

Consideraciones previas en torno a una política criminal en escenarios multiculturales

Julio César Kala*

Resumen

Los derechos humanos constituyen el eje de la organización política-jurídica de las sociedades contemporáneas. Sin embargo, a pesar de las conquistas logradas en el terreno de la política criminal, persisten aún pendientes sustanciales, entre ellos la integración de la categoría “identidad cultural” de los pueblos originarios en el marco jurídico penal nacional. En este artículo se presenta un primer acercamiento de análisis, desde la perspectiva garantista, sobre algunos elementos que permitirán argumentar la compatibilidad de la noción “autonomía plena de los pueblos originarios” con el marco jurídico penal nacional, en el contexto de los derechos humanos.

Abstract

Human rights are the backbone of the political-legal organization of contemporary societies. However, despite the gains achieved in the field of criminal policy, major pending issues remain, including the integration of the concept of “cultural identity” of native peoples in national framework of criminal law. A preliminary approach is presented from the guarantee-based perspective of the analysis of elements that will make it possible to argue that the notion of “full autonomy of native peoples” is compatible with national criminal legal framework in the context of human rights.

Introducción

En el ámbito de la política pública y en el terreno de la opinión pública de las sociedades occidentales contemporáneas, la discusión política criminal-derechos humanos se ha centrado preponderantemente en la vulneración de éstos y en la falta de escenarios sociales que garanticen su seguridad.

Se ha dado por sentado que la vigencia del Estado de derecho está definida por la producción legislativa.¹ Sin embargo, desde la sociología jurídica crítica (Sousa, 2009), una parte importante de la reflexión se ha centrado en el análisis de su vigencia fáctica.

En este contexto se apuntan algunas consideraciones al respecto: si bien, por un lado, en las democracias contemporáneas se han logrado conquistas importantes, por el otro éstas se encuentran acotadas por la injerencia de actores económicos y políticos que muchas veces están por encima de las decisiones de los Estados nacionales contemporáneos.

Es necesario recordar que el Estado, como formalización jurídica del pacto político, surge para proteger a sus asociados de la violencia de otras personas² o grupos y para brindar el mayor

* Profesor-investigador, Departamento de Derecho, Universidad de Guanajuato (jckala@ugto.mx).

¹ Identificando al Estado de derecho únicamente con su primer estadio, el *paleo-iuspositivista* (Ferrajoli *apud* Carbone, 2005).

² Antecedentes remotos del contractualismo se encuentran en Hobbes. En su *Leviatán* expone la necesidad de crear, a través del contrato social, un ente supremo con autoridad –violencia– tal que impida la violencia entre particulares (Hobbes, 2003). Esta concepción, fundada en la violencia, institucionaliza la razón de Estado en la que el ejercicio de la violencia posibilite la vigencia de las normas y de la convivencia social pacífica. En su orientación más radical ha sido una fuente importante de argumentos totalitarios.

bienestar posible. Por eso la disminución de la violencia y de sus efectos es uno de sus cometidos esenciales.³ Con fundamento en el contrato que lo crea, el Estado asumió el monopolio irrestricto de la creación y la aplicación del derecho, subsumiéndose él mismo en esta dinámica. Por ser una entidad instituida *ex profeso* para proteger a sus creadores, requiere que el aparato público le dé vida en caso de una ruptura de la norma y actúe ejerciendo la violencia mínima indispensable para reaccionar contra el infractor en el despliegue legítimo de la violencia institucional en el ejercicio del *ius puniendi* (Ferrajoli, 2010).

Estado de derecho

Con la aparición del Estado de derecho⁴ se dio un gran paso en la construcción de la democracia. Del Estado ilustrado⁵ a sus configuraciones contemporáneas se ha logrado un avance importante. Las expectativas que ofrece este modelo de organización estatal lo han promovido como el modelo político-jurídico de los Estados occidentales contemporáneos por el reconocimiento de los derechos humanos y los mecanismos creados para su protección y su ejercicio pleno, y gracias a la construcción de escenarios en los que la libertad y la seguridad sean el soporte de la vida social.

El estadio superior de este paradigma, el Estado constitucional (Kuhn, 2007), se caracteriza por dos particularidades: i) por su vinculación a una constitución rígida y ii) porque las condiciones de validez normativa trascienden la fuente formal de producción legislativa y dependen, sobre todo, de su congruencia con el con-

tenido de los principios constitucionales, los derechos fundamentales. Estas dos características constituyen el núcleo duro, los irrenunciables de este estadio.

Por esta razón, y en este nivel, es posible suponer la existencia de una norma válida, consecuentemente vigente pero sustancialmente inválida debido a su sentido, a su contenido o a su antagonismo con los principios constitucionales. Por esta circunstancia, la interpretación normativa adquiere una gran relevancia: altera la función jurisdiccional debido a que, en este nivel, la aplicación de la ley requiere inicialmente la evaluación de su consistencia con los principios constitucionales, ya que sólo si es constitucionalmente válida, congruente con los derechos fundamentales, resulta válida su aplicación. Por ello la interpretación normativa y, en su caso, la solución de antinomias o lagunas, ha de estar orientada por las garantías existentes o por la proyección de aquellas que falten, por lo que constituyen un juicio sobre la propia ley y, al mismo tiempo, un ejemplo de heurística positiva desde la perspectiva de un programa penal constitucional.⁶ “En el Estado constitucional de derecho la constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.”

Sin embargo, durante las últimas décadas, particularmente en el terreno de la política criminal, este modelo de Estado ha sufrido grandes perturbaciones formales que han repercutido en el diseño y aplicación de la política criminal, que pone en evidencia una fuerte crisis del contrato social;⁷ por ejemplo, la instauración de una doble orientación del sistema de justicia penal, una dirigida a la delincuencia convencional y otra a la denominada delincuencia organizada, en la que se han flexibilizado las garantías y con ello vulne-

³ Frente al criterio de autoridad hobbesiano, Locke subrayó los derechos –naturales– del individuo frente al Estado, por lo que éste se convierte en su garante, supeditando su legitimidad al cumplimiento de este cometido en el marco del reconocimiento de la pluralidad social. Sus ideas sobre la separación de poderes permitirían a Montesquieu elaborar la teoría de la separación de poderes (Locke, 2005).

⁴ El Estado kantiano constituye la primera conceptualización de este modelo de Estado: “[...] Es menester salir del Estado natural, en el que cada cual obra según su antojo y convenir con todos los demás (cuyo comercio es inevitable) en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada y, por consiguiente, entrar en un Estado en el que todo lo que debe reconocer como lo suyo de cada cual es determinado por la ley y atribuido a cada uno por un poder suficiente, que no es del individuo, sino un poder exterior. En otros términos es menester ante todo entrar en un Estado civil [...]” (Kant, 1968: 141).

⁵ “[...] el Estado es la respuesta histórica al anhelo de conciliar con fundamento en la razón la libertad del hombre expresado en un contrato [...]” (Rosseau, 1996: 43-48). Por ello, uno de los cometidos del Estado es proporcionar seguridad a los individuos, en sus bienes y en su persona, así como garantizar el más amplio ejercicio de sus derechos.

⁶ Requisito ausente en el modelo anterior, el *paleo-iuspositivista*, que produce al Estado legislativo de derecho. El Estado legal, primer producto del Estado de derecho, se caracteriza porque la legitimación de la norma es producto de la autoridad legislativa, de la fuente de producción, de la legalidad y de la formalidad de los actos normativos.

⁷ Sousa identifica tres postulados del contrato social: i) un régimen general de valores, ii) un sistema de medidas y iii) un espacio tiempo privilegiado. “Tal régimen parece hoy en día incapaz de resistir la creciente fragmentación de la sociedad, dividida en muchos *apartheids*, polarizada a lo largo de muchos ejes económicos, políticos y culturales” (Sousa, 2006). La política criminal, como concreción de la orientación política del Estado, ha promovido Estados de exclusión. Asimismo, Ferrajoli (2006) ha dado cuenta de la crisis no sólo del contrato social, sino del paradigma del Estado de derecho.

rado derechos del gobernado, circunstancia que ejemplifica un claro y grave retroceso democrático.

La lucha por el bien común, fundamento del pacto social, parece haber perdido su significado primigenio. La polarización promovida por la política criminal obstaculiza la búsqueda de alternativas que enfrenten racionalmente el conflicto penal, con independencia de la categorización establecida actualmente: convencional-organizada.

En un Estado democrático, la política criminal, por ser una política pública, no escapa a estas consideraciones. Su diseño, implementación y evaluación han de regirse por las directrices emanadas de los fines y cometidos del Estado, entre ellos los de protección de la persona, al margen de cualquier pretensión instrumental referida a la seguridad, donde las conquistas son antonomasias irretroactivas.

Estado constitucional y derechos humanos

El reconocimiento y la efectividad de los mecanismos que hacen valer los derechos humanos identifican la orientación del modelo político jurídico de los Estados nacionales. En la actualidad, nominalmente el Estado constitucional es el referente occidental; por eso mismo, en el terreno penal el programa tendría que ser constitucional y debería estar orientado por los principios constitucionales de las democracias contemporáneas.

El programa penal debería seguir los principios de un Estado constitucional:⁸ *i)* fundamentales de la dignidad humana, *ii)* de la libertad, *iii)* de la igualdad, *iv)* de la estructura del Estado, y *v)* de los fines del Estado social y democrático de derecho. En las relaciones tensas, por ejemplo entre los principios fundamentales y los principios relativos a la estructura y fines del Estado, el principio *pro homine* resolverá la tensión.

La subordinación de la ley a los principios constitucionales representa un aporte importante en la construcción permanente de la democracia contemporánea, impone límites a los derechos constitucio-

nales de las mayorías y configura otras garantías de los derechos de todos. En este esquema el derecho alcanza su más alto desarrollo “por la sujeción a la ley, incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación ya no sólo del ser del derecho, es decir, de sus condiciones de ‘existencia’, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de ‘validez’” (Ferrajoli, 2005).

Al margen de estas consideraciones, *de facto* el papel garantista de la Constitución es afectado, entre otras circunstancias, por: *i)* las peculiaridades de la democracia representativa, *ii)* la injerencia de los centros de poder económico en las decisiones de los Estados nacionales (Camou, 1995) y *iii)* “la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja” (Bobbio, 1989: 103),⁹ circunstancias que requieren alinear las respuestas con los principios fundamentales del modelo político-jurídico occidental contemporáneo: el Estado constitucional.

Asimismo, las democracias constitucionales se caracterizan por la supremacía de los derechos humanos en su ley fundamental, definida ésta por cuatro tesis: *i)* máximo rango, *ii)* máxima fuerza jurídica, *iii)* máxima importancia del objeto y *iv)* máximo grado de indeterminación (Alexy, 2005). Estas características también conforman el núcleo duro de un programa penal constitucional, y lo distinguen de otro derivado de principios político-jurídicos diversos a las democracias constitucionales, por lo que también forman parte de los irrenunciables.

La primera tesis: máximo rango de los derechos fundamentales en la estructura normativa del Estado, se concreta al ser regulada en la Constitución y por ser ésta la ley máxima. Por medio del principio *lex superior derogat legi inferiori* se establece una relación vinculante del derecho constitucional con el local, confiriéndole vigencia plena; por ello, cualquier norma jurídica que lo infrinja será inconstitucional y, consecuentemente, nula por regla general.

En este sentido, y en la materia, los tratados internacionales signados por el Estado serán norma constitucional, debido a que los derechos humanos, por antonomasia, no se enuncian limitativamente, sino con

⁸ Alexy indica seis principios contemplados en el modelo alemán; alude a la ley fundamental referida a la Constitución alemana, pero sólo expone cinco: *i)* principios fundamentales de la dignidad humana, art. 1°; *ii)* de la libertad, art. 2°; *iii)* de la igualdad, art. 3°; *iv)* de la estructura del Estado, art. 20, y *v)* de los fines del Estado social y democrático de derecho, art 28.1. Un artículo que se encuentra cercano a un principio fundamental es el 20a, “Protección de los fundamentos naturales de la vida” (Alexy, 2005: 31-36). Estos principios constituyen el núcleo duro de un Programa Penal Constitucional y representan sus irrenunciables.

⁹ Bobbio (1989:103) identifica tres circunstancias: *i)* sobrecargo, incremento de las demandas sociales y la capacidad –limitada– de respuesta del sistema político; *ii)* conflictos propios de las democracias, y *iii)* distribución del poder.

pretensiones extensivas, hasta lograr el reconocimiento estatal.¹⁰

Respecto de la segunda tesis, por ser los derechos humanos vinculantes con los ámbitos del ejercicio del poder y para los niveles de gobierno de la administración pública, se encuentran dotados de la máxima fuerza jurídica. Para el legislativo ya no sólo es necesario reconocer los derechos fundamentales en el marco de las leyes, sino que también es imprescindible cambiar el paradigma legislativo y resulta menester enmarcar la ley en los derechos fundamentales.¹¹ Para el Ejecutivo se demandan líneas de actuación consistentes a éstos, por ser derecho positivo y vigente; y para el Judicial, los principios constitucionales representan la guía de interpretación y aplicación de la ley, desplegando todo su vigor en la relación de los particulares con el Estado, así como entre los propios particulares. Así, el control se ha de encontrar puntualmente observado por todos los tribunales, del inferior al superior, ya que con una sola disposición constitucional no controlable judicialmente se abre la puerta para la pérdida de su necesidad.¹² Los derechos fundamentales permean el derecho en su totalidad como juicios de valor objetivos, no obstante las

¹⁰ Previsto en el artículo 30 de la Ley Fundamental del Estado Alemán, al señalar la prioridad del derecho federal frente a las competencias estatales (Alexy, 2005). Igualmente identificado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala la supremacía constitucional y la jerarquía normativa de leyes federales y tratados internacionales, así como la sujeción de las entidades federativas a dichas disposiciones. Las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos en México, del 10 de junio de 2011, puntualizan aún más esto. En el artículo 105 se refiere: "Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: [...] g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal" (*Diario...*, 10 de junio de 2011).

¹¹ El propio modelo de Estado constitucional limita la producción legislativa en contra de los derechos fundamentales de todos; por ello, para evitar la tiranía de las mayorías, incluso de las unanimidades, el Tribunal Constitucional se erige como árbitro máximo en los conflictos que atenten contra los derechos humanos. Respecto al problema de la aparente paradoja que plantea el binomio mayoría-minoría, "el control de un poder no-mayoritario, sujeto exclusivamente a la Constitución, es imprescindible para dotar de eficacia la subordinación a las disposiciones constitucionales de los poderes mayoritariamente [incluso los unánimemente] legitimados" (Gómez, 2004: 29).

¹² El poder vinculatorio para el Ejecutivo es evidente desde el derecho positivo; el problema radica en el control del legislador (Ferrajoli, 2005).

críticas de su constitucionalización garantizan la realización plena de los fines del Estado.

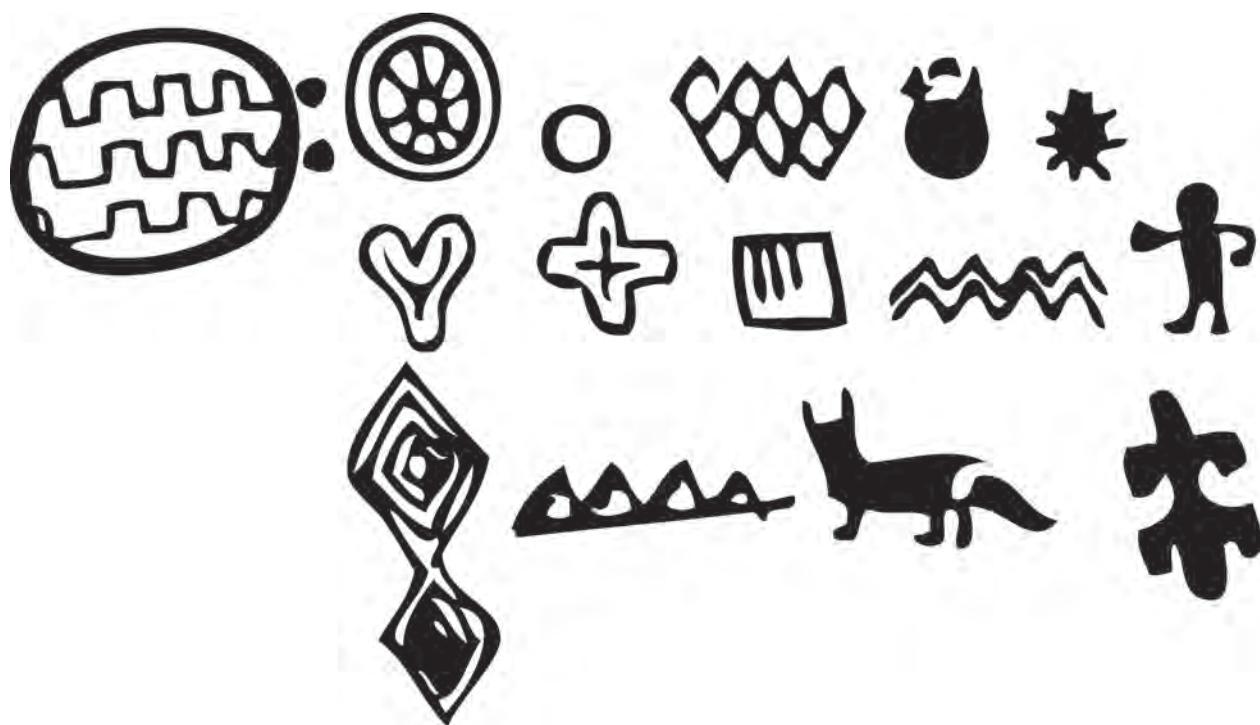
La tercera tesis, la máxima importancia del objeto, se refiere a la estructura básica de las sociedades y al fin del propio Estado. Su relevancia estriba en la regulación de derechos específicos considerados como fundamentales y, por tanto, objeto de protección y reconocimiento constitucional. En este mismo contexto Rawls (2003) concibe a la justicia como equidad, como un modelo democrático, como un sistema de cooperación social constituido por ciudadanos que se conciben como libres e iguales; parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactúan bajo condiciones equitativas de orden constitucional y político que da forma a la estructura básica de la sociedad (Cachumbé, 2003: 7-33). Con esta definición de justicia, Rawls (2003) enuncia dos principios: el de la libertad y el de la diferencia. El primero establece que las personas que participan o son afectadas por alguna práctica social tienen el derecho a la más amplia libertad, compatible con una libertad similar para todos; el segundo establece que las desigualdades son arbitrarias, a menos que de ellas se espere el beneficio colectivo, siempre y cuando éstas sean igualmente posibles para todos. "Estos principios expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común" (*idem*).

La cuarta tesis, el máximo grado de indeterminación, constituye una de las características fundamentales de este modelo y de los cometidos del Estado. No es posible identificar los derechos fundamentales sólo en la literalidad del texto de la Carta Magna,¹³ ya que éstos se vislumbran a través de la interpretación: "La interpretación de la ley fundamental no sólo suscita meditaciones serenas, sino también confrontación en la arena política. En este sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales" (Alexy, 2005).¹⁴ Los principios de la norma constitucional no se restringen al texto; son la idea general; no existe un significado único previo a la interpretación.¹⁵

¹³ "[...] en relación con las estructuras de los catálogos no siempre resulta claro si a las diferencias terminológicas puede vincularse una diversa posición respecto de las garantías o jerarquía en cuanto a los niveles de tutela [...]" (Rolla, 2008: 32).

¹⁴ Éste, en el caso alemán, es el Tribunal Constitucional Federal.

¹⁵ En torno a la interpretación *in abstracto* o *in concreto*, Guastini (2005: 56-57) menciona necesaria la concurrencia de las dos características, ser *in concreto* y estar vinculada con la constitución y no *in abstracto* e inconstitucional, a lo que denomina interpretación adecuada por ser armónica con el ordenamiento supremo, pero requiere un serio y comprometido ejercicio de reflexión y apego a los principios constitucionales.



Si bien la democracia se fortalece día tras día por medio del reconocimiento de los derechos humanos y la creación de condiciones y mecanismos que posibiliten su ejercicio pleno, estas cuatro máximas revelan, *de facto*, la solidez de las pretensiones constitucionales de los Estados contemporáneos.

Por otro lado, los derechos humanos son conquistas irretroactivas que pertenecen a las democracias contemporáneas, al modelo de Estado occidental; son su fundamento y límite. Por ello los Estados nacionales que adoptan este modelo político-jurídico no pueden apelar a la soberanía ni a la supremacía de la autodeterminación estatal para inclinar la balanza a favor de la seguridad en detrimento de los derechos humanos.¹⁶

Política criminal en un Estado constitucional

La política criminal es una política más de Estado. Como tal ha de estar dirigida a cumplir los fines del mismo (Ross, 1994), inscrita en el modelo político-jurídico que orienta el sentido de actuación del poder y del aparato público. Esta política pública, referida a lo penal, define las conductas delictivas y los mecanismos de

reacción institucional contra ellas a través del sistema de justicia penal.

La política criminal orienta y conforma a un sistema jurídico penal, en el que se integran las tres esferas del poder público y los tres niveles de ejercicio del mismo, donde la criminología¹⁷ aparece indisolublemente ligada a ella, particularmente por su análisis, en términos del fundamento teórico y operación de las instituciones que conforman este sistema. De esta manera, Bustos (2010) agrega:

La dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición. Por eso y en forma más precisa, la dogmática penal no puede pensarse como algo autónomo y válido en sí mismo, sino sólo desde la política criminal. Más aún su sentido desde la política criminal es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso

¹⁶ Los derechos humanos ahora constituyen un régimen internacional, constituido alrededor de tres documentos y conjuntos de estándares principales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, vigente desde el 3 de enero de 1976, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, vigente desde el 23 de marzo de 1976.

¹⁷ Al amparo del término “criminología”, actualmente coexisten en México diversas concepciones en torno al análisis de la actividad delictiva, algunas de ellas mutuamente excluyentes; por ello, “decir, en efecto, que la criminología es aquella parte de la ciencia que se ocupa del estudio empírico de la criminalidad, es no decir mucho o casi nada si no se dice antes qué es lo que se entiende por criminalidad. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo tipo” (Hassermé y Muñoz, 1989). Aunado a esta problemática, tradicionalmente se le ha asignado a la criminología la tarea de examinar las conductas sociales desviadas, incrementando doblemente la complejidad de su objeto de estudio, en un sentido por la doble acepción de la definición de caso (Gorenc y otros, 1999), así como el delito-conducta desviada, y en otro por la relatividad propia del referente de ambos significados.

penal, en cuanto el proceso es uno de los ámbitos básicos en que se ejecuta la política criminal.

Los Estados con pretensiones constitucionales fincan sus relaciones con las personas en el reconocimiento de éstas como entes autónomos, con derechos y garantías, por ello, su programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios para el ejercicio de la libertad; no puede partir de la premisa del imperativo de la norma penal y de su función motivadora, ya que esto revelaría el fracaso del contrato social y el imperio de la violencia institucionalizada, el precepto jurídico simplemente instruye o informa sobre los modelos de comportamiento y sus consecuencias jurídicas. En las democracias constitucionales, la política criminal no puede configurarse para limitar el ejercicio de los derechos de una persona o eliminarlo en cuanto tal.¹⁸

El sistema penal, violento por definición, representa el talón de Aquiles de los Estados democráticos. Conlleva violencia sobre las personas y, por tanto, una contradicción con la finalidad perseguida: libertad libre de violencia. Por ello, la violencia que ejerza ha de ser la mínima necesaria en sí misma, no en relación con otra, lo cual excluye por supuesto la violencia excesiva, como la pena de muerte, el presidio perpetuo, las penas privativas de libertad largas y la disminución de garantías. Por el contrario, hay que privilegiar formas alternativas al control penal, no *prima facie*, sino *ultima ratio*.

Sin embargo, de las aportaciones de Rawls (2003) que han revitalizado el contractualismo como criterio legitimador del orden social, y de las contribuciones de Ferrajoli (2001 y 2005) al constitucionalismo contemporáneo, en algunas sociedades actuales, entre ellas la mexicana, se han asumido contingentemente sus contenidos, alejándose de los planteamientos kantianos que fundamentaron la teoría clásica del contrato social. Entre los principios rectores de una intervención penal garantista que se han vulnerado en el diseño y aplicación de la política criminal contemporánea resaltan, entre otros, utilidad, intervención mínima, neutralización de la víctima y mínima lesión.

Por otra parte, con las recientes reformas constitucionales mexicanas en materia de derechos humanos parecía que se abría una posibilidad para que, por lo

menos en el terreno de la intervención penitenciaria, los derechos humanos primaran sobre la represión y nulificación del responsable penal, que si bien transgredió la norma, sigue siendo persona y por ello es titular de derechos humanos. Sin embargo, las pretensiones instrumentales aún están presentes, pues pese a los logros obtenidos, el anhelo preventivo readaptatorio subliminalmente está presente; la pretensión penitenciaria continúa centrada en la no reincidencia como criterio evaluador.

Consideraciones sobre el programa penal constitucional

En torno a la justicia, Popper (2010: 95-96) señala:

¿Qué queremos decir, en realidad, cuando hablamos de "Justicia"? No creo que las cuestiones verbales de esta naturaleza sean de particular importancia, o que sea posible responder de forma definida, dado que dichos términos siempre son utilizados con diversos sentidos. Sin embargo, creo no errar al sostener que la mayoría de nosotros, especialmente aquellos que tenemos una formación general humanitaria, entiende por "Justicia" algo semejante a esto: *a)* una distribución equitativa de la carga de la ciudadanía, es decir, de aquellas limitaciones de la libertad necesarias para la vida social; *b)* tratamiento igualitario de los ciudadanos ante la ley, siempre que, por supuesto, *c)* las leyes mismas no favorezcan ni perjudiquen a determinados ciudadanos individuales o grupos o clases; *d)* imparcialidad de los tribunales de justicia, y, *e)* una participación igual de las ventajas (y no sólo en las cargas) que puede representar para el ciudadano su carácter de miembro del Estado.

También es posible identificar en su pensamiento otros principios garantistas; por ejemplo, el de evitar el sufrimiento evitable, que como principio garantista es por ello constitucional. Por otro lado, los avances en la materia y el fortalecimiento de la democracia representan los logros de un programa, en términos de Lakatos (2007). Éstos serían, por un lado, el avance en la construcción teórica de un modelo de organización social y, por otro, su operatividad en el diseño e implementación de la política criminal, puesto que el andamiaje teórico se ha construido paulatinamente a través del tiempo.

En el terreno de la política criminal, ilustrados como Beccaria (1998: 140, 193, 195, 204) refirieron en su momento que el delito es un mal que bien puede

¹⁸ Por eso una política criminal referida a la seguridad pública como condición básica de libertad no puede servir para afectarla (Baratta, 1985). La seguridad pública no puede esgrimirse, como en la exposición de motivos de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 en México, para enfrentar situaciones de emergencia y justificar violaciones a los derechos de los habitantes.

evitarse, por cierto, no mediante políticas simplistas y demagógicas, como las que caracterizan el fenómeno de la huida al derecho penal, sino con políticas comprometidas:

Luego la seguridad y la tranquilidad de los ciudadanos descansan más sobre las costumbres y circunstancias de un Estado, que sobre las leyes penales: a donde hay buenas costumbres no hay necesidad de leyes crueles; donde aquéllas sean malas éstas no tendrán fuerza contra el crimen, y en todos los casos siempre son peligrosas [...] Es mejor evitar los delitos que castigarlos. He aquí el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir los hombres al punto mayor de felicidad o al menor de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de bienes y males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son por lo común falsos y contrarios al fin propuesto [...] ¿Queréis evitar los delitos? Haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empleada a defenderlas, ninguna parte en destruirlas. Haced que las leyes favorezcan menos las clases de los hombres que los hombres mismos [...] ¿Queréis evitar los delitos? Haced que acompañen las luces a la libertad. Los males que nacen de los conocimientos son en razón inversa de su extensión, y los bienes lo son en la directa [...] Finalmente, el más seguro pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación.

Así, en un Estado con pretensiones constitucionales declaradas resulta incuestionable defender y alinear los principios y los derechos humanos aludidos en la Constitución con el derecho penal, puesto que el derecho, desde la perspectiva ilustrada, es preponderantemente una institución racional con la que se busca resolver las tensiones y los conflictos sociales mediante un reajuste ordenado y pacífico de las pretensiones razonables de individuos y grupos.

Respecto al programa penal constitucional propio de una democracia, es necesario subrayar que su núcleo sólido está constituido, como ya se ha anotado previamente, por los derechos fundamentales. Su actores, en términos del aparato público, son verticalmente los ámbitos de gobierno y horizontalmente las esferas de ejercicio del poder público.

Este núcleo constitucional asimismo supone un ejercicio constante de análisis académico propio, debido a que sólo desde la reflexión resulta posible avanzar en la conformación teórica y en la evaluación

empírica de un programa penal que contenga anhelos constitucionales.

Un análisis de la política criminal o, como se ha señalado aquí, de un programa penal, se refiere en primera instancia a los fundamentos de un Estado y a su consistencia, en términos de coherencia y congruencia con los principios y fenomenología operativa del sistema de justicia penal. En este contexto, el modelo de “programa de investigación científica” de Lakatos ofrece una opción comprensiva que permite contextualizar, en términos de desarrollo teórico y político, la construcción y dinámica del sistema penal contemporáneo.

En el ámbito de la teoría de la ciencia, también aplicable al análisis teórico de la política criminal y al examen empírico de los datos del sistema penal, Lakatos (2007: 13, 65-72, 117) apunta:

[...] he defendido la metodología de los programas de investigación científica que soluciona algunos de los problemas que ni Popper ni Kuhn consiguieron solucionar [...] En primer lugar, definiendo que la unidad descriptiva típica de los grandes logros científicos no es una hipótesis aislada sino más bien un programa de investigación. La ciencia no es sólo ensayos y errores, una serie de conjeturas y refutaciones. “Todos los cisnes son blancos” puede ser falseada por el descubrimiento de un cisne negro. Pero tales casos triviales de ensayo y error no se catalogan como ciencia. La ciencia newtoniana, por ejemplo, no es sólo un conjunto de cuatro conjeturas (las tres leyes de la mecánica y la ley de la gravitación). Esas cuatro leyes sólo constituyen el “núcleo firme” del programa newtoniano. Pero este núcleo firme está tenazmente protegido contra las refutaciones mediante un gran “cinturón protector” de hipótesis auxiliares. Y, lo que es más importante, el programa de investigación tiene una heurística, esto es, una poderosa maquinaria para la solución de problemas que, con la ayuda de técnicas matemáticas sofisticadas, asimila las anomalías e incluso las convierte en evidencia positiva.

Sobre los avances o retrocesos teóricos de los programas de investigación, Lakatos refiere que en los progresivos la teoría conduce a descubrir hechos nuevos, hasta entonces desconocidos, y en los regresivos las teorías son fabricadas únicamente para acomodar los hechos ya conocidos.

En el terreno penal todo es de gran interés para todos, pues está comprometida, entre otras cosas, la libertad de las personas.

Consideración final

Un sistema penal, dirigido sólo por pretensiones preventivo-generales y de prevención especial negativa, tal como se perfila la política criminal nacional, describe un sistema penal de terror, donde la preocupación se centra en la eficacia, el sometimiento y obediencia ciudadana.

Finalmente, en un Estado que se suponga democrático es necesario orientar la política criminal hacia el garantismo.

En términos de Ferrajoli (1995: 28-29):

Las garantías –no sólo penales– son vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad de los derechos subjetivos y más en general a los principios axiológicos sancionados por las leyes, en el derecho penal donde tutelan la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y a las condenas arbitrarias [...] En todos los casos la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho. Se comprende que así entendido el garantismo no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales; los cuales –de la vida a la libertad, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia de los derechos individuales a los colectivos– representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos que fundan y justifican la existencia de aquellos “artificios” –como los llamó Hobbes– el derecho y el Estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base fundamental de la democracia.

Bibliografía

Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.

Baratta, Alessandro, “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 34, 1986.

Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, FCE, 1989.

Bustos Ramírez, Juan, “Política criminal y estado”, en *Revista Ciencias Penales*, en línea [http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm], consultado el 10 de julio de 2010.

Cachumbé Holgugín, Nelson, “John Rawls: la justicia como equidad”, en *Criterio Jurídico*, núm. 3, 2003, pp. 7-33, en línea [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf], consultado el 16 de julio de 2010.

Camou, Antonio, “Gobernabilidad y democracia”, en *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*, núm. 6, 1995.

Diario Oficial de la Federación, México, 10 de julio de 2011.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y derecho penal. Un diálogo con Ferrajoli*, México, Ubijus, 2010.

_____, “Criminalidad y globalización”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 115, enero-abril de 2006, en línea [http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletín/cont/115/inf/inf10.htm].

_____, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.

_____, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia (Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 15), 2001.

_____, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

Gorenc, Klaus-Dieter, Julio César Kala, Sandra Peredo Rivera y Fernando Tenorio Tagle, “Teoría *cum praxis*: ensayos sobre la estadística criminal nacional (1987-1992)”, en *Alter. Revista Internacional de Teoría, Sociología y Filosofía del Derecho*, núms. 7-9, 1999.

Gómez Romero, Luis, “¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda”, en *Juez. Cuadernos de Investigación sobre la Judicatura*, vol. II, núm. 4, primavera de 2004.

Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005.

Hassemer, Wilfried y Francisco Muñoz Conde, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989.

Hobbes, Thomas, *Leviatán*, Buenos Aires, Losada, 2003.

Kant, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, UNAM (Nuestro Clásicos, 33, Filosofía), 1968.

Kuhn, T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 2007.

Lakatos, Imre, *Escritos filosóficos 1. La metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza, 2007.

Locke, John, *Ensayos sobre el gobierno civil*, México, Porrúa, 2005.

Popper, Karl, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 2010.

Rawls, John, “Justicia como equidad”, en *Revista Española de Control Externo*, vol. 5, núm. 13, 2003, pp. 129-158.

Rolla, Giancarlo, “La actual problemática de los derechos fundamentales”, en *Investigaciones Jurídicas*, vols. XXII-XXIII, núms. 80-81, enero-diciembre de 2006.

Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica*, Madrid, Trotta/ILSA, 2009.