2. Que esos nuevos objetos supongan una *ruptura* con la situación anterior (aspecto material)¹¹⁰. Porque de otro modo, la aparición de nuevos objetos (como la criminalidad organizada trans-

106 *Ibidem*, p. 25.

107 *Ibidem*, p. 31.

108 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal (aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales)*, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

109 Cfr. CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *La persona jurídica...* ob. cit.

110 GRACIA MARTÍN, Luis (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Presentación por Bernd Schünemann, tirant lo blanch, Valenciap. 53.

nacional) sólo supondrá una transición hacia algo más, en donde los principios del derecho penal podrían subsistir o, en todo caso, sufrir modificaciones que no alteren aspectos sustanciales¹¹¹. Gracia Martín habla de transformaciones del derecho penal moderno en sus manifestaciones cuantitativas. En tanto que, Silva Sánchez, refiere la expansión del derecho penal en su aspecto cualitativo (que es lo que podría constituir una verdadera transformación), relativa a la flexibilización de las garantías del modelo liberal.

Una posición extrema sobre las transformaciones del derecho penal es la sostenida por Günther Jakobs en distintos temas, uno que parece sustancial es el relativo a que la finalidad del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, al respecto Jakobs argumenta que esto ya no es así y que, en una perspectiva funcionalista, el derecho penal lo que busca es la “vigencia de las normas”, es decir, la funcionalidad del sistema¹¹². En mi opinión, hoy en día sigue siendo fundamental la protección de bienes jurídicos para entender el poder punitivo del Estado.

En esta posible transformación del derecho penal, el caso extremo es el del denominado derecho penal del *enemigo*, que implica una distinción insalvable entre el ciudadano, con todos los derechos y garantías que le son inherentes y el *enemigo*, que ante sus *oscuras intenciones* deja de ser persona y, por ende, podemos no preocuparnos de salvaguardarle garantía alguna.

111 De ahí que, en este momento de la investigación, nos resistamos a afirmar que estamos en presencia de nuevos principios o transformaciones jurídico-penales sustanciales.

112 Al respecto, CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. *La tutela penal...* ob.cit. pp. 111 y ss.

Jakobs sostiene que es difícil legitimar un *derecho penal del enemigo*, por ello lo que se hace es esconderlo en el derecho penal del ciudadano, sin embargo, ello es aún más deshonesto que darle su autonomía, sin tratar de “declarar ciudadanos a los enemigos”, lo que ocurre actualmente¹¹³.

El problema de fondo es que *enemigo* puede ser cualquiera: el inmigrante, el traficante en pequeña o a gran escala, el terrorista, pero también el que se parece a cualquiera de ellos¹¹⁴; no son ahora los que han sido señalados como responsables de tales actos, sino incluso aquellos que parecen sospechosos de serlo. En México, además de estos problemas teóricos, legislativos y prácticos, debemos considerar los elevados índices de corrupción que se viven permanentemente en todos los temas relacionados con la seguridad y la justicia penal.

Sin duda, es pertinente la discusión sobre “otro” derecho penal que no es el que surge con la Ilustración y sostiene los principios liberales clásicos pues, aunque estos principios siguen existiendo, hay modificaciones importantes en su contenido. Entre estos principios encontramos el de legalidad, proporcionalidad de la pena, culpabilidad, debido proceso legal, protección de bienes jurídicos.

El problema fundamental sigue siendo que se hace abstracción de la criminalidad que, como proceso social, histórico y político, lleva en su seno relaciones de poder que le son inherentes y que mantienen representaciones de “el criminal” como el

113 JAKOBS, Günther, *El fundamento del sistema jurídico penal*, trs. Cancio Meliá, Feijoo Sánchez y Sánchez-Vera, ara editores, Perú, 2005, p. 70.

114 Como el caso del estudiante brasileño acribillado en Londres por la policía, después de los ataques terroristas al metro londinense en el año 2005.

“otro”, el que es diferente, extranjero o enemigo y al que se le pueden disminuir sus derechos y libertades, aun a riesgo de confrontar los fundamentos del Estado democrático de derecho. John Lea asume que las relaciones de poder llevan a sectores diferenciados de criminalización: La precriminalización, aún sin acciones concretas; la criminalización en sectores definidos y la difícil criminalización, en sectores “intocables” de la sociedad, todo lo cual es contradictorio con la democracia liberal¹¹⁵.

3.2 Dimensión dogmática

3.2.1 Bien jurídico y sistema penal¹¹⁶

Al abordar el tema de la democracia encontramos dos opiniones: una, el reconocimiento universal de la democracia entendida como norma de los sistemas políticos; otra, aquella que duda de la posibilidad de existencia de la democracia misma. Detrás de este planteamiento “está el asunto de que las estructuras de los sistemas altamente complejos sean contingentes, por lo menos en el ámbito de la organización y de la política –y por ello prácticamente susceptibles de elección- y que tenga sentido orientar esta elección hacia las normas clásicas (j) de la democracia.”¹¹⁷ Luhmann propone una reinterpretación radical del concepto tradicional de democracia que no es acorde con los

115 LEA, John (2006), *Delito y modernidad (nuevas argumentaciones en la criminología realista de izquierda)*, México: Ed. Coyoacán.

116 Esta investigación inicialmente constituyó mi tesis doctoral y posteriormente fue publicada en Contreras López, Rebeca E. (2006). *La tutela penal de bienes jurídicos, Xalapa, Veracruz, México: Universidad Veracruzana*.

117 LUHMANN, Niklas (1998), “Complejidad y Democracia” en *Teoría de los Sistemas Sociales* (artículos), Universidad Iberoamericana, México, p. 77.

sistemas políticos modernos. Indica que “la teoría sociológica de los sistemas políticos, puede aclarar plenamente el motivo y sentido de cómo la democracia se vuelve norma, precisamente, en presencia de una elevada complejidad”.¹¹⁸ Y define la complejidad como ese gran número de posibilidades de experiencias y acciones ofrecidas por el mundo o por un sistema en el mundo, lo que vuelve sumamente problemático el acceso a tales posibilidades. Afirma Luhmann,

Ante todo, se tiene que aclarar cómo la más reciente teoría sociológica de los sistemas, se ha liberado fundamentalmente de los precedentes presupuestos de las concepciones políticas y sociales anteriores; así que, según esta teoría, la humanidad de las instituciones políticas ya no se puede considerar de ninguna manera un objeto de discusión, un problema, como en el pasado. Con esto no viene menoscabada, de ningún modo, la referencia al hombre en su humanidad, sino que cambia radicalmente el modo de entender, de una manera conceptual, esta referencia.¹¹⁹

En la visión de Luhmann el hombre no se considera parte del sistema social, sino como un ambiente problemático del mismo sistema. Dado que todos los subsistemas sociales, todas las organizaciones e incluso el propio sistema político se pueden entender en el sentido de que no comprenden la totalidad de la identidad del hombre, porque ningún hombre se encuentra contenido totalmente en ellos¹²⁰. Los sistemas no se pueden explicar como sistemas formados por partes o por relaciones

118 *Ibidem*, p. 78.

119 *Ibidem*, p. 79.

120 Luhmann señala que el único ejemplo actual de sistema total es el hospital psiquiátrico, en el que el hombre adulto es absorbido completamente, pero que difícilmente puede considerarse un modelo de sistema político.

entre las partes, sino como *operaciones selectivas* que permiten establecer el grado de importancia de los objetos. A partir del siglo XIX aparece:

...la positivización total de los presupuestos normativos de la decisión colectivamente vinculante. El derecho se libera de las últimas ataduras religiosas y del Derecho Natural, y se vuelve Derecho Positivo, derecho establecido de manera contingente. Los fines del actuar estatal no se tienen que alcanzar o no se alcanzan sólo a través de la política, sino “sobre todo” se tienen que elegir. Igualmente la selectividad de las estructuras se vuelve cada vez más intencional. Las estructuras mismas toman la forma de decisiones, de las cuales se tiene que asumir la responsabilidad, y hasta el no decidir, el rechazo de un cambio de las estructuras, se vuelve decisión, porque ahora un cambio es posible.¹²¹

Ello significa que el sistema político tiene que adquirir su propia legitimación de modo abierto y estructuralmente indeterminado, con especial referencia a las posibilidades de consenso y los resultados obtenidos. El aumento en la complejidad de este sistema, afirma Luhmann, “ha reducido a la democracia, simplemente, a un postulado normativo universalmente válido; a una forma de justificación de la política”. Sin embargo, actualmente la democracia debe significar “la conservación de la complejidad a pesar de la continua actividad decisiva, y la conservación de un ámbito selectivo lo más amplio posible para decisiones siempre nuevas y diferentes. En ello la democracia encuentra su racionalidad y humanidad: su razón.”¹²²

121 Luhmann, N. “Complejidad...”, *op. cit.*, p. 82.

122 *Ibidem*, p. 83 y 85.

En una sociedad funcionalmente diferenciada, cada ámbito funcional constituye perspectivas abstractamente especificadas, unilaterales, por tanto, ricas de posibilidades, e innovadoras, pero también excesivas. En el momento en que todos los subsistemas del sistema político tienen sus portavoces legítimos, la política se enfrenta continuamente a una sobreproducción de posibilidades, que ella debe poner en relación recíproca y canalizar por los caminos estrechos de las posibilidades reales. Es ahí en donde el concepto material de bien jurídico puede significar una directriz en las decisiones políticas del sistema, lo que hasta la fecha no ha ocurrido y por ello la crítica fundamental es que este concepto se reduce a un planteamiento meramente formal que para nada impacta el funcionamiento del sistema, ni siquiera del sistema penal.

Es necesaria una formulación conceptual suficientemente abstracta de la ideología que va acompañada de estructuras de interacción que permiten una *organización de valores* (que posteriormente será organización de bienes jurídicos), es decir, una organización del cambio de las relaciones de prioridad entre el mayor número de valores posibles.

Ahora bien, es importante precisar que en el análisis del bien jurídico se distinguen las funciones intrasistémicas, que son las inmanentes al sistema del derecho penal positivo y las funciones extrasistémicas, que utilizan el concepto de bien jurídico como criterio de valoración del sistema positivo y de la política criminal. Al interior de la teoría de los bienes jurídicos, se distinguen dos niveles de construcción: nivel ideológico y político que se refiere a una función de legitimación o limitación, ya

que individualiza las condiciones necesarias de la producción de normas penales y el nivel exegético y dogmático que se fundamenta en la interpretación y sistematización teleológica de las normas.¹²³

En opinión de Alessandro Baratta en estos dos ámbitos (intra y extrasistémicos) encontramos análisis sobrepuestos que tienen un doble inconveniente¹²⁴:

1. Intereses y valores *extrapositivos* son definidos al interior de la lógica del discurso punitivo. Aquí, tradicionalmente; se presentan dos características que por supuesto resultan no adecuadas para el análisis científico: a). La comunidad es homogénea (lo que en realidad no es así) en cuanto a valores e intereses y debe defenderse de una minoría de personas desviadas (el estigma de la desviación). b). Se excluyen los conflictos estructurales y entre grupos (es decir, se trata de conflictos apolíticos), ya que el discurso se centra en conflictos individuales y entre individuos y la *sociedad*. Es claro que todo ello proporciona una visión deformada y parcial sobre la negatividad social que impide consolidar criterios eficaces de valoración crítica e innovadora de los sistemas punitivos.

2. Los contenidos positivos del derecho penal son idealizados y legitimados a través de la vinculación *metodológica* con principios y valoraciones extrasistémicos. El discurso punitivo presenta dos características: la visión consensual de la sociedad y la óptica parcial sobre los conflictos.

123 BARATTA, Alessandro (1990), "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico". Revista Mexicana de Justicia, No. 3, Vol. VIII, Jul-Sep, México, p.p. 19-20.

124 *Ibidem*, p. 23.

Baratta afirma que una investigación correctamente *extra-sistémica* sobre los *bienes jurídicos* debería tener por lo menos dos condiciones: a). Colocar provisionalmente entre paréntesis los conceptos de delito y pena, inclusive la existencia misma del sistema de justicia criminal. Ello significa colocarse *fuera* del sistema. b). Considerar que el propio sistema de justicia criminal produce situaciones problemáticas y conflictivas¹²⁵. Hay que agregar que incluso ilegales pues, como afirma Foucault, la penalidad permite diferenciar, ordenar y controlar los ilegalismos de manera tal que la delincuencia se convierte en la forma política o económicamente menos peligrosa de ilegalismo; ya que la prohibición legal crea a su alrededor un campo de prácticas ilegales (y en ocasiones hasta legales) sobre las que se ejerce un control y se obtiene un provecho pero que pueden ser manejados a través de la delincuencia, por el ejercicio mismo del poder¹²⁶.

Existen tres dificultades para contener la expansión de los sistemas penales, mediante una teoría de las áreas de tutela legítima¹²⁷:

1. Dificultad histórica. El concepto extrasistemático de bien jurídico ha sido utilizado en sentido extensivo y no restrictivo. (obsérvese la tendencia hacia la protección de intereses difusos¹²⁸).

125 *Ibidem*, p. 28.

126 FOUCAULT, Michel (1991), *Vigilar y Castigar* (nacimiento de la prisión), tr. Aurelio Garzón del C. México: Siglo XXI, p. 275 y s.

127 Baratta, A. "Funciones...", *op. cit.*, p. 37.

128 Como el medio ambiente o el tránsito de vehículos, de los cuales todos somos posibles titulares.

2. Dificultad normativa: el que existan valores e intereses reconocidos en la Constitución no implica la obligación para el legislador de proporcionarle una tutela penal.

3. Dificultad epistemológica. Un discurso crítico sobre los bienes jurídicos no puede ser un discurso relativamente extrasistemático, sino que debe colocarse decididamente en un punto de vista externo al sistema penal y a la lógica de su legitimación instrumental.¹²⁹

Dificultades que en nuestra región del mundo no han sido superadas por la teoría del bien jurídico, ya que el concepto de bien jurídico en lugar de delinearse adecuadamente se expande cada vez más casi hasta quedar sin límites, ni contenido¹³⁰. También existen problemas cuando descendemos del reconocimiento constitucional hacia la legislación secundaria, más aún porque el ámbito constitucional es sólo un marco que nos da la pauta para el reconocimiento de bienes jurídicos en materia penal.

La última dificultad es, posiblemente, la más compleja, ya que estamos acostumbrados a legitimar el sistema punitivo con el discurso jurídico creado para ello, procurando que éste sea apolítico y no refleje los intereses de otra índole que efectiva-

129 La legitimación instrumental de la pena se refiere a su finalidad preventiva: especial positiva (resocialización), especial negativa (intimidación) y general negativa (disuasión). BARATTA, Alessandro (1996), "Reintegración social. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización", *Dei Delitti e delle pene*. Revista di studi sociali storici e giuridici sulla questione criminale. 3/94, No. 3- anno IV – II serie. Gennaio.

130 Como en el caso de infracciones administrativas que se convierten en tipos penales pero que no están referidas a bienes jurídicos fundamentales, salvo la obediencia de la norma (si es que esto es un bien jurídico fundamental). En el Código Penal de Veracruz encontramos el caso del fraccionamiento indebido.

mente inciden en la tutela de bienes jurídicos; no consideramos el contexto político, económico, social en este análisis. Como sucede, por ejemplo, cuando un juez penal dicta una sentencia condenatoria sin la existencia de un material probatorio suficiente para fincar la responsabilidad penal, pero su decisión ha sido mediatizada por la presión de la opinión pública y los medios de comunicación para “inducir” la declaración de culpabilidad. Así que, en el análisis crítico debemos colocarnos fuera del sistema penal, sin dar por hecho que la misión del mismo es provocar la protección de bienes jurídicos, pues lo que se busca es contextualizar el conflicto en su dimensión extrasistémica y compleja.

La reflexión sobre la protección de bienes jurídicos se realiza, generalmente, en lo relativo a la misión del derecho penal que, para Hassemer, se refiere a las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema.¹³¹

He ubicado la protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal. Al respecto, existen tres posiciones:

1. La opinión mayoritaria considera que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos.
2. Welzel, sin negar esto, va más allá al considerar que la misión del derecho penal es “proteger los valores de la actitud interna de carácter ético-social que existen en la sociedad”, en la medida en que en ellas se incluya la protección de bienes jurídicos¹³².

131 HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1989), *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, España: Tirant lo blanch, p.99.

132 WELZEL, Hans (1980), *Derecho penal (parte general)*, Tr. A.Finzi, Desalma, Buenos Aires.

3. Por su parte, Jakobs considera que “no existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación”¹³³. Al cual pertenecen las realidades sociales, es decir, no le da ningún interés al bien jurídico como definitorio de la misión del Derecho penal.

La primera posición es la menos pretenciosa ya que es suficiente que el derecho penal proteja intereses vitales para cumplir con su misión. En relación a la segunda posición, se ha criticado a Welzel que introduce un concepto excesivamente ético al derecho penal. Es importante destacar que esa protección de bienes jurídicos es más fuerte y profunda cuando se basa en un entendimiento más amplio de la función ético social del derecho penal y no sólo por la idea de protección de bienes jurídicos. De esta forma se coloca dicha protección en un plano más amplio, en un plano social. Sin embargo, la *protección de valores de la acción de carácter ético-social* más elementales debe concretarse en la protección de algún bien jurídico. De ahí que los límites a la intervención del derecho penal respecto a dichos valores son: el principio de legalidad y el de protección de bienes jurídicos¹³⁴.

Respecto al tercer planteamiento, Hassemer, enfatiza que en “el Derecho penal moderno va predominando cada vez más un modelo funcionalista, producto de la orientación a las consecuencias características de los actuales modelos sociológicos,

133 JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal (parte general). Fundamentos y teoría de la imputación*. Trs. Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, 2ª. Ed. Corregida, Madrid, p. 45.

134 Hassemer, W. *Introducción... op. cit.*, p. 102.

pero en este modelo el concepto de bien jurídico se sustituye por el de *funcionamiento del sistema social*¹³⁵.

Jakobs introduce la visión sistémica en el análisis del derecho penal y considera que la pena pública tiene como misión *confirmar el reconocimiento normativo*, para producir *confianza normativa, fidelidad al derecho y aceptación de las consecuencias*. Básicamente alude a que la gente necesita que su fe en las normas sea confirmada con la aplicación de la ley al caso concreto¹³⁶.

Por su parte, Jescheck en su *Tratado de derecho penal* indica que el "... Derecho Penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social"¹³⁷. La misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, pero junto a esto es necesario valorar también la cualidad de las acciones humanas que, de forma reprobable, desprecian esos bienes jurídicos.

Así tenemos que la concepción liberal del Estado da preeminencia a la protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal. Mientras que la teoría ético social considera, como su primer cometido, la punición del *abandono de los valores fundamentales del actuar jurídico*. Jescheck asegura que lo único que justifica la intervención del Estado, a través del dere-

135 *Ibidem*, p. 176. Se refiere a la teoría sociológica de sistemas de Niklas Luhman que se introduce al análisis del sistema penal con obras como las de Günther Jakobs (aunque él lo niega), algunas de las cuales son citadas en este trabajo.

136 Jakobs, *Derecho penal... op. cit.*, p. 44 y ss.

137 JESCHECK, Hans-Heinrich *Tratado de Derecho penal* (parte general), Tr. Mir Puig, Bosch, Barcelona, p. 9.

cho penal, es la protección de la convivencia humana en sociedad. Sin embargo, ese derecho penal debe estar guiado por el *principio de intervención mínima* que significa que “sólo debe intervenir, por tanto, en aquellos casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y siempre que sean insuficientes las otras barreras protectoras que deparan el orden social y las demás del Ordenamiento jurídico”¹³⁸. Esa función protectora del derecho penal debe ser acorde al nivel cultural de la época y compatible con los derechos elementales mínimos de la persona, reconocidos en la Constitución.

Asimismo, Roxin, en sus *Problemas básicos del Derecho penal*, afirma que:

...en cada situación histórica y social de un grupo humano los presupuestos imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones valiosas, de las que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación o la propiedad, todo el mundo las tiene presentes; en una palabra: los llamados bienes jurídicos; y que el Derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones¹³⁹.

El derecho penal debe ser de naturaleza subsidiaria, por tanto, se debe examinar todo el orden jurídico, para proteger bienes jurídicos “sólo donde no basten para su consecución medios menos enérgicos”¹⁴⁰.

138 Jescheck, H. *Tratado... op. cit.*, p.p. 11-12.

139 ROXIN, Claus (1976), *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, p. 21.

140 *Ibidem*, p. 22

Entonces, Roxin insiste en que la pena resulta ser la *ultima ratio* de la política social, de ahí que su misión es la protección *subsidiaria* de bienes jurídicos¹⁴¹. Dado que el derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, generalmente frente a formas de ataque concretas, se habla también de su naturaleza *fragmentaria*. Encontramos, además, el principio de *proporcionalidad* que deriva del Estado de derecho constitucional, que exige que la pena sea proporcional al daño causado. Todo ello debido a que la intervención punitiva se da cuando otros medios menos duros no son suficientes para la protección de bienes jurídicos.

La doctrina moderna reconoce que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, sin embargo, el problema es que el concepto de bien jurídico se describe de manera diversa y carente de operatividad que no permite crear un concepto material de delito. Por ello, aún ahora este tema representa uno de los problemas básicos que no han sido clarificados en el derecho penal.

Una parte de la doctrina niega a la idea de protección de bienes jurídicos la aptitud para determinar dicho concepto. Otros, intentan encontrar un concepto de bien jurídico que permita elaborar el concepto material de delito, por ejemplo, Ame-lug¹⁴², basa este concepto en la teoría del daño social sustentada en los sistemas sociales de Parsons; sin embargo, esa funcionalidad hace que se proteja al individuo no por sí mismo, sino en in-

141 ROXIN, Claus (1997), *Derecho penal* (parte general), T. I, (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Trs. Luzón Peña, Díaz y García y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, p. 65.

142 Citado por Roxin, C. *Derecho penal... op. cit.*, p.p. 67-68.

terés al sistema. Welzel, como ya indiqué, ve la misión prioritaria del derecho penal no en la protección actual de bienes jurídicos sino en garantizar la observancia “de los valores del acto de una actitud interna jurídica”, aunque en ella incluye la protección de bienes jurídicos concretos.

Wessels, por su parte, indica que la “misión del derecho penal consiste en proteger los valores elementales fundamentales de la vida en común dentro del orden social y en garantizar la salvaguardia de la paz jurídica”¹⁴³.

Es importante que, a partir de la reflexión del bien jurídico, se replanteen los fines y funciones del derecho penal, es decir, la misión del mismo en el Estado social y democrático de derecho, que indudablemente tendrá como directriz la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, aunque dotados de un contenido material específico, que deberá plasmarse a través de la protección de bienes jurídicos. Lo que, sin duda, constituye un límite a la potestad punitiva del Estado.

Para este fin, el derecho penal utiliza los medios que le son propios como la conminación penal, la imposición de la pena y su ejecución. De lo que se trata es de luchar en contra de conductas socialmente dañosas, por ello se prohíbe la lesión de bienes jurídicos. Estas normas están dirigidas a todos los ciudadanos, aunque el destinatario de las mismas no es el hombre concreto, “sino el concepto abstracto de un hombre de capacidad normal,

¹⁴³ WELSSELS, Johannes (1980), *Derecho penal* (parte general), Tr. A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, p. 3.

o, más bien, el hombre concreto simplemente en su naturaleza general, en tanto que es ser racional, persona”¹⁴⁴.

Rudolphi sostiene que es posible derivar los diversos niveles de la imputación jurídico-penal del fin del derecho penal del Estado, y afirma que el:

... reconocimiento de que el *ius puniendi* del Estado se halla legitimado constitucionalmente para el fin de la protección de bienes jurídicos siempre que, por sus efectos preventivo-generales y preventivo-especiales, constituya un medio adecuado, necesario y proporcionado para combatir las lesiones de dichos bienes, es precisamente lo que justifica la existencia de los diversos niveles de imputación, asentados cada uno sobre el anterior.¹⁴⁵

Para Schüneman la sistemática funcionalista se construye sobre las ideas de Roxin (acercar la dogmática a la política criminal) y Jakobs (funcionalista extremo), ambos caen en concepciones normativistas, aunque también con diferencias sustanciales. Además, agrega, “...en el sistema teleológico del Derecho penal queda excluido por completo el retorno a un objetivismo estricto, dado que el principio funcional –protección de bienes jurídicos mediante mandatos y prohibiciones- toma como punto de partida sistemático el comportamiento humano motivable por normas y, con ello, la norma de determinación”¹⁴⁶.

144 Rudolphi, H. Cita a Larenz en RUDOLPHI (1991), Hans-Joachim “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tr. Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, p. 86.

145 *Ibidem*, p. 93.

146 SCHÜNEMAN, Bernd (1991), “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, tr. Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, p. 24.

Para Wolter, del fin del derecho penal de protección preventiva de bienes jurídicos se deriva que las reglas (prohibiciones) jurídico-penales, que sólo contienen prohibiciones de conductas objetivamente peligrosas y no son mandatos jurídico-penales ya que éstos buscan luchar contra el peligro o disminuirlo¹⁴⁷.

Por tanto, en mi opinión, la tutela de bienes jurídicos sigue siendo la misión fundamental del derecho penal, aunque existen desviaciones significativas cuando las normas penales se encaminan a la tutela de funciones, más que a la efectiva protección de los valores fundamentales.

En el estado preventivo (de la seguridad) existe una transformación sustancial de la protección de bienes jurídicos, la tutela penal se “adelanta” a la efectiva realización del injusto y ello significa que los principios del estado liberal clásico se transforman en principios del estado de prevención¹⁴⁸. Ello significa transitar del estado liberal clásico (el estado de la certeza del derecho), en el que los substratos reales de los bienes jurídicos son producidos en la sociedad civil, preconstituídos en relación con las funciones públicas, hacia el estado de la prevención, en el que los bienes jurídicos por proteger son, cada vez más, *bienes* producidos por el estado mismo y conciernen a actividades y funciones del propio estado (y de los entes públicos). Aquí es necesario reflexionar que los mecanismos de selección y/o

147 WOLTER, Jürgen (1991), “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, tr. Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, p.110.

148 Baratta, A. “Funciones instrumentales...”, *op. cit.*, p. 32.

creación de los bienes jurídicos, están determinados por un modelo determinado de estado.

En un estado de la prevención se desarrollan técnicas de imputación de la responsabilidad penal, que anticipan la esfera de punibilidad a fases anteriores de la conducta, en las cuales aún no existe una lesión efectiva del bien tutelado. (Ejemplo los tipos de peligro abstracto, delitos de asociación, responsabilidad penal *por sospecha*, que es una figura que existe en Italia)¹⁴⁹. Ahora bien, en México “aparentemente” seguimos insertos en el estado de la certeza del derecho, con principios liberales fuertemente arraigados, sin embargo, existen muestras de tendencias paralelas hacia el estado de la prevención y tutela de funciones del Estado, más que de los individuos.

3.2.2 La construcción dogmática del delito

En la dimensión dogmática de la línea de investigación acerca del poder punitivo del estado, sin duda, es sustancial el concepto mismo del delito, del cual se deriva la punición. La dogmática penal ha realizado, en los últimos dos siglos, esfuerzos importantes por mantener una racionalidad objetiva, en ocasiones social, para ofrecer elementos teóricos y metodológicos que permitan limitar el poder del estado, en este caso, en manos de las autoridades jurisdiccionales (y de seguridad, lo que resulta aún más peligroso).

Ciertamente, los esfuerzos aún no son alentadores cuando observamos la práctica judicial concreta que está plagada de ambigüedades, desconocimiento e ineficacias “imperdonables” a la hora de determinar la existencia del delito en los casos con-

149 *Ibidem*, p. 33.

cretos. Ello no significa que los esfuerzos sean vanos y que dejemos de preocuparnos por la dogmática penal, por ello en la docencia y la investigación es éste uno de los temas sustanciales de mi trayectoria como investigadora del derecho penal. He transitado de una visión meramente finalista hacia el moderno funcionalismo, aunque sin olvidar que, en México, por desgracia la práctica judicial está plagada de aspectos obsoletos que perverten la función ministerial y judicial¹⁵⁰.

Al analizar los elementos del injusto sabemos que el bien jurídico es un concepto que matiza toda su estructura, como ponderación previa al establecimiento del tipo; que constituye un aspecto fundamental que los legisladores *deben* tomar en cuenta para criminalizar conductas (o, en su caso, descriminalizarlas). Es también, un elemento del tipo y constituye el objeto formal del delito.

De ahí que, la afectación al bien jurídico, representa uno de los presupuestos necesarios para la configuración del injusto. En este contexto, lo antijurídico se define respecto a la vulneración de la norma, precisamente por la afectación grave de bienes jurídicos. Por tanto, es indudable que nuestro sistema jurídico penal tiene la finalidad manifiesta de proteger bienes jurídicos. La eficacia de dicha protección es una pregunta que deberá contestarse en el ámbito de aplicación de la norma para, posteriormente retroalimentar su configuración.

150 Aquí únicamente daré algunos elementos de discusión sobre esta temática compleja enfatizando, sobre todo, su relación con mi línea de investigación. Parto de que el delito se construye, dogmáticamente, a partir de cuatro elementos sustanciales: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Ahora bien, preguntarse por la gestación del sistema penal moderno, es preguntarse por la función del bien jurídico que, de esta manera, deja de ser un término abstracto para concretarse en objetos (valores), cuya protección debe ejercerse penalmente. “...se trata de dilucidar si la consideración de la *tipicidad* y *antijuricidad* (injusto penal) como lesión de bienes jurídicos es o no capaz de ofrecer una idea *material del delito, de referencia social*”.¹⁵¹ De ello dependerá que sea o no, un límite material al *ius puniendi* estatal.

El *hecho punible* constituye la materia de prohibición, es decir, la tipicidad penal. Un segundo nivel se refiere a la relevancia del desvalor del resultado en el injusto penal, lo que conduce a la reflexión sobre la antijuridicidad del injusto.

Por tanto, una “...acción se convierte en delito si infringe el ordenamiento de la comunidad en algún modo normado por los tipos penales y puede serle reprochada al autor a título de culpabilidad.”¹⁵² Sin embargo, también tenemos que establecer que la mayor parte de la doctrina acoge una definición formal del delito, en la cual se prescinde de la razón que inspiró al legislador a incriminar el hecho.

Para relacionar injusto y política criminal, procurando dar contenido material al injusto, es necesario plantear varios niveles de análisis: 1. Los bienes jurídicos, 2. Sus presupuestos expli-

151 GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1983). “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 69, nueva época, otoño, Madrid, p. 90.

152 WELZEL, Hans (1970). *Derecho penal alemán* (parte general), tr. Juan Bustos y Sergio Yañez, 11a. ed, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 73.

cativos y, 3. La necesidad de protegerlos con una norma punitiva.¹⁵³

Para Welzel:

...La antijuridicidad es una mera relación; lo injusto, por el contrario es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. (...) Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado... (...) La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto de la acción referido al autor, es injusto *personal*.¹⁵⁴

Al plantearse la discusión entre desvalor de acto y desvalor de resultado; se entiende que no se puede prescindir del primero, ya que la norma sólo puede prohibir actos, pero no resultados. Así, Welzel da contenido material a la tipicidad (antes sólo de naturaleza formal), lo que significa que “no se trata de describir la actividad simplemente, sino de describir la actividad en su desvalor, esto es, en su relación afectadora del bien jurídico”.¹⁵⁵

Para dotar a la antijuridicidad de contenido material se utiliza el desvalor de resultado, que se refiere a la afectación real del bien jurídico. Es decir, “sólo la conjunción de desvalor de acto -planteado como actividad efectiva ejecutada- y de resultado, pueden llevar a afectar el bien jurídico conforme a la protección que se le dispensa”.¹⁵⁶

153 BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1978). “Política criminal e injusto”, *Revue Internationale de Droit Penal*, año 49, No. 1, p. 127.

154 WELZEL, Hans. *Derecho penal... op. cit.*, p.p. 78, 91 y 92.

155 BUSTOS RAMÍREZ, “Política...”, *op. cit.*, p. 128.

156 *Ibidem*, p. 131.

Pagliario indica que la definición formal del delito se concibe de la siguiente manera: “delito es todo hecho previsto como ilícito en una norma penal que pertenece al ordenamiento que así lo considera”¹⁵⁷. Por otra parte, la ilicitud penal del hecho se deriva de que el mismo está amenazado por una sanción penal desfavorable.

En relación al *objeto jurídico del delito* es importante distinguir entre: objeto formal (derecho del Estado a la observancia del precepto penal), objeto sustancial genérico (interés del Estado de asegurar las condiciones de existencia de la vida en común), y objeto sustancial específico (bien o interés directamente ofendido en el delito en particular: vida, patrimonio, etc.). La consideración de los intereses sociales debe especificarse a través de la gravedad de la ofensa y la perturbación de la paz pública, y debe integrarse con la oportunidad de aplicar la sanción penal.¹⁵⁸

Por otra parte, el objeto sustancial específico de un delito es el bien particular que viene inmediatamente protegido por la norma penal, considerando las circunstancias colaterales de la que depende la existencia de la alarma social¹⁵⁹.

Algunos autores se preguntan si aún tiene sentido ocuparse del análisis dogmático del delito y a pesar de la crisis en que se encuentran sus conceptos fundamentales, de la falta de vinculación con la realidad, de su desconexión con la política criminal; en el ámbito de los estudiosos del derecho penal, se llega a

157 PAGLIARO, Antonio (1987). *Principi di Diritto penale (parte generale)*, 3ª. Ed, Giuffré editore, Milano, p. 219.

158 *Ibidem*, p.p. 222 a 224.

159 *Ibidem*, p. 225.

la conclusión de que es necesaria su revisión y crítica permanentes pues, hasta ahora, resulta ser el instrumento más eficaz para valorar objetivamente la existencia del delito¹⁶⁰. De ahí que, cualquier esfuerzo de sistematización es eficaz para aclarar los diversos conceptos involucrados en la explicación jurídica del delito.

La posición funcionalista trata de explicar al delito no como ofensa de bienes jurídicos, sino como deber de fidelidad a la norma. Sin embargo, con la tradición liberal, el derecho penal moderno asume al delito como ofensa de un bien jurídico. De ahí que, el concepto *bien jurídico*, tiene diversas funciones:

1. Una función exegético-aplicativa, en el sentido de que la individualización recurre a la interpretación teleológica.
2. Una función sistemática clasificatoria, que se refiere a la agrupación de los delitos respecto al bien jurídico tutelado.
3. Una función sistemática descriptiva, ya que todo delito constituye una ofensa de bienes jurídicos, y
4. Una función político criminal, dado que la ofensa de un bien jurídico es el criterio que el legislador debe seguir en la identificación de la conducta como punible¹⁶¹.

En Italia, una posición iniciada por Bricola, asume que la exigencia de que el delito sea una ofensa a bienes jurídicos no depende de una instancia racional, sino de una prescripción normativa deducible de la Constitución. Por ello, "*el delito debe*

¹⁶⁰ Es ya clásica la referencia al artículo de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, ob.cit. ¿Tiene un futuro la dogmática penal?, en donde concluye que es necesaria la dogmática penal para el análisis objetivo del delito pues con ello se fortalece la seguridad jurídica.

¹⁶¹ PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*, seconda edizione, Giuffrè editore, Milano, p. 97.

consistir, necesariamente, en la ofensa significativa de bienes constitucionalmente relevantes".¹⁶²

Por otra parte, la concepción metodológica del bien jurídico no es idónea para fundar una noción sustancial del delito, ya que es puramente formal. En ella se sostiene que el bien asume positividad jurídica, hasta que es reconocido por la norma. En tanto que, la concepción realística del bien jurídico, asegura que el bien tutelado no pierde su existencia *real* con la protección jurídica, es decir, sean o no reconocidos jurídicamente, son *bienes* por su propia naturaleza real, susceptible de valoración positiva, lo que legitima la intervención del legislador penal para asegurar su tutela. En este último sentido se asume un criterio político criminal que permite obtener un concepto sustancial de delito.¹⁶³

En relación a las diferentes posiciones doctrinales que tratan de explicar al delito, en su aspecto dogmático, encontramos la ya tradicional corriente causalista, la finalista que transita hacia el neofinalismo y, el funcionalismo¹⁶⁴. Cabe señalar que estas posiciones procuran hacer frente a la dinámica novedosa del delito y la criminalidad¹⁶⁵.

En la *explicación causal* del delito se parte del tradicional modelo heptatómico adoptado por el maestro Jiménez de

162 *Ibidem*, p. 105.

163 *Ibidem*, p. 100 – 101.

164 BACIGALUPO, Enrique (1990). *Principios de Derecho penal (parte general)*, 2ª. Ed, Akal, Madrid, p. 90.

165 SILVA SÁNCHEZ, ob.cit. p. 58 y sig.

Asúa¹⁶⁶, cuyo impacto y desarrollo no podemos omitir. Recordemos lo difícil que era pensar en los elementos que integraban el delito con este modelo de los siete elementos: conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condiciones objetivas de penalidad y punibilidad. Diversos autores mexicanos aceptan la explicación causalista¹⁶⁷, aunque algunos prescindieron de ciertos elementos y los reducen a conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En esta última, se incluye a la imputabilidad.

Respecto de la punibilidad se acepta que es una consecuencia del delito y, por tanto, pertenece a otra parte del análisis jurídico penal que es precisamente el relativo a la teoría de la pena, derecho ejecutivo penal o penología.

En la corriente causalista se separa lo causal-objetivo (antijuridicidad) del *animus*-subjeto (culpabilidad). Lo primero, se refiere al acto y lo segundo, al autor. En la explicación del delito cobra relevancia la relación de causalidad que significa: acción, resultado y nexos causal entre ambas. Por supuesto que en la conducta se incluyen la acción y la omisión, como formas de poner en marcha la causalidad, pero sin considerar aún la voluntad final del sujeto. El tipo es sólo la descripción objetiva que la ley hace del hecho; la antijuridicidad es la contradicción de ese hecho con las normas jurídicas de convivencia. Es en la culpabili-

166 Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1980). *La ley y el delito*, (principios de derecho penal), 10ª ed, Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 578 p. en los que desarrolla esta explicación causal.

167 Cfr. entre otros, CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl (1970). *Derecho penal mexicano* (parte general), 9ª ed, Porrúa, México, 634 p. CASTELLANOS TENA, Fernando (1971). *Lineamientos elementales de derecho penal*, 6ª ed, Porrúa, México, 313 p. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco (1984). *Manual de derecho penal mexicano*, 6ª ed, Porrúa, México, 524 p.

dad donde aparece el juicio de valor sobre el aspecto subjetivo del comportamiento, por ello, al analizar el nexo psicológico del hecho con su autor, se hace especial énfasis en el dolo y la culpa. Cada uno de estos aspectos positivos del delito tiene su contraparte negativa que constituyen las excluyentes de incriminación¹⁶⁸.

Para explicar la conducta se parte del principio de causalidad que se maneja en el mundo físico, en donde toda *causa* tiene un efecto y lo que une a la causa con el efecto, es precisamente el *nexo causal*. Así, la causa se analiza desde diferentes aspectos: a). Como *fuentes* de obligaciones, en donde se incluyen: contratos, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos. b). Como *motivo* que es el que impulsa a obligarse y, c). Como *fin* concreto hacia el que tiende el sujeto¹⁶⁹.

Para englobar conducta, resultado y nexo de causalidad tenemos el *hecho* que incluye la acción u omisión en la conducta, relacionando ésta con el resultado, a través del nexo causal que es, precisamente, la relación causal existente entre esa conducta y el resultado producido en el mundo material.

En el *finalismo*, las estructuras lógico-objetivas (que se refieren a relaciones pertenecientes al mundo de lo real, pero con una dimensión de sentido) constituyen el punto de partida de esta visión dogmática del delito. El finalismo sigue un método deductivo-abstracto. Sus estructuras lógico objetivas fundamentales son: la estructura final de la acción (asentado en la no-

168 CASTELLANOS TENA, F. *Lineamientos elementales... Op. cit.*, p. 55 y ss.

169 Cfr. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco (1989). *La causalidad en el delito*, Porrúa, México, p.65.

ción del dominio final del hecho) y la estructura de la culpabilidad como “poder actuar de otro modo”¹⁷⁰.

Los finalistas ubican el dolo y la culpa en la tipicidad, ya que es en la descripción típica en donde se plasman las características que debe tener la voluntad del sujeto para adecuarse al tipo penal. Se afirma que la voluntad siempre tiene un fin y que, por ende, la acción humana es ejercicio de un acontecer final y no solamente causal. Ello significa que el individuo puede prever las consecuencias de su conducta, sin embargo, esto también complica la explicación de la conducta culposa. La culpabilidad se convierte en reprochabilidad y sigue teniendo como antecedente a la imputabilidad. Su evolución actual lleva a lo que ahora conocemos como neofinalismo.

La noción postfinalista parece ser la dominante, sin embargo, dentro de ella existen diversas tendencias:

1. Se ubica en el derecho positivo, que representa el marco que limita toda construcción dogmática (principio de legalidad) y se niega el ámbito prejurídico.
2. Se configura el contenido de sentido, no sólo por la intervención del legislador, del juez o el jurista técnico, sino que dicho sentido está establecido por estructuras ontológicas, éticas o sociales, previas a la norma. Sin embargo, esto es relativo, ya que el legislador no está determinado por ellas, son sólo un *marco* que limita su intervención para plantear soluciones o propuestas concretas que, en la realidad, no existen o están difuminadas de tal manera que no son fácilmente aprehensibles. Por ello, en última instancia “es el le-

170 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...* Op. cit., p. 60.

gislador, guiado por sus representaciones valorativas, quien determina cuál de los aspectos de la realidad prejurídica desea tomar como fundamento de su regulación”.¹⁷¹

Así tenemos que ese *postfinalismo* o *neofinalismo*, se desarrolla también, en Alemania a partir de las ideas de Roxin¹⁷², y ha tenido gran acogida entre los autores españoles. Estas nuevas elaboraciones buscan superar las limitaciones explicativas del finalismo ortodoxo. Aparece así la teoría de la imputación objetiva, la explicación de la omisión incluyendo la posición de garante, el riesgo permitido, entre otros temas de importancia fundamental.

En los setenta, Roxin propone criterios normativos para elaborar una teoría general de la imputación para los delitos de resultado (dolosos e imprudentes), desligada del dogma causal y cuyo denominador común se asentó en el *principio del riesgo*. En el cual, lo importante es establecer si la conducta del autor creo, o no, “un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado”¹⁷³.

Para Jakobs, son cuatro los parámetros para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado: a). Disminución del riesgo. b). Creación, o no creación, de un riesgo jurídicamente relevante. c). Incremento, o falta de aumento, del riesgo permi-

171 *Ibidem*, p. 66.

172 Cfr. ROXIN, Claus. *Política criminal y... Op. cit.*, Además, *Derecho Penal (parte general)*, T. I. Civitas, Madrid, 1997. *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976. *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989, 279 p.

173 JAKOBS, Günther (1996). *La imputación objetiva en derecho penal*, tr. Cancio Meliá, estudio preliminar por Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid, p.p. 32-33.

tido. d). La esfera de protección de la norma o alcance del tipo¹⁷⁴.

Actualmente tiene una relevancia indiscutible la teoría de la imputación objetiva en donde el resultado y la relación causal se trasladan al campo de la tipicidad. No es una teoría de la causalidad, ya que lo que se pregunta es: ¿cuándo un resultado típico que es materialmente causado por la acción puede ser imputado al autor de ésta? Por tanto, la imputación objetiva es un juicio mediante el cual, con base en criterios determinados, se establece si un resultado típico (causado materialmente por una acción) es objetivamente imputable a su autor¹⁷⁵.

Es necesario, entonces, distinguir dos planos sucesivos que permiten afirmar la responsabilidad de una persona:

- a) El de la causalidad, puramente natural (teoría de la equivalencia de las condiciones y *conditio sine qua non*).
- b) El de la imputación objetiva, de naturaleza normativa, donde se determinará si el resultado es, o no, objetivamente imputable a su autor.

Esta valoración se realiza tomando en cuenta criterios ya establecidos y es allí donde existen discrepancias, los criterios más aceptados son:

1. El de la creación o aumento del riesgo permitido. Se presenta cuando alguien (mediante su acción) crea un riesgo para determinado objeto y el resultado aparece como realización de ese riesgo (creación del riesgo). También cuan-

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷⁵ SÁINZ CANTERO, José A. (1990), *Lecciones de Derecho Penal* (parte general), Bosch, España, p.p. 507-511.

do el sujeto realiza una conducta peligrosa pero permitida y produce un incremento del propio riesgo¹⁷⁶.

2. Criterio del fin de protección de la norma, que establece que sólo son imputables aquellos resultados que entran dentro del área de protección de la norma penal.
3. Criterio de la adecuación. Sólo es imputable objetivamente a su autor el resultado causado materialmente por su acción.

Sin embargo, aunque esta teoría limita los excesos de las teorías de la causalidad causa desconcierto e inseguridad jurídica ante la falta de precisión de algunos de sus criterios de imputación.

Las corrientes *funcionalistas* o teleológicas también son diversas y no muestran uniformidad, algunas llegan a extremos que ni sus propios seguidores aceptan. Su finalidad última es proporcionar un modelo explicativo de lo que los juristas hacen intuitivamente, posibilitando la doble finalidad de la dogmática: a). Una aplicación segura y fiable del derecho. b). Una reducción de la intervención penal y de su intensidad a los límites estrictamente necesarios.¹⁷⁷

Existen, sin embargo, críticas a estas corrientes. Zaffaroni, por ejemplo, afirma que para llevar a cabo la actividad crimina-

176 Es importante considerar que nuestras sociedades están plagadas de innumerables situaciones de riesgo, desde la conducción de vehículos, hasta la operación de plantas nucleares, pasando, por ejemplo, por la legalización de la portación de armas. Sin embargo, se ha establecido un código de conducta, respecto a cómo, en qué momento y en qué condiciones deben operar esas actividades riesgosas. Por ello, lo que se sanciona no es la existencia misma de ese riesgo permitido, sino la conducta que aumenta el nivel de este, por ejemplo, el que conduce en estado de ebriedad.

177 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación... Op. cit.*, p. 64.

lizante es necesario que se realicen conductas que sean efectivamente conflictivas por su lesividad real o potencial, lo que *invariablemente significa afectación de un bien jurídico*. Sin embargo, con el funcionalismo, ya no se da importancia a la afectación de bienes jurídicos, sólo en la medida en que afecten la *función del sistema*, lo cual, es una expresión de la extrema decadencia del pensamiento jurídico-penal¹⁷⁸.

La novedad del criterio teleológico-funcionalista se refiere a la voluntad de racionalizar la intervención de aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema, trata de conformar un sistema abierto. Actualmente, existen dos corrientes funcionalistas: la moderada, representada por Roxin, y la radical, cuyo principal exponente es Jakobs. En la primera, se establece la necesidad de superar la contraposición tradicional entre lo dogmáticamente correcto y lo político criminalmente satisfactorio. La preocupación de Roxin es *práctica*.¹⁷⁹

El interés de la corriente funcionalista radical es metodológico para lograr una sistematización plenamente *explicativa*. Se propone una *refundamentación* normativa de la teoría jurídica del delito. Todas las explicaciones dogmáticas son posibles sólo al considerar la *función* del derecho penal. Por ello, su explicación tiende a hacer absoluto el criterio funcional.¹⁸⁰

Con las ideas de Jakobs, aparece el funcionalismo radical, esta posición enfrenta un diálogo permanente con los neofinancistas (o funcionalistas moderados). Esta es una posición extre-

178 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1989). *En busca de las penas perdidas* (deslegitimación y dogmática jurídico-penal), Ediar, Argentina, p.p. 89 y 255 a 262.

179 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación... Op. cit.*, p. 68.

180 *Ibidem*, p. 69.

ma que, en un contexto funcionalista, elabora su explicación del delito y sus aspectos relevantes.

Los fundamentos dogmáticos e instituciones de la teoría de la imputación objetiva, sostenidos por Jakobs son¹⁸¹: A). Imputación de comportamientos (calificación del comportamiento como típico), que se establece a partir de cuatro aspectos: 1. Riesgo permitido. 2. Principio de confianza. 3. Prohibición de regreso. 4. Competencia de la víctima. Y, B). Imputación de resultados por el quebrantamiento externo de la norma, es decir, explicación del resultado por el comportamiento objetivamente imputable.

La teoría de la imputación objetiva de Jakobs es una dogmática que pretende “explicar el sistema de imputación que rige en una determinada sociedad en un momento dado”¹⁸².

En el campo de la dogmática jurídico-penal se han planteado, en los últimos años, nuevas explicaciones en relación a los elementos del delito. Específicamente la teoría de la imputación objetiva se ubica en el marco de la tipicidad. Junto a ella, Jakobs ha introducido en la dogmática penal el concepto funcional de culpabilidad, derivado de la prevención general¹⁸³.

Desde 1907, con la teoría *normativa*, se sostuvo que la culpabilidad es reprochabilidad. Sin embargo, el concepto de culpabilidad parece que siempre ha estado en crisis, más ahora que se acepta que el grado de reprochabilidad es difícil de establecer; por ello, desde hace algunos años se ha pretendido reemplazar a la culpabilidad con consideraciones político-criminales, se ha in-

181 JAKOBS, *La imputación objetiva... Op. cit.*, p. 69 y ss.

182 *Ibidem*, p. 93.

183 JAKOBS, *La imputación...* p. 60.

tentado abandonar la culpabilidad normativa y reemplazarla por un concepto funcional de culpabilidad.¹⁸⁴

Silva Sánchez, alude a la posibilidad de adoptar una teoría sociológica de sistemas para explicar los conceptos dogmáticos del derecho penal, tal y como lo propone Jakobs. En él, la culpabilidad ya no se deriva de un juicio valorativo, sino de la conveniencia de resolver un conflicto, para no desestabilizar el sistema social.¹⁸⁵

Así, el punto clave de la imputación se refiere a la vinculación entre un suceso determinado y un destinatario de la imputación. Es ese destinatario quien ha creado, o ha permitido que tenga lugar, el suceso en cuestión¹⁸⁶. La imputación puede ser positiva y, entonces, constituye un mérito o, negativa, en cuyo caso recibe un reproche que, en el peor de los casos, es jurídico-penal.

Los criterios de imputación son variados, prevaleciendo las explicaciones naturalistas que fundamentan la conexión entre hecho y autor, con base en la causalidad, así lo hacen causalistas y finalistas; involucrando, además, criterios subjetivos de imputación. Jakobs explica que esa imputación debe basarse en criterios objetivos, lo cual ya había sido sostenido por Larenz. Este autor afirma que “solo a quien tiene voluntad, a la persona, puede serle imputado algo”¹⁸⁷, ya que la voluntad presupone

184 ZAFFARONI, *En busca de las... Op. cit.*, p. 264.

185 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación... Op. cit.*, p. 92.

186 JAKOBS, *La imputación... Op. cit.*, p.p. 94-95.

187 Larenz es citado en el estudio preliminar de la obra de JAKOBS, *La imputación objetiva... p.p. 24-25*. Larenz ubica su explicación en el ámbito de la acción, mientras que los autores siguientes lo hacen en el tipo.

autodeterminación de una persona libre a la que se le puede imputar la responsabilidad de un hecho propio¹⁸⁸.

Se divide a la imputación en dos niveles: Uno, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva de comportamiento) y, otro, en los delitos de resultado, configurado por la explicación del resultado con base en el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

Estos autores hablan de una nueva teoría del tipo (objetivo), porque es precisamente en el tipo en donde se marcan los parámetros entre lo prohibido y lo permitido, no en la antijuricidad que está delimitada por el tipo; no en la acción que sólo es relevante cuando así se establece en el tipo. Lo importante para todos ellos es que la imputación exigida por el tipo se base en criterios objetivos que parten de la idea de que sólo comportamientos que *ex ante* se muestran peligrosos pueden ser objeto de desvaloración por el ordenamiento penal¹⁸⁹.

En esta teoría se parte del supuesto de que al injusto le es esencialmente necesaria una medida objetiva, ya que las normas son estándares de comportamiento que permiten, a los miembros de la comunidad, orientarse recíprocamente por ellas¹⁹⁰. Y en esa orientación recíproca es en la que aparece lo intersubjetivo¹⁹¹. Lo relevante es que el individuo se defina de manera normativa, a través del rol social que desempeña, convirtiéndose así

188 Sin embargo, existen discusiones sobre el problema de la responsabilidad penal colectiva. Al respecto CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca. *La persona jurídica...* ob.cit.

189 Cfr. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en...* ob.cit.

190 JAKOBS, La imputación... *Op. cit.*, p. 66 y Sociedad, *norma y...* *Op. cit.*, p. 75.

191 MIR PUIG, *El derecho penal en...* *Op. cit.*, p. 184.

en persona¹⁹². Sólo de esta manera el sujeto puede ser destinatario de expectativas generales y su comportamiento podrá interpretarse de modo objetivo-general. Este es el filtro que debe realizar la imputación objetiva, antes de subjetivar la imputación.

Aunque la *antijuricidad* deviene de la existencia de una norma de cultura, debemos recordar que sólo la antijuricidad típica es la que cobra relevancia en el análisis técnico jurídico. Por ello partimos del supuesto de que el legislador, antes de elaborar el tipo penal, valoró la afectación de bienes jurídicos que la conducta descrita acarrea para la sociedad. De ahí surge la necesidad de que esa valoración prelegislativa sea racional y coherente a las condiciones actuales en que el tipo penal habrá de aplicarse. Además de la necesidad de una revisión permanente, cuando el tipo ya se encuentra establecido.

La antijuridicidad es valorada doblemente: Primero, por el legislador, cuando crea los tipos y realiza una valoración general y abstracta que lo lleva a suponer que las conductas típicamente descritas son contrarias al derecho (porque afectan bienes jurídicos), y deben ser punibles¹⁹³. Segundo, por el juzgador, cuando en el caso concreto determina que la antijuridicidad descrita en el tipo quedó satisfecha y por ende se constituyó el delito¹⁹⁴.

192 JAKOBS, Günther (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Tr. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez. Civitas, Madrid, p. 53.

193 Se ha dicho que, para lograr legitimidad, la creación del tipo penal debe coincidir con las necesidades de la sociedad y no sólo ser arbitraria o caprichosa.

194 VELA TREVIÑO, *Antijuridicidad y...* Op. cit., p. 35.

De ahí que, la antijuricidad penal es una relación entre un hecho y una norma penal, en donde el hecho contradice dicha norma. Se divide en formal y material. La primera se refiere a la simple circunstancia objetiva de que un hecho sea susceptible de sanción penal. La segunda, pone en evidencia la razón de la incriminación.¹⁹⁵ Por ello, la antijuricidad material y la ofensa al objeto jurídico, coinciden.

Por lo que se refiere a la *culpabilidad*, sus principales antecedentes conceptuales los encontramos en¹⁹⁶:

- a) La culpabilidad como relación psicológica. Al separar, en el delito, lo objetivo de lo subjetivo se llegó a una subjetivización de la culpabilidad, concebida como relación psicológica que abarca las formas dolosa y culposa.
- b) Concepción compleja de la culpabilidad. Presenta diversas explicaciones, pero tiene su base en una relación psicologista (dolo y culpa del autor) aunada a un elemento normativo que presenta dos etapas: La realidad psicológica del autor, que es el objeto que se reprocha y la formalización del reproche de ese objeto. El problema es que no se distingue entre el *objeto* del reproche y los *criterios* de acuerdo a los cuales se reprocha, los cuales siempre son normativamente establecidos.
- c) Teoría normativista. Que conceptualiza a la culpabilidad como reproche. Lo que se reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara, es decir, la disposición interna que el autor tuvo

195 PAGLIARO, *Principi di...* Op. cit., p. 239.

196 SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho penal...* Op. cit., p. 293.

para el hecho. El *reproche* es el juicio de desvalor establecido en la norma. La *reprochabilidad* es el conjunto de características que la ley requiere para reprochar, es decir, para desvalorar una conducta¹⁹⁷.

El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libre decisión del hombre, de ahí que la responsabilidad implique un análisis de la posibilidad de autodeterminación. Por tanto, la culpabilidad es un concepto susceptible de admitir grados que se establecen con base en los ámbitos de libertad de decisión.

Es innegable que en la determinación de la culpabilidad deben respetarse garantías fundamentales del individuo que como mínimo incluyen¹⁹⁸:

- a) El principio de personalidad de la pena, que impide castigar a una persona por un hecho ajeno. Aunque actualmente no se admite la responsabilidad colectiva así estructurada, sí existe la discusión en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁹⁹.
- b) El principio de responsabilidad por el hecho, con el que se niega el derecho penal de autor.
- c) La exigencia de imputación objetiva del resultado lesivo a una conducta del sujeto. Ello implica la relación de causalidad entre el resultado y la acción, se requiere además la creación de un riesgo típicamente relevante. En la comi-

197 Con relación a la evolución del concepto de culpabilidad, Cfr. BERDUGO GÓMEZ y otros. *Lecciones...* Op. cit., p. 201 y ss.

198 MIR PUIG, *El derecho penal en...* p.p. 175-176.

199 Cfr. CONTRERAS LÓPEZ, *La persona jurídica...* Op. cit., 169 p.

sión por omisión, los requisitos son: la posibilidad de evitar el resultado y la posición de garante.

- d) La exigencia de imputación subjetiva, que se refiere a la existencia del dolo o culpa.
- e) La necesidad de culpabilidad en sentido estricto, que requiere la imputabilidad del sujeto y la ausencia de causas de exculpación. Aquí puede ser un tanto más difícil determinar la culpabilidad ya que, además de la imputación objetiva y subjetiva del hecho a su autor, se requiere que éste sea un sujeto dotado de un determinado nivel de racionalidad.

Desde hace algunos años se ha pretendido reemplazar a la culpabilidad con consideraciones político-criminales, además se ha intentado abandonar la culpabilidad normativa y reemplazarla por un concepto funcional de culpabilidad. Todo lo cual ahora está en discusión.

Se ha establecido una síntesis dogmática de los elementos del delito que nos presenta a la conducta típica y antijurídica como injusto penal. Ello, aunado a la culpabilidad, es lo que constituye el concepto jurídico de delito. De esta manera podemos analizar cada uno de estos elementos en sus aspectos positivo y negativo, lo que nos permite llegar a una explicación global del delito.

Actualmente, la tendencia de la dogmática penal es enfocarse a la realidad del caso concreto, pero sin perder sistematicidad, considerando el aporte de otras disciplinas y conservando su carácter lógico-racional, que permita emitir un juicio sobre la existencia del delito y la procedencia de la punición.

Además, pretende vincular las consideraciones dogmáticas con cuestiones de política criminal que permitan una solución teórica coherente respecto a los problemas *prácticos*, que en el ámbito penal se presentan cotidianamente. Como ya se ha establecido algunos autores consideran que el concepto de bien jurídico es el que permite vincular a la dogmática penal con la política criminal, limitando y dando contenido material a la punición.

3.2.3 Responsabilidad penal de la empresa²⁰⁰

La necesidad de revisar la construcción dogmática del delito lleva a un ámbito cada vez más evolucionado del derecho penal económico del que me he ocupado en distintos tiempos y sentidos, aquí únicamente incido en la responsabilidad penal de la persona jurídica colectiva como una muestra de las innumerables discusiones al respecto²⁰¹.

La discusión sigue siendo la que he planteado en su momento: responsabilizar (o no) penalmente a la persona jurídica; lo interesante es que España y Alemania están presentes en la discusión. Una discusión que tiene diversas vertientes: Por un lado, elaborar una dogmática penal apropiada a la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (ese derecho penal de dos velocidades de que habla Silva), y, por otro lado, fortalecer la responsabilidad administrativa de las mis-

200 Originalmente este tema lo abordé como tesis de la maestría en Derecho penal, posteriormente, fue publicado el libro ya citado sobre la persona jurídica, este texto fue una actualización posterior publicado en la revista *Letras jurídicas*, "Actualidad penal: Una vez más sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica", año 4, número 7, enero-junio 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Xalapa, México, p.p. 99-114.

201 *Cfr.* CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2015), *Derecho penal económico en el contexto global: una mirada introductoria*, México: Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana.

mas. El punto de acuerdo es que no podemos sustraernos a la necesidad de plantear soluciones en este debate que pone en la discusión al principio *societas delinquere non potest*. Ante la necesidad político criminal de hacer frente a la ola generalizada de delitos económicos y societarios a nivel mundial, que es uno de los motores en esta discusión²⁰².

Silvina Bacigalupo parte de una hipótesis por demás interesante y es que se pregunta por la naturaleza del sujeto que puede ser punible en el derecho penal. Afirma que no se trata tanto de establecer si los conceptos dogmáticos del delito son aplicables a la persona jurídica; sino más bien analizar si la persona jurídica es *sujeto de derecho penal*, indica:

...El círculo vicioso de la argumentación tradicional es claro: las categorías de la acción y la culpabilidad se elaboran adecuadas a un sujeto individual; luego, se excluye todo otro sujeto posible porque esas categorías no le son aplicables. (...) se trata de analizar, ante todo, cómo está concebido el sujeto y lo que el mundo exterior significa para ese sujeto, así como cuándo la configuración del mundo exterior puede ser relacionada (imputada) con el mismo²⁰³.

Se apoya en las ideas de Jäkobs y Luhmann, entre otros, para realizar su análisis. Y siguiendo a Zugaldía afirma que “la reinterpretación de la idea del sujeto conlleva la necesidad de revisar los conceptos tradicionales de acción (como comporta-

202 El Instituto Max Planck de Friburgo realizó un estudio que arrojó como resultado que el 80% de los delitos cometidos en los últimos tiempos en Alemania se realizaron en el seno de una empresa. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001, p.79.

203 BACIGALUPO, Silvina (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, p. 32.

miento humano), de culpabilidad (como juicio biopsicológico) y de pena (como castigo retributivo de la culpabilidad)”²⁰⁴. Afirma que, *sujeto* no es el que produce el resultado, sino aquél que sea competente, es decir, quien tenga el *deber de*. Así, Bacigalupo apuesta por la reformulación del concepto de sujeto en el Derecho penal para incorporar a la persona jurídica como sujeto responsable penalmente.

La profesora Bacigalupo señala que los conceptos prejurídicos de que parte el Derecho penal (hombre, derecho, sociedad y pena) ya no son suficientes para las explicaciones dogmáticas del delito. Ello conlleva que las categorías de acción, culpabilidad y pena sólo giren en torno al sujeto individual. Por tanto, la conclusión que propone es:

...que el paradigma jurídico penal basado en la idea del individuo como punto de partida de las explicaciones dogmáticas ha ingresado en una fase de cambio y se encuentra en una profunda crisis por no permitir explicar ni dar solución a las numerosas situaciones a las que el Derecho penal se debe enfrentar, como lo es la imputación de injustos por personas jurídicas. Estamos entrando muy probablemente en un paradigma en el que el punto de partida lo constituye antes la idea de sociedad, que la de individuo²⁰⁵.

Apoyándose en el modelo de Luhmann, afirma que se da un reemplazo de la razón práctica por la razón comunicativa, introduce una estructura funcional constituida por sistemas de comunicación, que modifica la idea de acción individual por formas de imputación dentro de sistemas autorreferentes y au-

204 *Ibidem*, p.35.

205 *Ibidem*, p.354.

toproductivos. Que es el sustento del funcionalismo para el análisis dogmático del delito.

El nuevo paradigma concibe a la sociedad, ya no como un conjunto de acciones específicas, sino sobre la base del suceso universal de la comunicación. Ahora, el sujeto es “el sujeto del sistema y sus comunicaciones con el mundo circundante”. El progreso de la sociedad implica la diferenciación en distintos sistemas sociales, entre los cuales se encuentra el derecho. “Evidentemente, la sociedad presupone a los hombres y a las acciones humanas, pero éstos no son parte de la sociedad”, son sistemas autorreferentes, independientes. Los hombres no son parte de la sociedad, pertenecen a su entorno²⁰⁶.

En esta línea, Jakobs propone un funcionalismo jurídico, en el cual el Derecho penal se orienta a garantizar la identidad normativa; lo importante es la identidad de la sociedad reflejada en las normas y, no en la protección de los bienes jurídicos²⁰⁷.

Esto implica que el delito sólo se puede explicar desde un punto de vista comunicativo. El delito es una comunicación falsa. Un sujeto comunica una norma que en realidad no existe. Esta comunicación falsa es la que se debe imputar al sujeto competente. Ello conlleva, a su vez, que la función del Derecho penal sea el mantenimiento de la confianza en la norma. Desde este punto de vista, con la teoría de los sistemas comunicativos la pena ya no es un mal, porque lo que en definitiva pretende es dejar claro cuál es el contenido de la norma²⁰⁸.

206 *Ibidem*, pp. 361-362.

207 CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca. *La tutela penal...* ob. cit.

208 Bacigalupo, *op. cit.* p. 362.

Bacigalupo sostiene que el sujeto del derecho penal debe ampliarse para dar cabida a la persona jurídica, sin por ello renunciar a los principios garantistas del Derecho penal, sino más bien para adecuarse a las nuevas condiciones de imputación del sistema complejo que conforma a la sociedad.

De nada sirve seguir persistiendo en el mantenimiento de viejos dogmas, si éstos no permiten ofrecer una solución a los conflictos sociales que el Derecho penal debe resolver en nuestra sociedad. (...) la ampliación de la idea del sujeto y el respeto de los principios del Estado de Derecho exigen también que se deba reconocer a la persona jurídica la titularidad de aquellos Derechos fundamentales que por su esencia puede ostentar...²⁰⁹

El concepto de acción es un elemento límite en la teoría del delito, ya que de antemano excluye todo aquello que no es susceptible de enjuiciamiento jurídico penal como sucesos causados por animales o actos de personas jurídicas. Pese a todo, el propio Roxin ha planteado la necesidad de elaborar reglas especiales de imputación del hecho a la persona jurídica²¹⁰. En su tratado de Derecho penal, Roxin afirma que la "...acción es una conducta humana significativa en el mundo exterior, que es dominada o al menos dominable por la voluntad. Por tanto, no son acciones en sentido jurídico los efectos producidos por fuerzas naturales o por animales, pero tampoco los actos de una persona jurídica..."²¹¹.

209 *Ibidem*, p. 364.

210 ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (2002), *Et. Al. Derecho penal (parte general)*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 432.

211 ROXIN, Claus. *Derecho penal...* ob. cit. p. 194.

Por su parte, el profesor Zugaldía defiende la posibilidad de ampliar el ámbito de los sujetos del Derecho penal a las personas jurídicas, ya que ello constituye una necesidad político criminal de combate contra la delincuencia organizada en el ámbito del derecho penal económico. Afirmar, por ejemplo, que la aplicación de penas a las personas jurídicas exige determinados criterios objetivos de imputación; como por ejemplo demostrar que “la persona física ha actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatuario, que la acción de la persona física aparece en el contexto social como de la persona jurídica, que la persona física ha actuado en nombre e interés de la persona jurídica”²¹²

Entre los autores que se inclinan a aceptar esta responsabilidad, se agrupan dos vertientes: por un lado, la posición de Jakobs, que afirma que las categorías dogmáticas del delito son igualmente válidas para personas físicas y jurídicas. La otra, más extendida, es aquella que establece la necesidad de crear categorías jurídicas *exclusivas* para personas jurídicas.

En esta línea se ha afirmado la capacidad de acción de las personas jurídicas en cuanto destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas; de ello se deduce, al mismo tiempo, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar <acciones> (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que <se expresan> a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son –al mismo tiempo– <acciones de la persona jurídica>. Paralelamente se ha afirmado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. No se trata de la culpabilidad bio-psicológica del órgano, sino

212 *Ibidem*, p. 435.

una culpabilidad (orientada a categorías sociales y jurídicas) y que muy bien podría denominarse <culpabilidad por defecto de organización>. Desde este punto de vista, la persona jurídica se convierte en culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al hecho de la empresa²¹³.

Un hecho innegable es que cada vez más legislaciones aceptan la existencia de *delitos societarios* que se refieren a hechos punibles vinculados con la fundación y administración de sociedades. Así, en la legislación española bajo este rubro encontramos “...una serie de conductas punibles cometidas por los socios y los administradores de hecho o de derecho de las sociedades mercantiles, caracterizadas por llevarse a cabo en el ámbito de dichas sociedades y lesionar o poner en peligro el patrimonio individual de las mismas, de los socios o de terceros”²¹⁴. Así que no es ocioso preocuparse por precisar los conceptos dogmáticos de estos tipos penales.

Sin duda, la elaboración de estos tipos penales obedece a una necesidad política criminal que no se encuentra exenta de dificultades, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad de los sujetos colectivos y la tutela penal de bienes jurídicos también colectivos, pero a la vez difusos. Es decir, se trata de:

...diseñar mecanismos de control externos del funcionamiento de las sociedades, con el fin de prevenir y evitar perjuicios que los comportamientos al interior de las sociedades produzcan da-

213 *Ibidem*, p. 436.

214 FARALDO CABANA, Patricia (1996). *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 40.

ños a una serie de intereses colectivos como: la competencia, el mercado, los consumidores, la Hacienda Pública, los trabajadores, el sistema financiero, el mercado bursátil, etc. No estamos pues ante intereses privados o de grupo, sino ante la tutela final de una serie de bienes colectivos o supraindividuales, que podrían sintetizarse en el concepto general de sistema económico o mercado, pero que de ninguna manera es posible aprehender de manera unívoca²¹⁵.

Zúñiga Rodríguez, afirma que lo más conveniente es “conceptuar un sistema sancionatorio para las personas jurídicas, similar al sistema dogmático concebido para las personas naturales, de naturaleza penal o cuasi-penal, según los casos”.²¹⁶ Es importante recordar que ello se encuentra establecido en México, pero no en España, en donde se establecen medidas accesorias para personas jurídicas. Propone así, un doble sistema de imputación:

a) Mantener el de la responsabilidad individual, para sancionar a los sujetos que se aprovechen de la cobertura de la empresa para realizar delitos; b) diseñar un sistema de imputación análogo para las personas jurídicas, similar al ya existente en la UE para la libre competencia, en el caso que se presente un injusto de la empresa misma, es decir, que produzca una dañosidad social evitable y que ésta sea imputable a toda la organización.

Con esto se logran dos objetivos: primero, responder a las demandas político-criminales de persecución eficaz a la criminali-

215 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2000). “Los delitos societarios: entre las transformaciones del derecho penal y del derecho de sociedades”, *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, p. 43.

216 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen (2000). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzandi, Navarra, España, p. 25.

dad de empresa y organizada; segundo, plantear una respuesta económica sin desbordar las garantías del sistema de responsabilidad penal que hoy conocemos para las personas individuales; sino más bien, construyendo un sistema paralelo que también respete las garantías de imputación (penal o administrativa) para las personas jurídicas²¹⁷.

El problema fundamental es que sigue siendo necesario llegar a acuerdos mínimos de cómo construir un sistema de imputación penal colectiva y no sólo en el ámbito de la dogmática penal, sino fundamentalmente en el de la política criminal para lograr los fines de prevención y protección de bienes jurídicos dentro de un estado de derecho.

En este sentido, existe una diversidad de posiciones respecto de cuál es el camino a seguir. Klaus Tiedeman nos indica que, dentro de los Estados miembros de la Unión Europea, los únicos que siguen rechazando la punibilidad de las personas jurídicas son España, Grecia, Alemania e Italia. Y, en estos dos últimos se observa un cambio de pensamiento hacia la responsabilidad criminal de las personas jurídicas para ciertos campos del derecho penal. Ahora la discusión se centra en decidir si debe ser una auténtica responsabilidad penal o una sanción penal-administrativa. Al respecto, la Jurisprudencia alemana ha establecido una importante línea de discusión, ya que:

...el Tribunal Supremo alemán parte de que en el ámbito económico no son los socios de las empresas, sino las propias empresas las que <actúan>, y el Tribunal Constitucional alemán desde hace varias décadas ha declarado en un <obiter dictum>, que de

217 *Ibidem*, p. 242.

la Constitución se entiende, sin ningún obstáculo, la culpabilidad de las personas jurídicas y otras asociaciones de personas construida sobre la imputación de la culpabilidad de las personas naturales. Conocido es también que el Tribunal de Casación francés ha seguido dicho camino en la interpretación de las nuevas disposiciones penales francesas, después de que con anterioridad algunos Juzgados de Instancia –siguiendo el modelo angloamericano- había partido, para los delitos imprudentes de la posibilidad de una culpabilidad propia de la persona jurídica. Esto último también es el punto de vista de quien suscribe, pues desde hace bastante tiempo defiende una imputación derivada, al lado de una imputación directa fundada en la culpabilidad propia de la empresa. Realmente, sin ninguna duda, como ha subrayado Miguel Bajo, la introducción de una responsabilidad criminal de las personas jurídicas va a suponer repensar toda la Parte General del Derecho Penal. Sin embargo, las categorías de acción y culpabilidad no plantean mayores dificultades de interpretación, como ha puesto de manifiesto la construcción francesa y también la antijuridicidad de la conducta de las personas jurídicas, puede interpretarse en base a las consideraciones del Derecho Civil...²¹⁸

Es importante subrayar la opinión de Tiedemann, ya que el derecho penal alemán constituye un referente obligado en estas discusiones. El también profesor alemán, Günter Heine explica que existen tres modelos básicos de responsabilidad penal de las empresas, que se sintetizan así:²¹⁹

²¹⁸ TIEDEMANN, Klaus (2000). *Prólogo*, en Zúñiga Rodríguez, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzandi, Navarra, España, p. 16.

²¹⁹ HEINE, Günter (2001). "La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales", *La responsabilidad criminal de las perso-*

- A) Considerar el acto del órgano como acción incorrecta de la empresa, que se funda en la teoría clásica de la identificación: “una corporación debe ser identificada con las personas que de manera activa son responsables por ella”. Sin embargo, este modelo es aceptable para pequeñas empresas con una jerarquía lineal, en las que el máximo responsable conoce íntegramente la competencia y la información; sin embargo, ya no es adecuada para los grandes desarrollos de las empresas actuales con una diferenciación funcional y división de tareas estratégicas y operacionales.
- B) Organización deficiente de la empresa, la responsabilidad se basa en un deber de vigilancia, no se trata de un comportamiento personal errado, sino de una *culpabilidad de organización* que se presenta por una ponderación equivocada de los riesgos empresariales. Para determinar el deber de cuidado no se establece en base a personas individuales, sino a la función y capacidad de la empresa. Así que, “...ya no se trata más de la acción o del dolo/culpa de un miembro de la dirección, sino del dominio de la organización y de la culpa/dolo colectivo de la empresa, en tanto conjunto de varias personas.”
- C) Principio de causalidad, se renuncia a la prueba de los errores personales; es suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para imputarle, como causante, determinados desórdenes sociales. Basada en la idea de la sociedad del riesgo, en la cual el Estado asume el peligro de la operación de las empresas, pero a la vez, esta-

nas jurídicas: una perspectiva comparada, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 57-61.

blece límites a su instalación y operación para minimizar los riesgos. Cuando las empresas traspasan esos límites, estatalmente establecidos, se genera su responsabilidad. La crítica es que cada vez menos es posible establecer de manera clara cuáles son los límites del riesgo permitido.

En relación a Italia, Paliero afirma que el problema es examinado teóricamente y el debate inicial se centra en la interpretación del artículo 27, inciso 1 de la Constitución italiana que expresamente señala que “la responsabilidad penal es personal”. Sin embargo, a la luz de una interpretación restringida, la doctrina italiana considera que ello se refiere sólo a la prohibición de la responsabilidad por el hecho de otro, pero no a la posibilidad de la responsabilidad de las agrupaciones.

...recientemente, se insiste como <la voluntad de la sociedad no es un mito ni una ficción, sino una realidad concreta>. Esta voluntad se manifiesta en todo momento de la vida de la agrupación, desde las deliberaciones, de la administración a la dirección. Y esta voluntad colectiva puede cometer delitos como la voluntad individual: en conclusión, también las agrupaciones pueden obrar con dolo o culpa, fenómeno psíquico típico de las personas naturales. Salvo, evidentemente, con las diferencias de orden natural²²⁰.

Tengo dudas importantes sobre cómo plantearse el estudio de los elementos subjetivos del injusto en la responsabilidad de la persona colectiva y, más bien preferiría mantenerlo en el plano del aumento intencionado del riesgo o en la omisión de

220 PALIERO, Carlo Enrico (2001). “Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano”, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia, p. 119.

los deberes de cuidado y las decisiones colectivas de las empresas manejarlas a nivel administrativo o mercantil, sin menoscabo de la responsabilidad individual.

En el derecho positivo francés se establecen dos vías: una responsabilidad indirecta de la persona colectiva, en este caso la agrupación no es sometida a proceso, sino únicamente condenada a pagar una multa. La otra es una responsabilidad penal directa de la persona jurídica, que fue incorporada definitivamente en el Código penal francés de 1994. Así el artículo 121-2 establece que “Las personas morales, con exclusión del Estado, son responsables penalmente...”. El límite a esta imputación es que debe tratarse de agrupaciones con personalidad jurídica propia además de que, expresamente, se excluye al Estado.

Pese a todo siguen siendo importantes las discusiones en el ámbito dogmático y en la interpretación y aplicación de los preceptos legales, pues uno de los aspectos básicos de la responsabilidad colectiva es el elemento moral. En Francia el dolo y la culpa sólo es atribuible a la persona física y que la posibilidad de actuar con intención o negligencia, de parte de la persona colectiva, es de distinta naturaleza.

En general, en Francia se plantea en la legislación una imputación directa de la persona colectiva, pero a nivel de interpretación, jurisprudencia y doctrina se sustenta una responsabilidad indirecta de la persona colectiva a partir de la cual, el dolo o la culpa, deben apreciarse en la persona de los individuos que conforman la colectividad.

3.3 Dimensión política

3.3.1 Política criminal global

Uno de los problemas fundamentales de la sociedad global es el de la seguridad en ámbitos y escenarios diversos como la seguridad nacional, la guerra contra el terrorismo o la bioseguridad. Sin embargo, en México, la política criminal se vuelca en el tema de la seguridad pública que permita a los ciudadanos una convivencia pacífica, armoniosa; además, porque se trata de una obligación constitucionalmente establecida, del estado mexicano, en sus tres niveles de gobierno, tal y como lo prevé el artículo 21 constitucional.

Dentro de la línea de investigación del poder punitivo del estado, la política criminal tanto global, como nacional y local es fundamental, ya que generalmente está referida a ámbitos sustanciales del poder de punición: la seguridad y prevención, la operación jurisdiccional de las autoridades ministeriales y judiciales, así como a la ejecución de la pena; además de las múltiples implicaciones sociales, económicas y, desde luego, políticas que llevan consigo las decisiones, planes, programas y acciones concretas relacionadas con la cuestión criminal.

Ahora bien, cuando hablamos de la seguridad pública es indispensable partir de su complejidad y diversidad de elementos que la componen. Como objeto de estudio, hay que considerar primero la delimitación conceptual de aquello que combate, que es la criminalidad. Desde este planteamiento no considero a la criminalidad sólo como la manifestación de las hipótesis legales que contienen las leyes penales, sino como el fenómeno social relativo a la cuestión criminal. Que Tenorio Tagle define

como un fenómeno complejo, polivalente, en donde está presente no sólo las conductas criminales y su organización, sino también las prácticas de los sistemas penales que hacen frente a dichas conductas²²¹.

Es aquí donde la política criminal tiene un papel fundamental ya que se refiere a los planes, programas, estrategias que el Estado debe implantar para luchar contra la criminalidad y fortalecer la seguridad pública. La acción estatal aspira a ser integral, racional y eficaz en forma tal que los estados de derecho y los organismos internacionales no lleven el estigma de actuar arbitrariamente o sin garantías ante los responsables de la comisión de delitos, por más graves que estos sean²²².

Es imprescindible contar con diagnósticos confiables sobre la criminalidad que permitan plantear alternativas de política criminal, entre las que resultan sustanciales los mecanismos de inteligencia y cooperación internacional. Porque el mundo global es uno sólo, el reto seguirá siendo establecer reglas claras que garanticen la igualdad y el respeto a los derechos

221 Fernando Tenorio Tagle, "La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal" en Globalización e internacionalización del Derecho penal (implicaciones político-criminales y dogmáticas), Cepolcrim, México, p. 35.

222 Respecto al concepto de política criminal existe amplias discusiones por un lado estaría la posición oficial; por otro una visión moderadamente crítica que sobre las instituciones establecidas trata de explicar sus finalidades (Cfr. Moisés Moreno Hernández, *Política criminal y reforma penal*, Cepolcrim, *ius poenale*, México, 1999) pero un tercer enfoque verdaderamente necesario es el de la perspectiva abiertamente crítica que pone de manifiesto el ocultamiento de los abusos del poder que, muchas veces, realizan las propias instituciones estatales (Cfr. Tenorio Tagle, ob cit y la corriente latinoamericana en Augusto Sánchez Sandoval (coord), *Política criminal. La reducción del Estado nacional y las Políticas trasnacionales de seguridad*, memoria del segundo congreso internacional de Política criminal, octubre 2003, UNAM, posgrado Derecho, México, 319 p.)

humanos y no convertir estas investigaciones criminales en “guerras” que dejan sin defensa a los involucrados, como el caso de terroristas o narcotraficantes que son declarados, sin juicio ni garantías, como “enemigos” de la civilización occidental²²³.

Por ello, hay que redimensionar la importancia del derecho en el análisis de estos temas, aunque recordando que el derecho presenta dimensiones diferentes, no es sólo un conjunto de leyes formalmente establecidas es, sobre todo, cultura, ideología, consenso, respeto. En este sentido, teóricos del Derecho como Faria, aluden a sus diferentes dimensiones señalando que se trata de un “sistema diferenciado de normas, instituciones y valores” que juegan un papel privilegiado como instrumento de organización social. Este sistema lo enfoca en tres dimensiones:

...una *estructural* (a la que pertenecen las instituciones legislativas y judiciales), otra de carácter *sustantivo material* (a la que corresponden los códigos y leyes en vigor) y una tercera de naturaleza *cultural* (que traduce las actitudes, hábitos, orientaciones, valores y opiniones que hacen del ordenamiento jurídico una unidad y determinan el lugar de sus normas y de sus aparatos burocráticos en la sociedad)²²⁴.

Los retos del derecho ante la globalización son extraordinarios, pero lo son aún más los de la política criminal, ya que la disminución del poder estatal y del ejercicio de la soberanía nos presenta estados débiles que difícilmente pueden enfrentar la criminalidad organizada política y económicamente poderosa, así como la corrupción estructural que es una penosa realidad en América Latina. El riesgo latente es el que estamos viviendo,

223 En donde es pertinente el análisis del Derecho penal del ‘enemigo’.

224 José Eduardo Faria, ob. cit. p. 45.

la delegación de la obligación estatal de lograr la seguridad de los ciudadanos en organismos privados, en ocasiones extranjeros, que no participan de los controles constitucionales de respeto a las garantías y los derechos humanos.²²⁵

Ante este escenario, Ulrich Beck opina que “Ningún camino puede saltarse la redefinición de la política estatal”. Pero para ello, es necesario que los Estados busquen “igualar la movilidad del capital y redefinir y reorganizar sus posiciones de poder y sus jugadas (con lo que) podrá frenarse internacionalmente el desmoronamiento del poder y la autoridad del Estado e incluso darle la vuelta”²²⁶.

En el mundo global las coordenadas espacio-temporales se reordenan y las reglas del juego cambian de una forma inequitativa, con poder y dominación; ello implica que la legitimidad de los estados, en su versión moderna, se cuestiona permanentemente, tanto en escenarios nacionales como internacionales.

Existe aquí otro reto fundamental para la política criminal. La percepción de seguridad es más simbólica que real, ya que la misma no está ligada a la objetividad de los peligros. Más bien se trata de símbolos globales que se instalan en la mente y el corazón de las personas. Ello explica que aparezcan *guerras preventivas*, o la *guerra contra el terrorismo* o el programa *cero tolerancia*, que vulneran los más elementales principios de la dignidad humana, pese a lo cual cuentan con una gran aceptación pública.

225 J.P. Córdoba Elías, “Reflexiones sobre la globalización y el estado-nación contemporáneo”, p.p. 17 a 30. En Díaz Müller, Luis T. (coord), ob. cit. p. 27.

226 BECK, Ulrich (2004), *Poder y Contrapoder...* ob. cit. p.p. 32 y 34.

En materia penal aparece la necesidad de la prevención, con la tutela anticipada de bienes jurídicos que lleva a la tipificación de los delitos de peligro. El reto es resolver el sentimiento de inseguridad con medidas coherentes a la protección de la dignidad humana y el respeto a las garantías establecidas constitucionalmente, en este sentido la participación ciudadana informada y razonada, es sustancial.

El tercer reto, de un sinnúmero de ellos, es al que Susan George alude como la cuestión ética relativa a las obligaciones que tienen aquellos a los que beneficia la globalización, frente a los millones que se han quedado atrás. La pregunta sobre ¿Qué les debemos a los demás? Sigue siendo vigente, porque no es caridad lo que se necesita, ya que:

...es justo decir que la caridad para con los perdedores del sistema jamás logrará que se les incluya en el sistema social y económico mismo. No es cuestión de practicar la caridad con los excluidos, sino de defender y crear una sociedad incluyente, donde las personas tengan derechos, incluido el de pertenecer a ella...²²⁷

Tal como señala el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos humanos.

El sistema penal, y la política criminal instituida, son selectivos, ello implica que sus destinatarios son los marginales, los excluidos. La criminalidad organizada se vale de esos marginales para realizar sus operaciones, aunque en la cúpula tienen dirigentes poderosos, tanto en el plano político como económico.

²²⁷ GEORGE, Susan (2004) ¿Globalización de los derechos? En *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona: Crítica, p. 31.

Por ello, debemos evitar la corrupción e impunidad de los jefes y de sus protectores, pero por otro, debemos reconocer que la miseria y el desempleo son, entre otros, factores determinantes para la participación de los *peones, de los obreros* de la gran criminalidad que hoy aqueja a las sociedades contemporáneas.

En suma, la globalización con la criminalidad organizada y transnacional que le es inherente, plantea entre otros, los siguientes retos fundamentales para la política criminal:

- Definir claramente los paradigmas que rigen la configuración y operación de las políticas públicas en materia de seguridad.
- Lograr la seguridad pública y enfrentar la criminalidad sin menoscabo de los derechos humanos y las garantías constitucionales a que todo individuo es acreedor.
- Lograr la legitimación de las opciones adoptadas en temas de seguridad, a partir de la información y la discusión razonada con los ciudadanos. Aquí está presente la necesidad de la rendición de cuentas.
- Es urgente abordar la cuestión ética del papel del Estado (y de los organismos y empresas transnacionales) en el nuevo orden mundial reconociendo las posibles alternativas al modelo económico neoliberal, pero rescatando asimismo el compromiso ético de solidaridad, que debería ser inherente a todo ser humano.

3.3.2 La influencia de Estados Unidos

Lo que me interesa analizar es cómo Estados Unidos hace caso omiso a la legalidad internacional en temas relacionados con el

derecho penal²²⁸: como el de los presos de Guantánamo o la guerra de Irak y cómo rechaza y *banaliza* a las instituciones internacionales, como es el caso de la Corte Penal Internacional (CPI). Finalmente, me pregunto si su línea de actuación en la *guerra contra el terrorismo* puede, o no, encuadrarse en lo que algunos han llamado “derecho penal del enemigo”.

De inicio la respuesta es que la actitud del gobierno norteamericano no puede catalogarse como derecho, es un *no derecho*, una sinrazón, pero la pregunta obligada es ¿Por qué el mundo tolera esta actitud? ¿Puede, en este momento, alguien o algo enfrentarse a Estados Unidos? Respuestas hay muchas y cada uno tendrá la suya.

a) El contexto

Después de la guerra fría, con la caída del muro de Berlín en 1989 y la desaparición de la URSS, Estados Unidos se convirtió en una *hiperpotencia*, en la denominación del exMinistro de asuntos exteriores de Francia, Hubert Védrine²²⁹. Ello ha significado una reordenación del escenario internacional en donde el papel de Estados Unidos no sólo es significativo, sino determinante, después del 11 de septiembre de 2001, el gobierno *estadounidense* intensifica su política belicista, con desapego a las

228 Sirvan como ejemplo estas reflexiones que, en el momento en que fueron escritas fueron noticias que se siguieron de día a día. Lo que hoy rescato es la influencia y consecuencias de las acciones de los actores internacionales para la facultad punitiva de los estados, que aquí se vuelven privilegios y, en ocasiones, perversamente manipuladoras.

229 VÉDRINE, Hubert (2003). Ex ministro de Asuntos exteriores de Francia, entrevista en *Política exterior*, mayo-junio, Vol. XVII, No 93, Madrid, p.p. 33 a 38, p. 33.

instituciones internacionales (como actualmente lo hacen otros países como Corea del Norte y Rusia).

Emmanuel Todd parte del supuesto de que Estados Unidos está viendo debilitarse su inmenso poder frente a un mundo cada vez más democratizado, una posición que contrasta con la de Robert Kagan (estadounidense), que sin dejar de ser crítico afirma que Estados Unidos es la única superpotencia con un poderío militar capaz de regir el orden mundial y que es precisamente ese poderío el que la convierte en la única potencia actual.²³⁰

Todd observa que los analistas del *establishment* americano (Kennedy, Huntington, Brzezinski, Kissinger, Gilpin) coinciden en la visión de “una nación que, lejos de ser invencible, *debe gestionar la inexorable reducción de su poder relativo en un mundo cada vez más poblado y desarrollado*”²³¹. Argumenta que Estados Unidos depende del mundo, de ahí que su papel en la organización económica mundial tiene implicaciones infinitas.

Entre 1990 y 2000, el déficit comercial estadounidense pasó de 100.000 a 450.000 millones de dólares. Para equilibrar sus cuentas exteriores, los Estados Unidos necesitan un flujo de capitales exteriores de volumen equivalente. En este comienzo del tercer milenio, ya no pueden vivir sólo de su producción. En un momento en que el mundo, en vías de estabilización educativa, demográfica y democrática, está a punto de descubrir que puede

230 TODD, Emanuel (2003). Después del Imperio (ensayo sobre la descomposición del sistema norteamericano), tr. Sánchez-Silva, Foca, Madrid, p. 9.

231 *Ibidem*, p. 10.

prescindir de los Estados Unidos, éstos descubren que no pueden prescindir del mundo²³².

Añade Todd, que Estados Unidos busca una solución (real o ficticia) para su “angustiosa dependencia económica” y permanecer, al menos simbólicamente, en el centro del mundo, escenificando así su *omnipotencia*.

Por su parte, Robert Kagan, al analizar la relación de Estados Unidos frente a Europa, inicia su libro *Poder y debilidad*, afirmando que: “Ha llegado el momento de dejar de fingir que Europa y Estados Unidos comparten la misma visión del mundo o incluso que viven en el mismo mundo”²³³. Desde su perspectiva, el manejo del poder es lo que los hace tan divergentes: Europa, regida por normas de negociación y cooperación transnacionales y Estados Unidos, “en un mundo anárquico y hobbesiano”, en el que el derecho y los usos internacionales dejan de ser importantes ante su poderío militar.

Existen, por supuesto, posiciones extremas que profundizan estas diferencias y, los más optimistas (que cada vez son menos), ven en esas diferencias la posibilidad de conciliación. Esto ha sido especialmente visible a raíz del conflicto en Irak, cuando Estados Unidos (con España y Gran Bretaña) decidió unilateralmente intervenir militarmente ese país como una medida preventiva ante la *diabólica* fuerza militar (con desarrollo de armas químicas y biológicas) de Sadam Hussein. Lo cierto es que terminada la guerra (y con la única mujer en el gabinete de Hussein, encargada del desarrollo de estas armas en poder de

²³² *Ibidem*, p. 18.

²³³ KAGAN, Robert (2003). *Poder y debilidad (Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial)*, tr. Ramírez Trapero, Taurus, Madrid, p. 9.

los estadounidenses), no se encontraron rastros de armas químicas o biológicas.

En esta discusión sobre la intervención en Irak quien más sufrió, en mi opinión, fue la Unión Europea (UE), ya que la división entre sus miembros puso de manifiesto su debilidad. España y Gran Bretaña apoyando a Estados Unidos, frente a la oposición de Francia y Alemania con Rusia como aliado. Aunque también fue evidente que a estos tres últimos países lo que más les preocupaba eran sus intereses económicos en Irak, más que las razones humanitarias que argumentaron. Además, les interesaba que Estados Unidos no monopolizara la región, buscando equilibrar de alguna manera el dominio estadounidense de las reservas petrolíferas y de una posición estratégica en Oriente próximo.

Aunque, sin duda, el gran perdedor en todo este conflicto fue el orden internacional, especialmente Naciones Unidas, ya que no sólo fue materialmente ignorada por el expresidente Bush, sino que evidenció una fragilidad e incoherencia notables. Me parece que quedó claro que, las organizaciones internacionales son incapaces de *dominar* a los grandes monstruos de la globalización.

Europa se caracteriza por una ideología pacifista y de respeto a la legalidad, mientras que Estados Unidos genera una política belicista que después del 11 de septiembre se exagera. Ahora hay que preguntarse si ello no es, en gran parte, responsabilidad de Europa que dejó en manos estadounidenses la carga de *mantener el orden*, cediendo cada vez más poder militar. Al final de la Guerra Fría quedó en evidencia que “la pujanza

económica no se traducían necesariamente en poder estratégico y geopolítico”²³⁴. Y, aunque Europa unida se convirtió en una potencia económica de primera fila, ello aún no es suficiente para equilibrar el enorme poderío económico y militar de Estados Unidos.

Eliminada la amenaza soviética, Estados Unidos quedó con las manos libres para intervenir prácticamente en cualquier lugar y momento que considerara oportuno. Esta posibilidad encuentra su confirmación en la proliferación de intervenciones militares de ultramar, que comenzó durante el gobierno de Bush padre con la invasión de Panamá en 1989; continuó con la Guerra del Golfo en 1991 y la intervención humanitaria en Somalia al año siguiente, y se mantuvo durante la era Clinton con las intervenciones en Haití, Bosnia y Kosovo...²³⁵.

Para Robert Kagan, los europeos y estadounidenses no sólo no se ponen de acuerdo de cómo abordar problemas específicos, como el de Irak, sino que

...no comparten un mismo punto de vista sobre cómo gobernar el mundo, sobre el papel de las instituciones y el derecho internacionales o, en fin, sobre el grado de equilibrio más conveniente entre el recurso a la fuerza y el empleo de la diplomacia en asuntos de política internacional.²³⁶

En el Estatuto de Roma (1998) que da nacimiento a la CPI se ponen de relieve los elevados intereses que se persiguen a favor de la seguridad y la paz de la Humanidad. Los párrafos séptimo y octavo del Preámbulo del Estatuto demarcan el con-

234 *Ibidem*, p. 35.

235 *Ibidem*, p. 43.

236 *Ibidem*, p. 59.

texto en el cual intervendrá la Corte²³⁷. Sin embargo, después de los acontecimientos de la guerra en Irak y la posición adoptada por Estados Unidos y sus aliados, es importante reconstruir este escenario mundial para que la Corte efectivamente pueda llevar a cabo sus funciones.

En el Preámbulo se plantea que ningún Estado podrá “recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”, asimismo que ningún Estado está autorizado a “intervenir en una situación de conflicto armado en los asuntos internos de otro Estado”, se entiende que en los casos en que en dichos Estados se presume la comisión de los crímenes competencia de la Corte²³⁸.

Todos esperaban que después del 11-S el mundo se uniera a una causa común, pero

...entonces el comportamiento internacional de Estados Unidos empezó a cambiar. A lo largo del año 2002, vimos resurgir la tendencia a la unilateralidad, ya manifiesta durante la segunda mitad de la década de los 90, con el rechazo de Washington, en diciembre de 1997, del tratado de Ottawa que prohibía las minas antipersonas y, en julio de 1998, del acuerdo para la creación de una Corte penal internacional...²³⁹.

237 *Reafirmando* los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas...

238 Tales crímenes son: genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión, que aún no ha sido definido.

239 Todd, *op. cit.* p. 8.

Este escenario abrió la reflexión, incómoda, sobre las acciones de gobiernos aparentemente democráticos que abusan de su “*deber de injerencia humanitaria* en la lucha contra los *crímenes internacionales* (en cualquiera de sus acepciones) y al usar las armas acaben siendo ellos mismos responsables de los *crímenes* que imputan a otros”²⁴⁰.

b) La guerra contra el terrorismo

El 11-S sirvió para legitimar la política *dura* de Estados Unidos contra el terrorismo. Al elevarlo al *status* de fuerza universal y poner en evidencia (a través de los medios de comunicación) su amenaza permanente, se institucionaliza un estado de guerra a escala planetaria. Sin embargo, “el atentado del 11 de septiembre reveló el carácter voluntario de nuestra servidumbre”²⁴¹. Y, agrega Todd, que la teoría del *soft power* de Joseph Nye quedó ampliamente verificada: los Estados Unidos no reinan solamente, si siquiera principalmente, por las armas, sino por el prestigio de sus valores, de sus instituciones y de su cultura²⁴². Una teoría que contrasta diametralmente con la de Robert Kagan, en donde el poderío estadounidense se define como esencialmente militar.

El terror que domina en el mundo se ve exacerbado por los medios de comunicación. Aunque objetivamente, y al margen de las imágenes televisivas, si es posible observar una creciente de-

240 REMIRO BROTONS, Antonio (2001), “Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial”, *el derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho judicial VII-2001, Consejo general del Poder judicial, Madrid, p.p. 67 a 150, p. 71.

241 Todd, *op. cit.* p. 8.

242 Cfr. NYE, Joseph S. (2003). *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, 303 p.

sigualdad en el mundo y un aumento considerable de la pobreza extrema; lo que, sin duda, fortalece el problema del terrorismo internacional. Resulta improcedente deducir la existencia de un terrorismo universal por la hostilidad de unos pocos. Aunque efectivamente existen zonas especialmente frágiles en este proceso de modernización del mundo islámico.

El 11-S significó el inicio de la guerra estadounidense contra el *eje del mal*. Aunque es importante preguntar ¿Qué hay antes del 11 de septiembre? No pocos intuyen que este evento catastrófico fue la *excusa* perfecta para iniciar una propaganda de legitimación de la *cruzada* estadounidense incluso, algunos, especulan sobre la posible intervención estadounidense en la gesta de esta catástrofe.

En Estados Unidos existe un grupo integrado en los años 70 por Donald Rumsfeld y Dick Cheney que han ocupado puestos importantes desde el gobierno de Ford. En 1992 elaboraron un manifiesto secreto denominado: *Directrices de planificación defensiva para los años fiscales 1994 a 1999*, redactado por Paul Wolfowitz y Zalmay Jalilzad, bajo la dirección del entonces Ministro de Defensa Cheney²⁴³. Ese documento entre otras cosas dice: “Debemos mantener los mecanismos que permitan disuadir a los potenciales competidores de ambicionar siquiera un papel regional o mundial más relevante”²⁴⁴.

En septiembre de 2000 el “Proyecto para un nuevo siglo americano” (PNAC) produjo un nuevo documento: *La reconstrucción defensiva de América: estrategias, fuerzas y recursos*

243 WEINBERGER, Eliot (2003). “Nueva York (Dieciséis meses después)”, *Letra internacional*, número 78, primavera, Madrid, p. 5.

244 *Idem*

para el nuevo siglo, que se convirtió en eje rector del gobierno de Bush hijo. En ese documento se hace referencia a una *Pax americana*; que supone, entre otras cosas “...la expansión de las actuales bases militares estadounidenses en el extranjero y la construcción de otras nuevas en Medio Oriente, el sureste de Europa, Latinoamérica y el sureste de Asia. Desdeña a Naciones Unidas. Recomienda <ataques preventivos> y destaca en particular a Irak, Irán y Corea del Norte”²⁴⁵.

En ese documento se indicaba que Estados Unidos era el principal defensor del orden de seguridad mundial. Agregando:

Los aliados son innecesarios, la opinión mundial es irrelevante: los competidores en ciernes deben ser aniquilados pronto. Y, en el pasaje más extraño del documento, se conjetura <un acontecimiento catastrófico>, un <nuevo Perl Harbor> que será el fermento para que Estados Unidos instaure de modo decidido su nueva *Pax*. No es extraño entonces que el 12 de septiembre de 2001 Rumsfeld reiterara que invadiéramos Irak de inmediato, y Condoleezza Rice convocara poco después a los altos cargos del Consejo de Seguridad Nacional para pedir que <pensaran sobre cómo se saca provecho de estas oportunidades>.

El ensayo que me ocupa no olvida los miles de víctimas del 11-S y el horror inimaginable que vivió el mundo entero en este acontecimiento apocalíptico, sólo que ahora trato de reflexionar sobre un marco más amplio de cómo influyó este evento en la política estadounidense²⁴⁶.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 6.

²⁴⁶ Un ensayo sentido y angustioso sobre el 11 de septiembre lo encontramos en el libro de GLUCKSMANN, André (2002), *Dostoevsky en Manhattan*, tr. María Cordon, Taurus, Madrid, 260 p. La cronología de los primeros días de

Después del 11-S, Estados Unidos inició *su guerra contra el terrorismo*, para la cual recibió el apoyo unánime de la comunidad internacional. Muchos de los prisioneros capturados en Afganistán por las fuerzas militares estadounidenses fueron trasladados a la base militar estadounidense de Guantánamo, en Cuba y allí permanecieron cientos de ellos.

Unos 600 prisioneros de guerra capturados por Estados Unidos en Afganistán, continúan detenidos indefinidamente en la base militar de Guantánamo. El Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos reclama que se los libere si son inocentes.

El primer contingente de los prisioneros llegó a la base norteamericana de Guantánamo, sobre territorio cubano, el 11 de enero de 2002. Desde entonces, alrededor de 600 hombres, la mayoría de origen árabe de los países de la zona del Golfo Pérsico, permanecen detenidos en calidad de “combatientes ilícitos”, lo que le garantiza a Washington desoír el contenido del texto de la Convención de Ginebra de 1949 sobre la detención y tratamiento de los prisioneros de guerra²⁴⁷

Lo que aquí interesa es entender el conflicto jurídico que generaron estos hechos ¿Qué implicaciones tuvo para el derecho y la política criminal la existencia de prisioneros de la guerra afgana en Guantánamo? Estados Unidos no les reconoció el estatus de prisioneros de guerra y, por tanto, no se les aplicaron los Convenios de Ginebra. Tampoco se les reconoció como sujetos a proceso por el sistema judicial norteamericano, por lo que

desolación y angustia en CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca (2002), “Diario de un desastre”, *Universita*, No 10, año 4, Universidad de Xalapa, México, p.p.24 a 31.

²⁴⁷ PINTAMALLI, Alejandro. “La larga espera de los presos de Guantánamo”, 06.12.2002. En: www.rnw.nl/informarn/html/act021206_guantanamo.html p. 1.

se les negaron las garantías más elementales como son el derecho a un juicio justo, a contar con defensa letrada, a un traductor; además de que las condiciones de encarcelamiento fueron deplorables²⁴⁸. En su momento,

Estados Unidos los considera “combatientes ilegales”, categoría que no existe en derecho internacional, para justificar la no-aplicación del derecho internacional humanitario. Parece claro, sin embargo, que estos detenidos son prisiones de guerra ya que en el momento de su detención reunían las características que los Convenios de Ginebra establecen para esta consideración: responder a una autoridad, llevar uniforme que permita su reconocimiento, portar armas, ... Es más el artículo 4.A del III Convenio de Ginebra relativo no sólo a los miembros de las fuerzas armadas sino a “miembros de otras milicias y miembros de otros cuerpos voluntarios, incluso los de movimientos de resistencia organizados...” Como en otras facetas del derecho, caben interpretaciones, pero la mayor parte de los especialistas coinciden en que estos detenidos son prisioneros de guerra...²⁴⁹

Lo cierto es que sea cual sea la categoría que se les diera se trataba de seres humanos que debieron ser protegidos por derechos básicos tanto sustantivos, como procesales. Lo cierto es que, no importa el estatuto jurídico que se utilice, cuando del respeto a la dignidad humana se trata, el cual es no negociable y universal.²⁵⁰

Weinberger afirma:

248 Amnistía Internacional, Resumen del Informe 2003 para Estados Unidos. En: www.amnesty.org AI INDEX: AMR 51/045/2003. Consulta: 25 marzo 2003.

249 REY MARCOS, Francisco. “Derecho Internacional y prisioneros de guerra”, 23.01.2003 Madrid. En:

250 MARTÍN PALLÍN, José Antonio, El país, 25 de abril de 2003.

Los campesinos afganos y extranjeros, los soldados de infantería talibanes y *yihadis* que el equipo de Bush ha denominado <terroristas de Al-Qaeda> son los que se pudren en la bahía de Guantánamo (en jaulas, por cierto, idénticas a la empleada para encerrar a Ezra Pound en Pisa en 1945). Al-Qaeda, como demuestran las recientes explosiones en Kenia, sigue como siempre. Expulsada de Afganistán, sólo resulta menos visible²⁵¹.

No sólo los presos de Guantánamo sufren estas condiciones, también los detenidos en Estados Unidos, después del 11-S, vivieron condiciones similares, lo cual se denunció, en su tiempo, en diversos medios²⁵².

En otro episodio de la *guerra contra el terrorismo*. Estados Unidos, contra todos los pronósticos, decidió unilateralmente invadir Irak. Con el apoyo de Gran Bretaña y España logró desestabilizar a la Unión Europea y desdeñó a Naciones Unidas. Nuevamente, y sin reparos, actuó por encima de la legalidad internacional.

Con el ataque a Irak, iniciado el 20 de marzo de 2003, Estados Unidos ratificó su carácter de potencia mundial y puso en entredicho el sistema de control internacional. No sólo hizo a un lado la labor de los inspectores de Naciones Unidas, sino que ante la amenaza de veto por parte de Francia ya ni siquiera sometió a consideración del Consejo de Seguridad su decisión.

En la primera guerra del Golfo el apoyo de occidente fue unánime, sin embargo, se cuestionó su legitimidad por “el apoyo masivo que recibió Iraq por parte de muchos pueblos musulma-

251 Weinberger, *Op. cit.*, p. 5.

252 ABC, “Un informe oficial de EE. UU. admite abusos a centenares de detenidos tras el 11-S”4 de junio 2003, año C, no. 31961, España, p. 28.

nes: palestinos, jordanos, egipcios, argelinos, marroquíes...”²⁵³. Al parecer, ello fue lo que evitó llegar al derrocamiento de Hussein. Con esta experiencia y pese a la condena del mundo entero, en la Segunda Guerra del Golfo, Bush hijo no cometió el mismo error y una vez sometido el régimen iraquí, instaló autoridades provisionales estadounidenses para mantener el control.

Poco más de dos meses después de iniciado el ataque (y con la guerra ya concluida) Bush realizó una gira que, de alguna manera, tenía como objetivo resolver las diferencias suscitadas por su decisión de dos meses atrás. Primero, el 30 de marzo de 2003 estuvo en San Petesburgo con el Presidente ruso Vladimir Putin y del resultado de dicha reunión, en la que se notaba una tensa amabilidad, acordaron que en la reconstrucción de Irak debía intervenir Naciones Unidas²⁵⁴.

Al día siguiente, inició la cumbre de los G-8 en Evian, Francia. En donde por primera vez después del conflicto, Bush se entrevistó con Chirac, el expresidente francés, que fue el principal opositor a su política de intervención militar. El tenor de la reunión fue el mismo, el de procurar limar las asperezas y dar la impresión de que estaban llegando a un acuerdo sobre *el futuro del mundo*²⁵⁵. Estados Unidos impuso su visión de las cosas y logró una declaración conjunta contra el terrorismo y el apoyo del G-8

253 GIORDANO, Eduardo (2003). *Las guerras del petróleo*, Geopolítica, economía y conflicto, Icaria- Antrazyt 185, 2ª ed, Barcelona, 2003, p. 15.

254 Rueda de prensa Putin-Bush, San Petesburgo, 30 mayo 2003, Informativo televisado CNN plus, España.

255 El Mundo, 2 junio 2003, España, p.p. 34 a 37; y El País, 3 junio 2003, año XXVIII, no. 9500, España, p.p. 1 a 4.

para este fin. Un apoyo que, posteriormente fue ratificado en la reunión de la OTAN en Madrid, los días 3 y 4 de junio de 2003²⁵⁶.

c) El factor petróleo

El factor geopolítico²⁵⁷ y el control y comercialización del petróleo juegan un papel fundamental en el desarrollo de los acontecimientos mundiales. Aquí se pone en evidencia la existencia casi imperecedera de intereses soterrados (y particulares) ante las decisiones políticas globales.

Habrá que recordar que antes de la primera guerra del Golfo, la economía estadounidense estaba en plena recesión (igual que en la segunda guerra del Golfo y, antes del 11-S, cuando, además, la popularidad de Bush iba en picada). La primera guerra tuvo un efecto de recomposición sobre el conjunto de la economía de Estados Unidos y esa es la tesis de Eduardo Giordano:

Las guerras y bombardeos actúan como factores *reguladores* de un mercado que funciona con arreglo a unas pautas de comportamiento específicas: sirven para <reactivas> el negocio del petróleo y maximizar las ganancias de las compañías multinacionales, impulsando importantes subidas del precio del crudo²⁵⁸.

Es en el plano del poder militar en donde los Estados Unidos existe una larga historia de dominio, en ocasiones arbitrario y unilateral, que generalmente está unido a intereses en los sectores energético y tecnológico, en lo que descansa su máximo

256 ABC, 4 de junio 2003, *op. cit.*

257 La geopolítica persigue ante todo hacer que prevalezcan los intereses económicos de los países más influyentes en el escenario mundial. Giordano, *ob. cit.* p. 13.

258 *Ibidem*, p. 22.

potencial económico, sin embargo sabe que necesita aliados para imponer su estrategia geopolítica. Una estrategia que desarrolla en dos vertientes: de dominación hacia los más débiles y de *colaboración* con sus aliados.

La geopolítica se ocupa de impulsar los intereses políticos y económicos de Estados Unidos en el desarrollo de esta estrategia de dominación, que opera simultáneamente y de forma diferenciada en diversas áreas geográficas. La economía internacional del petróleo, el sector más estrechamente vinculado a la geopolítica estadounidense²⁵⁹.

Giordano elabora un esquema que muestra cómo esta influencia en el precio del petróleo está íntimamente ligada a las intervenciones militares en el Golfo de 1990 a 2000²⁶⁰.

El mercado interno de Estados Unidos es una fuente especialmente importante para las compañías transnacionales de capital angloamericano (de las que la familia Bush y colaboradores cercanos eran accionistas).

Nos encontramos entonces con un caso de la máxima expresión de la política neoliberal (democrática y occidental) en donde lo que interesa es la competencia y el éxito en el mercado. Unos cuantos, con intereses fundamentalmente económicos, son los que toman las decisiones que impactan al orden mundial, en donde la racionalidad de los derechos humanos y el respeto a la dignidad humana *de todos*, es sólo un discurso que busca dar legitimidad a cualquier decisión, por más irrazonable que ésta sea.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 17.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 76

La actitud de Estados Unidos sin duda reveló un desprecio hacia las instituciones internacionales. El 11-S y la intervención armada en Irak nos mostraron una sociedad civil dispuesta a manifestar opiniones y a servir de contrapeso a las decisiones precipitadas e interesadas del poder político. En democracia no siempre la mayoría tiene la razón, pero la expresión de sus opiniones es un control imprescindible frente al poder.

3.3.3 El derecho penal del enemigo

La visión cosmopolita en la lucha por los derechos humanos es una sola y parte de la aceptación del otro en sus diferencias y singularidades, pero asumiendo las necesidades que cada grupo en particular requiere solventar. Zaffaroni deja en claro que los ámbitos político y jurídico son diferentes y que no es posible trasladarnos del uno al otro, sin riesgos importantes. Porque en lo sustantivo del derecho penal no cabe transigir sobre la posibilidad de violentar derechos y garantías. El modelo jurídico penal es un modelo liberal democrático que preserva el orden común sin menoscabar la integridad humana de las personas. En el ámbito político pueden operar otras racionalidades que no siempre son compartidas pero que, en ese ámbito, pueden entenderse cuando se presentan rasgos de un estado autoritario.

Ello a pesar de lo que Castells denomina la conexión perversa en la globalización de la criminalidad y el desarrollo desmesurado de la economía criminal global²⁶¹. Porque si bien es cierto el problema es de dimensiones sin precedentes, ello no

261 CASTELLS, Manuel ob. cit. *Vol. III*, p. 199 y ss.

significa que renunciemos a los avances que en materia de justicia y legalidad hemos conseguido.

Por ese acervado regreso a matices de regímenes autoritarios es que son imprescindibles los principios limitadores de la criminalización que permiten atemperar el poder de punición del estado. Ya que, afirma Zaffaroni, “en la medida en que el estado de derecho cede a las presiones del estado de policía encapsulado en su seno, pierde racionalidad y debilita su función de pacificación social, pero al mismo tiempo pierde nivel ético, porque acentúa la arbitrariedad de la coacción”²⁶².

Para Zaffaroni “la delimitación contemporánea del horizonte de proyección del derecho penal (se centra en) la explicación de complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal, que es el poder punitivo, caracterizada por sanciones diferentes a las de otras ramas del saber jurídico: las *penas*”²⁶³.

Es por ello sustancial aclarar los límites reales y jurídicos del poder de punición del Estado, ya que esos límites se han traducido en principios que garantizan la limitación y arbitrariedad del poder estatal, la necesidad de preservar los derechos humanos y los principios básicos del derecho penal sigue siendo inobjetable.

Un principio fundamental para la sistemática penal y, limitador del poder de punición, es el de culpabilidad, ya que su esencia es el concepto mismo de persona, que hoy se discute en el llamado “derecho penal del enemigo” que, otra vez hay que

262 Zaffaroni, *Derecho penal... ob. cit.* p. 131.

263 *Ibidem*, p. 3.

señalar, es un problema del ámbito político y no penal. Porque el principio de culpabilidad, implica que el injusto se vincula a su autor y por ello opera “como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste”²⁶⁴.

En las dos teorías opuestas de la culpabilidad, una basada en los principios liberales de la retribución y la prevención disuasoria que, en sus extremos lleva al reproche al autor del hecho, apartándose del derecho penal de hecho y, la otra, que parte de teorías organicistas de la sociedad, en donde la pena responde a una ‘razón de estado’. Pero, afirma Zaffaroni, existe también una concepción agnóstica de la pena en la cual las tesis preventivistas quedan excluidas y,

...son incompatibles con un derecho penal reductor en razón de la reetización que este demanda, al erigirse en la exigencia de una ética mínima en el ejercicio del poder punitivo del estado. Este mínimo ético no existe cuando se lo ejerce sólo o principalmente conforme a supuestas o reales necesidades del estado: por mucho que se lo matice, el planteo preventivista siempre lleva a que las personas sean usadas como medios para satisfacer necesidades del estado, siendo, por lo tanto, degradadas a la condición de cosas al servicio de otros fines.²⁶⁵

Ello sucede en lo que hoy se llama derecho penal de enemigos que, por un lado, siempre ha existido cuando se excluye a los diferentes o marginales y, por otra, dicha exclusión se realiza por decisiones políticas y no jurídicas. Lo importante es recono-

264 Zaffaroni, ob. cit. *Derecho penal...* p. 620.

265 *Ibidem*, p. 621.

cer que existe y que los principios limitadores del *ius puniendi* delimitan la intervención del estado en dichas ocasiones.

Otro aspecto sustancial en el proceso penal, francamente inquisitivo, es que se “confiscó a la víctima” y, por tanto, se traslada el conflicto al soberano y al victimario, esto entre otros aspectos, exige revisar el proceso penal para garantizar el respeto a los derechos humanos tanto del agresor, como de la víctima. Esa figura preponderante del soberano ante el poder de punición es un elemento que debe tomarse en consideración ante las graves violaciones que hoy en día se legalizan para enfrentar la criminalidad organizada, al grado de discutir la “necesidad” de un posible “derecho penal del enemigo”.

Un cambio que pudiera parecer paradigmático para el Derecho penal actual es la referencia a un *derecho penal del enemigo* propuesto por Jakobs, desde los años 80's y que ha generado una amplia polémica, de la cual nos ocuparemos en este apartado; una teoría que, junto al derecho penal de diversas velocidades²⁶⁶, pone en cuestión los principios clásicos liberales del Derecho penal de la primera modernidad²⁶⁷.

Porque un derecho penal del enemigo²⁶⁸, en los términos propuestos por Jakobs, que además tiene constatación fáctica en la legislación mexicana (en la ley federal contra la delincuen-

266 Silva Sánchez, ob. cit. *La expansión...*

267 Que se inicia con la Ilustración y concluye con el fin de la Guerra Fría, Cfr. BECK, Ulrich, ob. cit. *Poder y...*

268 Parte de este apartado, originalmente se publicó en CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2018). ¿Una disyuntiva posible? Enemigos vs ciudadanos en Sánchez, Vázquez, Rafael (coord.) Derechos humanos, seguridad humana, igualdad y equidad de género, México: CNDH, p.p. 277-298. Consultable en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20190208_02.pdf

cia organizada) es evidentemente una transformación paradigmática que, sin embargo, se ubica en el ámbito político y no sustantivo.

El llamado *derecho penal del enemigo* es una denominación introducida por Günther Jakobs y que contrapone al derecho penal de los ciudadanos. En esta nueva modalidad del derecho penal se realiza una amplia anticipación de la protección penal²⁶⁹.

Para Jakobs, citado por Silva, "...el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental"²⁷⁰. Es decir, para Jakobs, aparece un nuevo sujeto del derecho penal: *el enemigo*. Que contrapone al ciudadano con todos los derechos y garantías que le son inherentes. Así, Gracia Martín afirma que frente al *status* de ciudadano encontramos a estos nuevos sujetos que, dado que han abandonado el Derecho de modo permanente, abandonan también el *status* de ciudadano²⁷¹.

El *Derecho penal del enemigo*, para Jakobs, responde a las siguientes características²⁷²:

- Una amplia anticipación de la protección penal
- Ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación

269 JAKOBS, Günther (1997). *Estudios de Derecho penal*, tr. Peñaranda, Civitas, Madrid, p. 293 y ss.

270 SILVA SÁNCHEZ, ob. cit. *La expansión del...* p. 164.

271 GRACIA MARTÍN, ob. cit. p. 121.

272 JAKOBS, Günther, ob. cit. *Derecho penal...*

- El tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de la lucha
- El debilitamiento de garantías procesales

En un mundo global, en el que se expanden las operaciones transnacionales que originan actividades lícitas e ilícitas ¿Cómo resolver el problema de la criminalidad? De una criminalidad que es, a la vez, global, organizada, millonaria, infiltrada entre las autoridades, que además evoluciona²⁷³. En este sentido, la pregunta central es si el derecho penal liberal, garantista, que heredamos de la Ilustración sigue siendo un instrumento adecuado para ello. Si efectivamente todos somos iguales y tenemos los mismos derechos y libertades, sin importar origen, religión o cuentas bancarias.

Jakobs²⁷⁴ defiende su explicación del derecho penal del enemigo argumentando que sólo describe lo que efectivamente sucede en el mundo. Aunque, repetidas veces defiende la legitimidad de tal derecho, bajo el argumento del derecho a la seguridad que todo ciudadano tiene.

Es interesante revisar la posición de Muñoz Conde²⁷⁵, en España, en una especie de polémica con Jakobs, en donde afirma que su derecho penal del enemigo se parece en mucho al ya descreditado derecho penal de autor. En lo que coincide Cancio

273 Con la detención en México de Ricardo García Urquiza, se habla de una nueva generación de narcotraficantes, a decir del titular de la PGR, “una persona preparada, profesionalista, no señalada”, que se mueve libremente, no utiliza coches ostentosos, tiene formación empresarial. AZ, “Detienen a heredero del cartel de Juárez”, Xalapa, Ver. 22 de noviembre de 2005, República, 4b.

274 JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005), *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 106 p.

275 MUÑOZ CONDE, Francisco (2005), *De nuevo sobre el <Derecho penal del enemigo>*, Hammurabi, Buenos Aires, 94 p.

Melia²⁷⁶ (en publicación conjunta con Jakobs). Muñoz Conde indica que cuando Jakobs identifica a los posibles enemigos, los señala por su ocupación profesional o pertenencia a una organización, se refiere a “cierto tipo de sujetos” y no a los hechos que realizan²⁷⁷. Asegura que un derecho penal excepcional es el que se está utilizando contra el terrorismo o la criminalidad organizada, en el que se rompen los parámetros generalmente aceptados del Estado de derecho.

Muñoz Conde alude a ejemplos en la legislación española en los que encontramos: penas desproporcionadas, un régimen de dureza extrema, anticipación de la intervención del derecho penal y un recorte de las garantías procesales²⁷⁸. Entre estas últimas: detención injustificada, violar la intimidad de las personas, obtener pruebas ilegalmente y utilizarlas en juicio, declaración del arrepentido, que en México se denomina “testigo protegido”.

La pregunta de fondo es si estas medidas, a pesar de encontrarse legalmente establecidas ¿son legítimas? Y están o no, en consonancia con el Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente.

Al respecto, la posición de Zaffaroni es muy clara, el “poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de *personas*, dado que sólo los consideraba como *entes peligrosos o dañi-*

276 Jakobs y Cancio, ob. cit.

277 Muñoz Conde, *De nuevo sobre...* p. 38.

278 *Ibidem*, p. 40.

nos”²⁷⁹. Por tanto, la discusión no es nueva sólo que ahora cobra relevancia por la magnitud de los hechos criminales que conocemos.

Además, afirma Zaffaroni, ese tratamiento diferenciado de los seres humanos es signo de un estado absoluto, porque esa discusión es eminentemente política y no penal, porque la doctrina y la legislación penal corresponden a un estado constitucional de derecho, sin excepciones. Y, concluye, “las concesiones del penalismo han sido, en definitiva, rémoras absolutistas” contra las que hay que luchar.

Lo que se discute es la admisibilidad del concepto de enemigo en el derecho penal, y en el derecho en general, en el contexto de un estado de derecho y lo importante no es si conserva o no derechos o cuál es el argumento que justifica la inclusión de esta categoría, sino más bien la aceptación misma de *otro* diferente y peligroso al ciudadano común. Lo más relevante para estas reflexiones es ¿hasta dónde puede flexibilizarse el poder de punición del estado que deja de lado los derechos humanos y las garantías procesales mínimas?

En la discusión de este conflicto y “contener el perverso efecto del concepto de *enemigo* en el derecho penal, no basta con precisar el concepto de enemigo, sino que también es menester precisar previamente lo que se entiende por *derecho penal*”²⁸⁰. Porque esta denominación se utiliza equívocamente, en contextos diferentes. Así, por un lado, tenemos el ejercicio real, sociológico del poder del estado, es decir, *el poder punitivo*. Por

279 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*, Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, p. 19.

280 *Ibidem*, p. 38.

otro, a la *legislación penal* referida al conjunto de preceptos normativos que regulan conductas y establecen penas y, una connotación más es la referida al *derecho penal* como doctrina jurídico penal, la ciencia del derecho penal.

Por supuesto, que cada uno de estos ámbitos tiene actores y consecuencias diferenciadas, que cuando se utilizan indiscriminadamente contribuyen a la confusión y a discusiones sin salida, ello impide, en muchas ocasiones consensos y acuerdos en cada uno de estos ámbitos.

Al referirse a las tácticas de contención del fenómeno criminal, Zaffaroni aclara que es unánime el acuerdo de que ese es el objetivo estratégico, el problema es la falta de consenso sobre cómo hacerlo. La aportación de Jakobs es poner el tema sobre la mesa con lenguaje crudo y directo, pero no va más allá para proponer qué hacer al respecto, es más, justifica ese trato diferencial para los sujetos peligrosos (“enemigos”) y con ello fractura el ideal del estado democrático de derecho, lo que por desgracia se ha hecho ya en múltiples ocasiones²⁸¹.

Precisamente en esa dinámica es importante subrayar que, al ceder terreno al estado de policía, éste crecerá desmesuradamente, en la medida en que el poder real se lo permita con argumentos de justificación como ‘la necesidad de la medida para mantener la seguridad’. Ello está ocurriendo en México con la militarización de la seguridad pública.

Por ello, las medidas de emergencia son siempre de naturaleza absoluta y dejan de lado el derecho de todos a la seguridad e integridad personal y colectiva, aunque su seducción es

281 Jakobs, Günther y Cancio Meliá, ob. Cit.

inobjetable ante la desmedida expansión del fenómeno criminal organizado y violento, debemos insistir en que el derecho penal tiene como elemento insustituible el respeto a los derechos y garantías de todos por igual, sin que una condición o situación diferencial pueda menoscabarlos.

Reflexión final: La consolidación de la línea de investigación

Lo que sigue es la síntesis conceptual de estos diferentes acercamientos a la línea de investigación. Me ha preocupado, sobre todo, la parte legal de los límites del poder de punición del Estado, tanto en el ámbito doméstico, como internacional. En donde dejo en evidencia que esos límites existen: Que el garantismo y el respeto a los derechos humanos son pilares para la aplicación de la ley penal y que los principios liberales siguen siendo sustanciales para el derecho penal.

Asimismo, he insistido en la necesidad del acercamiento político a la línea de investigación; ya que, en innumerables ocasiones, el poder de punición se ve matizado, o constreñido, más por razones políticas que jurídicas y ello implica ahondar en esos diferentes aspectos que están presentes, por ejemplo, en el escenario global en que se inserta la operación de la Corte Penal Internacional y la posición de Estados Unidos al respecto. O en lo que hoy denominamos “derecho penal del enemigo” que, como bien afirma Zaffaroni, obedece más a explicaciones políticas que jurídicas.

El interés fundamental, sin embargo, por este enfoque político del tema es, desde el origen de la línea de investigación, más conceptual y metodológico, que disciplinar. Es decir, en mi con-

cepción del poder de punición del Estado, considero que la conformación misma de un tipo de Estado, con un marco constitucional y jurídico específico, pero también con un determinado contexto real, es el elemento primario para entender el poder de punición. Por ello es que los tratados de derecho penal y criminología empiezan siempre con un recorrido histórico sobre las respuestas sociales que se ha dado a la cuestión criminal. Por tanto, no podemos conceptualizar, ni abordar científicamente, dicho poder de punición si antes no abundamos en el tipo de estado a que nos referimos.

Actualmente, los estados se definen a sí mismos como “estados democráticos de derecho” o “estados constitucionales de derecho” pero, sin duda, la legalidad y la democracia son diferentes en contextos específicos. En mi opinión, este es el aspecto que no he abordado suficientemente, y con claridad, en mi indagación sobre el poder de punición. Es un tema pendiente que, muy pronto, habré de desarrollar para tender a la consolidación de la línea de investigación. Este aspecto tendrá que ser complementado con la necesaria referencia al proceso penal y sus implicaciones “reales”, lo que significa atender a la necesidad de realizar investigaciones de sociología jurídica sobre la justicia penal.

Uno de los intereses más relevantes en mi labor de investigación es la dogmática penal, porque me resulta especialmente atrayente la dificultad conceptual de temas como la teoría del bien jurídico penal, la construcción dogmática del delito o la responsabilidad penal de la empresa. Ya que, en sí mismos, implican el reto de utilizar abstracciones conceptuales aplicables a

la solución de casos concretos y ello no siempre es fácil de realizar. En estos temas los estudios comparados son especialmente interesantes.

Otro de los aspectos sustanciales de estas investigaciones, de la parte sustantiva del derecho penal, ha sido recurrentemente, la necesidad de nuevas explicaciones dogmáticas para enfrentar conductas delictivas “*innovadoras*” para las cuales la visión tradicional no tiene respuesta. Por ello, mi interés permanente por lo que Silva Sánchez denomina derecho penal de dos (o tres o más velocidades), que actualmente se desarrolla en el derecho penal económico, porque ello también tiene una repercusión directa sobre el poder punitivo que se atribuye al Estado.

Este aspecto es *el tema* de la discusión sobre la cuestión criminal porque en él encontramos todas las *políticas de excepción* que los estados asumen para enfrentar la inseguridad pública, aunque dogmáticamente sea imposible justificarlas. Y me refiero, concretamente, a suprimir sistemáticamente derechos y garantías en ciertos tipos de criminalidad (como la organizada). Respuestas que, en sí mismas, llevan implícita la no legalidad y la no democracia. Pero, además, es algo que sucede en todas partes del mundo y, hasta ahora, es la respuesta más frecuente ante esta criminalidad que rebasa fronteras y pone en jaque la legitimidad de los estados.

En retrospectiva, puedo afirmar que los acercamientos a la línea de investigación sobre el poder de punición del Estado han sido adecuados y apasionantes, que hoy en día, más que nunca, es un tema que debe ser abordado, que las circunstancias actua-

les lo ponen en el primer orden de la discusión. Por tanto, es indispensable seguir trabajando en él con la misma visión interdisciplinaria, con el reto de volver cada vez más transdisciplinaria la explicación, sin omitir la complejidad de los fenómenos de que se ocupa. Lo cual no es fácil, ni metodológica, ni conceptualmente; sin embargo, el reto intelectual es lo que anima la investigación y, en la próxima década tendré que matizar y mejorar mi acercamiento al objeto de estudio de mi interés.

Han sido muchos y muchas quienes han animado esta discusión, tanto en fuentes vivas como escritas. A todos y todas, mi profundo agradecimiento por discutir conmigo los temas más relevantes de la ciencia jurídico penal contemporánea. Y, desde luego, mi compromiso por seguir adelante en esta maravillosa experiencia que es la investigación.

Fuentes de consulta

- Amnistía Internacional, *Resumen del Informe 2003 para Estados Unidos*. En: www.amnesty.org AI INDEX: AMR 51/045/2003.
- ATIENZA, Manuel (2003), *El sentido del derecho*, Barcelona: Ariel, 2ª edición.
- BACIGALUPO, Enrique (1990). *Principios de Derecho penal (parte general)*, Madrid: Akal, 2ª. Ed.
- BACIGALUPO, Silvina (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Bosch.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2001), "Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos cometidas en el extranjero", *el derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho judicial VII-2001, Consejo general del Poder judicial, Madrid.
- BARATTA, Alessandro (1990), "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico". *Revista Mexicana de Justicia*, No. 3, Vol. VIII, Jul-Sep, México, p.p. 19-20.
- BARATTA, Alessandro (1996), "Reintegración social. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización", *Dei Delitti e delle pene*. *Revista di studi sociali storici e giuridici sulla questione criminale*. 3/94, No. 3- anno IV - II serie. Gennaio.
- BECK, Ulrich (2004), *Poder y Contrapoder en la Era Global (la nueva economía política mundial)*, tr. R.S. Carbó, Barcelona: Paidós.

- BERDUGO GÓMEZ, Ignacio (1996). *Et. Al. Lecciones de Derecho penal* (parte general), Praxis, Barcelona.
- BOHM, D. y PEAT, F.D. *Ciencia, orden y creatividad (Las raíces creativas de la ciencia y la vida)*, Kairós, Barcelona, 1998, 299 p.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Angel (2004), "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismos de control social en las sociedades contemporáneas", en *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, España.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1978). "Política criminal e injusto", *Revue Internationale de Droit Penal*, año 49, No. 1.
- CANCINO, César (2001). "Crisis y transformación de la política (Reflexiones sobre el Estado finisecular)", *Metapolítica*, vol 5, ene/mar, México.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl (1970). *Derecho penal mexicano* (parte general), 9ª ed, Porrúa, México, 634 p.
- CASTELLANOS TENA, Fernando (1971). *Lineamientos elementales de derecho penal*, 6ª ed, Porrúa, México, 313 p.
- CASTELLS, Manuel (2004). *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol. I: La sociedad Red*, tr. Carmen Martínez Gimeno, México: 6ª ed. en español, Siglo veintiuno.
- CASTELLS, Manuel (2004). *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol. II: El poder de la identidad*, tr. Carmen Martínez Gimeno, 5ª ed. en español, Ed. Siglo veintiuno, México.
- CASTELLS, Manuel (2004). *La era de la información: economía, sociedad y cultura, Vol. III: Fin de milenio*, tr. Carmen Martínez Gimeno, México: 6ª ed. en español, Siglo veintiuno.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos (2000), "Presentación", *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Tirant lo blanch, Valencia.

Código penal de Veracruz (2004).

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2000) *La persona jurídica a la luz del derecho penal (un estudio de la responsabilidad penal colectiva)*, Universidad de Xalapa, México, 169 p.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2015) *Derecho penal económico en el contexto global: una mirada introductoria*, México: Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2002), "Diario de un desastre", *Universita*, No 10, año 4, Universidad de Xalapa, México, p.p. 24 a 31.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2003), "¿Existe un derecho penal del enemigo? En *Letras jurídicas*, año 4, No. 8, julio-diciembre 2003, Revista de investigadores del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana, México, p.p. 167 a 181.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2004), "El poder punitivo del estado mexicano (fundamentos y límites)", en *Una visión contemporánea del derecho penal*, Xalapa, Veracruz: Gobierno del Estado, Secretaría de Seguridad Pública, p.p. 157 a 234.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2004), *La justicia penal supranacional (el establecimiento de la corte penal internacional)*, Xalapa, México: Universidad de Xalapa, Arana.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2006). *La tutela penal de bienes jurídicos*, Xalapa, México: Universidad Veracruzana, 213 p.

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2006), "Libertad versus seguridad: las transformaciones del derecho penal en el contexto global" en *Transformaciones jurídicas en la globalización*, Memoria del Seminario Internacional de Derecho y Globalización, Xalapa, México: UV, UX, CONACYT, Cultura de Veracruz, p.p. 42 a 48.

- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2018). ¿Una disyuntiva posible? Enemigos vs ciudadanos en Sánchez, Vázquez, Rafael (coord.) Derechos humanos, seguridad humana, igualdad y equidad de género, México: CNDH, p.p. 277-298. Consultable en: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20190208_02.pdf
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. (2014). La construcción del derecho como objeto de estudio complejo, Revista Internacional de ciencias jurídicas, RICJ, año II, núm. 4, febrero-julio, consultable en: <https://revistainternacionalcienciasjuridicas.org/2014/08/24/la-construccion-del-derecho-como-objeto-de-estudio-complejo-rebeca-elizabeth-contreras-lopez/?msg=fail&shared=email>
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E. y CONTRERAS LÓPEZ, Miriam E. (2007), *Derecho penal y globalización: ¿un cambio de paradigma?*, Xalapa, México: UV, CONACYT, Arana.
- CÓRDOBA ELÍAS, J.P. (2003), “Reflexiones sobre la globalización y el estado-nación contemporáneo”, en DÍAZ MÜLLER, Luis T. (coord), *Globalización y Derechos Humanos*, UNAM, México.
- DELGADO, Isabel Lirola y MARTÍN, Magdalena M. (2001), *La Corte Penal Internacional (Justicia versus Impunidad)*, Ariel, Barcelona.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura (2002). *La globalización del Derecho (los nuevos cambios de la regulación y la emancipación)*, Tr. César Rodríguez, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, ILSA.
- Diario ABC*, “Un informe oficial de EE.UU. admite abusos a centenares de detenidos tras el 11-S”4 de junio 2003, año C, no. 31961, España.
- Diario AZ*, “Detienen a heredero del cartel de Juárez”, Xalapa, Ver. 22 de noviembre de 2005, República, 4b.

- DÍAZ-ARANDA, Enrique (2004), *Derecho penal. Parte general*. México: Porrúa, 2ª. Edición.
- El Mundo*, 2 junio 2003, España.
- El País*, 3 junio 2003, año XXVIII, no. 9500, España.
- ESCALANTE GONZALVO, Fernando (1992). *Ciudadanos Imaginarios. Memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República Mexicana – Tratado de moral pública*, El Colegio de México, 293 p.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción (2000), “La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal internacional”, *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Tirant lo blanch, Valencia.
- FARALDO CABANA, Patricia (1996). *Los delitos societarios*, Tirant lo blanch, Valencia.
- FARIA, José Eduardo (2001), *El derecho en la economía globalizada*, tr. Carlos Lema, editorial Trotta, Madrid.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo (2000), “El Derecho aplicable por la Corte Penal Internacional”, *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo general del Poder judicial, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid.
- FOUCAULT, Michel (1991), *Vigilar y Castigar (nacimiento de la prisión)*, tr. Aurelio Garzón del C. México: Siglo XXI.
- GADAMER, Hans-Georg (1991), *La actualidad de lo bello (el arte como juego, símbolo y fiesta)*, Tr. Antonio Gómez, Barcelona: Paidós.
- GARCÍA CORDERO, Fernando (1999). “La crisis del sistema penal mexicano”, *Criminalia*, Porrúa, año LXV, No. 1, ene-abr, México, p.p. 100-101.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 50ª ed., Porrúa, México, 1999.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Espasa Calpe, Madrid, 1988.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás (1996). *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, España: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- GEORGE, Susan (2004) ¿Globalización de los derechos? En *La globalización de los derechos humanos*, Barcelona: Crítica, p.p. 23-48.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990). “¿Tiene un futuro la dogmática penal?”, *Estudios de derecho penal*, Madrid: Tecnos, p.p. 140-161.
- GIORDANO, Eduardo (2003). *Las guerras del petróleo, Geopolítica, economía y conflicto*, Icaria- Antrazyt 185, 2ª ed, Barcelona, 2003.
- GLUCKSMANN, André (2002), *Dostoievsky en Manhattan*, tr. María Cordon, Taurus, Madrid, 260 p.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1983). “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, No. 69, nueva época, otoño, Madrid.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (2006), *La construcción del derecho (métodos y técnicas de investigación)*, México: UNAM, 2ª. Edición.
- GRACIA MARTÍN, Luis (2003). *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, tirant lo blanch, Valencia.
- GUERRA, Francois-Xavier (1988). *México: del Antiguo Régimen a la Revolución*, tr. Sergio Fernández, Tomo I, FCE, México.
- HABERMAS, Jürgen (2000). *La constelación posnacional (ensayos políticos)*, tr. Fabra Abat, Gamper Sachse y Pérez Díaz, Barcelona: Paidós.

- HASSEMER, Winfried, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1995.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1989), *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, España: Tirant lo blanch.
- HEINE, Günter (2001). “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia.
- HELD, David (1992). *Modelos de democracia*, tr. Teresa Alberó, Alianza editorial, Madrid.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar (2003). *Metodología de la investigación*, México: 3ª edición, Mc Graw Hill.
- HERNÁNDEZ VEGA, Raúl (1993). *Poder y sociedad civil (ensayos exploratorios)*, estudios jurídicos y políticos, Universidad Veracruzana, Xalapa, México.
- Instituto Max Planck de Friburgo (2001). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia.
- JAKOBS, Günther (1996). *La imputación objetiva en derecho penal*, tr. Cancio Meliá, estudio preliminar por Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid.
- JAKOBS, Günther (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Tr. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez. Civitas, Madrid.
- JAKOBS, Günther (1997). *Derecho Penal (parte general). Fundamentos y teoría de la imputación*. Trs. Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, 2ª. Ed. Corregida, Madrid.
- JAKOBS, Günther (1997). *Estudios de Derecho penal*, tr. Peñaranda, Civitas, Madrid.

- JAKOBS, Günther (2005), *El fundamento del sistema jurídico penal*, trs. Cancio Meliá, Feijoo Sánchez y Sánchez-Vera, ara editores, Peru.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2005), *Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 106 p.
- JESCHECK, Hans-Heinrich *Tratado de Derecho penal* (parte general), Tr. Mir Puig, Bosch, Barcelona.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1980). *La ley y el delito*, (principios de derecho penal), 10ª ed, Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 578 p.
- JOLIOT, Pierre (2004), *La investigación apasionada*, tr. Consol Vilá, México: FCE, 105 p.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, tr. Roberto J. Vernengo, 13ª ed., Porrúa, México, 2003.
- KAGAN, Robert (2003). *Poder y debilidad (Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial)*, tr. Ramírez Trapero, Taurus, Madrid.
- KUHN, Thomas S. (1971), *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México.
- LARENZ, Karl *Metodología de la ciencia del derecho*, tr. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2001.
- LEA, John (2006), *Delito y modernidad (nuevas argumentaciones en la criminología realista de izquierda)*, México: Ed. Coyoacán.
- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (1997). *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México: la encrucijada entre la tradición y modernidad*, UNAM, IJ.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego (2000), "La represión de los crímenes contra la humanidad en el Derecho Internacional", *Crimen internacional y jurisdicción universal (el caso Pinochet)*, Tirant lo blanch, Valencia.

- LUHMANN, Niklas (1998), "Complejidad y Democracia" en *Teoría de los Sistemas Sociales* (artículos), Universidad Iberoamericana, México.
- LUHMANN, Niklas (1998). *Teoría de los sistemas sociales: artículos*, tr. Amada Flores y otros, Universidad Iberoamericana-ITESO, México.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio, *El país*, 25 de abril de 2003.
- MIR PUIG, Santiago (1994). *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (1999). *Política criminal y reforma penal (Algunas bases para su democratización en México)*, México: CEPOLCRIM- ius poenale.
- MORIN, Edgar (1995), Introducción al pensamiento complejo, Barcelona: tr. Marcelo Pakman, Gedisa, 2ª. Ed.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2005), *De nuevo sobre el <Derecho penal del enemigo>*, Hammurabi, Buenos Aires, 94 p.
- NYE, Joseph S. (2003). *La paradoja del poder norteamericano*, Taurus, 303 p.
- OPPENHEIMER, Andrés (1996). *México: en la frontera del caos. La crisis de los noventa y la esperanza del nuevo milenio*. Javier Vergara editor, México.
- PADOVANI, Tullio. *Diritto penale*, seconda edizione, Giuffré editore, Milano.
- PAGLIARO, Antonio (1987). *Principi di Diritto penale (parte generale)*, 3ª. Ed, Giuffré editore, Milano.
- PALIERO, Carlo Enrico (2001). "Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano", *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo blanch, Valencia.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco (1984). *Manual de derecho penal mexicano*, 6ª ed, Porrúa, México, 524 p.

- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco (1989). *La causalidad en el delito*, Porrúa, México.
- PAZ, Octavio (1986). *El laberinto de la soledad*, FCE, México.
- PELÁEZ MARÓN, José Manuel (2000), "El Desarrollo del Derecho internacional penal en el siglo XX", *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo general del Poder judicial, Madrid, p.p.92 a 105.
- PEREDA, Carlos. *Razón e incertidumbre*, Siglo XXI, México, 1994, 308 p.
- PINTAMALLI, Alejandro. "La larga espera de los presos de Guantánamo", 06.12.2002. En: www.rnw.nl/informarn/html/act021206_guantanamo.html
- PIÑERA SÁNCHEZ, Fernando (2003), "Irrenunciabilidad del Estado al fin esencial de la seguridad pública", en SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto (Coord), *Política criminal. La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de seguridad*, memoria del segundo Congreso Internacional de Política Criminal, UNAM, posgrado Derecho, México, octubre 2003.
- PUTIN-BUSH (rueda de prensa), San Petesburgo, 30 mayo 2003, Informativo televisado CNN plus, España.
- REMIRO BROTONS, Antonio (2001), "Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial", *el derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho judicial VII-2001, Consejo general del Poder judicial, Madrid, p.p. 67 a 150.
- REY MARCOS, Francisco. "Derecho Internacional y prisioneros de guerra", 23.01.2003 Madrid. En: www.rnw.nl/informarn/html/act020123_derechoyprisioneros.html
- ROXIN, Claus (1976), *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid.
- ROXIN, Claus (1989). *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 279 p.

- ROXIN, Claus (1997), *Derecho penal* (parte general), T. I, (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Trs. Luzón Peña, Díaz y García y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.
- RUDOLPHI (1991), Hans-Joachim “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tr. Silva Sánchez, Tecnos, Madrid.
- RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, “Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?”, *La criminalización de la barbarie: La Corte Penal Internacional*, Consejo general del Poder judicial, Madrid, 2000.
- SÁINZ CANTERO, José A. (1990), *Lecciones de Derecho Penal* (parte general), Bosch, España.
- SALAZAR, Ana María (2002), *Seguridad nacional hoy. El reto de las democracias*, Nuevo Siglo-Aguilar, México.
- SÁNCHEZ AZCONA, Jorge (1990). *Reflexiones sobre el poder*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto (Coord.), *Política criminal. La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de seguridad*, memoria del segundo Congreso Internacional de Política Criminal, UNAM, posgrado Derecho, México, octubre 2003.
- SCHÖNE, Wolfgang (1993). “Corrientes internacionales de la reforma en materia penal”. *Criminalia*, año LIX, No. 2, México, may-agos, Porrúa.
- SCHÜNEMAN, Bernd (1991), “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, tr. Silva Sánchez, Tecnos, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Ma. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús Ma. (2001). *La expansión del derecho penal (aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales)*, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid.
- TENORIO TAGLE, Fernando, (2003). “La razón extraviada y las nuevas manifestaciones de la cuestión criminal” en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés (Coord), *Globalización e internacionalización del Derecho penal (Implicaciones político-criminales y dogmáticas)*, México: CEPOLCRIM.
- TIEDEMANN, Klaus (2000). *Prólogo*, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzandi, Navarra, España.
- TODD, Emanuel (2003). *Después del Imperio (ensayo sobre la descomposición del sistema norteamericano)*, tr. Sánchez-Silva, Foca, Madrid.
- VARGAS SÁNCHEZ, Lorenzo I. (2003), “Seguridad Nacional y Política Criminal. Reflexiones categoriales en torno al tema de la Política Criminal como instrumento de control social contra los movimientos de resistencia en América Latina” en SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto (Coord.), *Política criminal. La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de seguridad*, memoria del segundo Congreso Internacional de Política Criminal, UNAM, posgrado Derecho, México, octubre 2003.
- VÉDRINE, Hubert (2003). Entrevista en *Política exterior*, mayo-junio, Vol. XVII, No 93, Madrid, p.p. 33 a 38.
- VILAR, Sergio. *La nueva racionalidad (Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios)*, Kairós, Barcelona.
- WEINBERGER, Eliot (2003). “Nueva York (Dieciséis meses después)”, *Letra internacional*, número 78, primavera, Madrid.
- WELSSELS, Johannes (1980), *Derecho penal (parte general)*, Tr. A. Finzi, Depalma, Buenos Aires.

- WELZEL, Hans (1970). *Derecho penal alemán* (parte general), tr. Juan Bustos y Sergio Yañez, 11a. ed, Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- WELZEL, Hans (1980), *Derecho penal (parte general)*, Tr. A.Finzi, Desalma, Buenos Aires.
- WOLTER, Jürgen (1991), “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, tr. Silva Sánchez, Tecnos, Madrid.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1989). *En busca de las penas perdidas* (deslegitimación y dogmática jurídico-penal), Ediar, Argentina.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1991). *Manual de Derecho penal (parte general)*, Cárdenas editor, México.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*, Universidad Santo Tomás, Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia.
- ZOLA, Émile, “*Edouard Manet. Un ensayo estético*” (París, 1867), en *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, No. 87, mayo-junio 2003, Madrid, tr. José Antonio Millán (2003), p.p. 65 a 101.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (2002), *Et. Al. Derecho penal (parte general)*, Tirant lo blanch, Valencia.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2000). “Los delitos societarios: entre las transformaciones del derecho penal y del derecho de sociedades”, *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2000). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzandi, Navarra, España.