

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI**



**EFFECTOS DE LAS REFORMAS DE 1993 Y 1999 A LOS
ARTÍCULOS 16 Y 19 CONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA
PENAL**

**Trabajo Terminal que para obtener el Diploma de
ESPECIALIDAD EN DERECHO**

**Presenta:
Priscila Arias Gardea**

**ASESOR:
MC. Rosendo Joaquín Cervantes García**

Mexicali, Baja California, México

Junio de 2007

Índice

Introducción	1
 Capítulo I. Derecho Penal y Teoría del delito	
1.1 Antecedentes históricos del Derecho Penal	3
1.2 Evolución del Derecho Penal en México.....	12
1.2.1 Época Colonial	15
1.2.2 Época Independiente	18
1.2.3 Época Revolucionaria	19
1.3 Funciones del Derecho Penal	20
1.4 El Delito y su inhibición	26
1.4.1 Concepto de delito	28
1.4.2 Factores de criminalidad	30
1.4.3 Medios para combatir el delito	41
1.5 Teoría del delito, su evolución y problemas del sistema teórico.....	44
1.5.1 Etapas de la evolución teórica	48
 Capítulo II Política Criminal	
2.1 Concepto	63
2.1.1 Función y características	66
2.2 Principios de la Política Criminal y proyectos de reforma	68
 Capítulo III Análisis de las Reformas a los Artículos 16 y 19 Constitucionales	
3.1 Reforma de 1993	79
3.2 Reforma de 1999	91
3.3 Estrategias de los Poderes del Estado en la Procuración y Administración de Justicia.....	99
 Capítulo IV Situación de la incidencia criminal en Baja California antes y después de las reformas de 1999 a los artículos 16 y 19 constitucionales	
4.1 Incidencia delictiva en Baja California periodo de 1997 a 2000	110
4.2 Incidencia delictiva en Baja California periodo del 2000 a 2006	116
 Conclusiones	119
 Bibliografía	125

Introducción

No se puede negar que la sociedad mexicana vive en la actualidad un profundo sentimiento de inseguridad y observa que, a pesar de las medidas estatales adoptadas en los últimos diez años, el fenómeno de la delincuencia, tanto la tradicional, como la organizada, no se detiene; por el contrario, crece más, siendo notoria la imposibilidad del aparato estatal para inhibir dicho fenómeno y restablecer el orden y la seguridad ciudadana; por lo que, la violencia, cada vez provoca un sentimiento más intenso de inseguridad. Esto ha obligado al Estado a formular y crear nuevas acciones que le permitan desde distintos ángulos inhibir la delincuencia, ante tal panorama los legisladores federales en México, buscando interpretar los anhelos del conglomerado social, consideran que un medio para inhibir la incidencia delictiva, como estrategia de política criminológica del Estado Mexicano para abatir las conductas ilícitas es mediante reformas a la Constitución, mismas que impactan en la legislación adjetiva penal y en la propia Ley de Amparo.

La importancia de indagar sobre la efectividad de tales reformas, deriva en todo caso, de los resultados que en la práctica y realidad han generado éstas, por lo cual en el presente documento se plantearon como problemas a desarrollar los siguientes: ¿Desde la perspectiva criminológica de qué manera los factores sociológicos y económicos inciden en los fenómenos delictivos? ¿Qué beneficios y consecuencias representan las reformas de 1993 y 1999 a los artículos 16 y 19 Constitucionales para el sistema penal y la sociedad?

El objetivo principal fue analizar las reformas al contenido de los artículos 16 y 19 constitucionales de 1993 y 1999 para observar, por un lado el impacto que han

ocasionado y su efectividad como inhibidores de la conducta criminal, y por el otro, determinar si presentan beneficios y en qué aspectos, con relación a la administración de justicia y seguridad jurídica se refiere; para lo cual se utilizó el método deductivo, ya que se empleó el ordenamiento normativo existente. Esta investigación documental se desarrolla en cuatro capítulos, el primero de ellos se refiere a los antecedentes del derecho penal, su concepto, funciones, concepto del delito, factores de incidencia y medios para combatirlo. En el segundo capítulo se trató sobre el concepto de política criminal funciones y características, además de los principios por los cuales se rige y proyectos de reforma. El capítulo tercero se refiere al análisis de las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales de 1993 y 1999, la exposición de motivos para llevarlas acabo, el impacto que generó a la ley secundaria y a la ley de amparo, así como los efectos que éstas representaron al sistema penal mexicano y la coordinación de los tres niveles del poder del Estado para ejercer sus funciones relativas a la procuración y administración de justicia. El capítulo cuarto se presentaron los datos del índice delictivo en Baja California, delimitándose a los delitos de alto impacto antes y después de las reformas mencionadas.

Del estudio desarrollado, se concluyó que las reformas legales por sí mismas no pueden inhibir la delincuencia. Por ello se considera necesario aplicar una política criminal adecuada para dar un orden, una estructura adecuada, prevenir y controlar el delito, la creación y reforma de las penas y dar un tratamiento al delincuente. Finalmente en las conclusiones se presenta el análisis de las interrogantes planteadas.

I. Derecho Penal y Teoría del delito

Con el objeto de establecer cuál es la función del derecho penal como punto importante en el contenido de este trabajo, es necesario hacer referencia a sus antecedentes, a su evolución histórica y cómo nacen las instituciones que le auxilian. Es por ello que en este apartado se presentan los antecedentes de la ley penal, para identificar los conceptos y contenidos que en ciertas épocas fueron de interés del derecho penal y que actualmente algunos de ellos, pertenecen a las ciencias auxiliares de esta rama del derecho.

1.1 Antecedentes históricos del Derecho Penal

Los estudiosos del derecho penal se han concentrado en establecer el objeto de la misma a lo largo del tiempo, su función en distintas culturas y pueblos, agrupando en cuatro períodos las tendencias penales con algunas características comunes, mismas que a continuación se presentan:

Venganza Privada: Aunque no es propiamente una etapa de la evolución penal, se le considerada como antecedente importante ya que es un registro del instinto de protección, defensa y venganza a las acciones no toleradas entre los individuos. Solía ejecutarse en forma individual, de un sujeto a otro, o colectivamente, en la que un grupo, tribu o familia cobraba el daño ocasionado a uno de sus miembros. Este tipo de venganza es también llamado de la sangre o época bárbara, debido a que su origen eran los delitos de homicidio y lesiones. Comúnmente la venganza excedía el perjuicio primeramente ocasionado, por lo que se habla de una limitación a éste tipo de venganza (que demuestra evidentemente organización social primitiva) en forma equivalente al código de Hammurabi con su ley del talión ojo por ojo, diente por diente, que establece igual daño

que el daño ocasionado. Al final del uso de esta represalia surge el sistema de composiciones que se trataba de que el ofensor comprara el derecho de venganza del ofendido (Castellanos,1990:32).

Venganza divina: Surge de los pueblos que establecían su organización en bases teocráticas, cuyos problemas proyectaban a la divinidad. El delito se veía como una causa que molestaba a los dioses, por lo cual se elegían representantes que juzgaban en nombre de éstos, sentenciando e imponiendo penas que contentaban a los dioses. Esta fase del Derecho Penal se nota más claramente en el pueblo hebreo, pero los pueblos antiguos de México también aplicaban este castigo (Castellanos,1990:33).

Venganza pública: Hasta aquí la acción indeseable dañaba el interés de un individuo, distinto es cuando el daño se extendía al orden público o a la autoridad superior de las familias. En Europa es este el periodo más sanguinario en donde nacieron los calabozos (*oubliettes* de olvidar) en donde se olvidaba a las personas en castigo, los azotes, la pesada piedra al cuello o la horca eran parte de la tortura que se volvía acto preparatorio durante la instrucción y cuestión previa a la ejecución. La venganza pública se tradujo en la más cruenta represión y en la máxima inhumanidad de los sistemas. Quién pensaría entonces en garantizar al inculcado si una marca con hierro candente, cuatro caballos tirando de las extremidades hasta el descuartizamiento, las galeras, la rueda en que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes o los trabajos forzados y con cadenas eran el modo preferente para mostrar de lo que se era capaz si se dañaba a las oligarquías dominantes. Pues no podemos hablar de sanciones equitativas, entre más baja era la clase, mayor el rigor del castigo; se buscaba intimidar a las clases inferiores para mantener intactos los privilegios reales (Castellanos,1990:33).

Periodo humanitario: Se presenta en el momento en que se desarrolla la época conocida como Ilustración, en materia Penal la obra que más resalta es la del milanés César Bonnesana marqués de Beccaria por su valiente denuncia del demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido que tantos ejemplos de fría atrocidad muestra, con su obra: De los delitos y las penas que publicara en 1764. El utilitarismo de este pensador se combina con las ideas contractualistas de sincrónico surgimiento. Es en este momento cuando la pena comienza a adquirir características que le dan esa misma forma y la apartan de la simple venganza. Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles, en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes.

Estos son algunos de los puntos más importantes del libro de Beccaria:

1. El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.
2. Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; éstas han de ser generales y sólo los jueces pueden declarar que han sido violadas.
3. Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles. Nunca deben ser atroces.
4. El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres (Castellanos,1990:34).

Hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos, denominada científica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.

La obra de Beccaria inició en ese sentido el periodo científico de la pena. Los positivistas, según algunos autores, hicieron también ciencia sin embargo sólo expusieron ideas de estudio con respecto a la criminalidad. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia, que en palabras del positivista Hans Kelsen consiste en la llamada reparación de la ilicitud, se pone término al Estado provocado por la conducta ilícita, restableciéndose un estado conforme al Derecho (Castellanos 1990:36-37).

Una vez vistos los periodos de la evolución de las ideas del derecho penal, a continuación se presentan los primeros indicios del derecho penal en diversas culturas y en la mexicana:

“Los orígenes de la legislación penal en China resultan de difícil certeza por relatos de su leyenda criminal en la que veintiséis siglos antes de Cristo surgen las primeras dinastías, que luego de una época en la que no se habrían requerido leyes penales introducen una legislación cruel, castigándose como delito más grave la rebelión y estableciéndose varias formas de penas de muerte, amputaciones, castración y marcas a hierro en la frente. No obstante, esta legislación penal adolece de empirismo, en tanto que hacen remontar la primera legislación sistemática al siglo XXII A.C., con los llamados emperadores místicos: Yao, Sun y Yu. El primero de ellos, Yao, introdujo el destierro para los que se libraban de la muerte y los latigazos y golpes de bambú para las faltas comunes. Sun, organizó el gobierno central y estableció un Ministerio penal e indicó que el fin de la pena era el miedo, para que no se cometiesen nuevos delitos. Además publicó sus leyes penales con el título de Las cinco penas: el homicidio con muerte, el hurto y las lesiones con amputación de uno o ambos pies, el estupro con castración, la estafa con amputación

de la nariz y los delitos menores con marca a hierro en la frente. Después la dinastía Chou, ejercía un control ético-social sólido, pero, sobrevino un periodo anárquico en que esos métodos ya no dieron resultados eficaces, por lo que las reemplazaron por la legalidad como forma de control social, dando así lugar a la llamada escuela de los legistas, opuesta a los principios confucianos que disolvían al derecho en la ética social. En el año 1389 de nuestra era, se sancionó el código penal de la dinastía Ming, que distinguía cinco categorías de infracciones en orden a su gravedad y mantenía con algunas reformas el sistema de las cinco penas. Este texto fue parcialmente modificado varias veces, hasta que en 1647 se sancionaron las leyes y sus suplementos de la dinastía de Ching, que permanecieron prácticamente vigentes hasta la república, en 1912, y que mantuvo el sistema de las cinco penas; bambú, bastón, destierro temporal, destierro perpetuo y muerte” (Zaffaroni, 1988:320-322).

Las leyes, Libro o Código de Manú, texto penal de la India, provienen de fecha controvertida por los historiadores, que algunos sitúan en el siglo XIII A.C. y otros en el siglo V A.C. Este código asignaba a la pena una función eminentemente moral, pues purificaba al que la cumplía y le daba importancia a los motivos y distinguía la culpa del dolo y del caso fortuito. La facultad de penar era divina, por delegación de Brahama y su sistema de penas tenía como característica que la pena pecuniaria aumentaba con la jerarquía de la persona, al par que, se eximía de algunas penas corporales (Zaffaroni, 1988:323).

El origen del derecho penal de Japón, parte de la teocracia, existiendo dos clases de penas de prisión: una para los que podían salir de ella, en el sur y otra, para los que no recuperarían su libertad, en el norte. En el siglo VII D.C. se sancionó un código (Taiho

ritsu) orientado por la legislación penal china y que también aplicaba el sistema de las cinco penas. Este código incluía la pena más conocida de su sistema la del “haraquiri”, en que el propio delincuente se abría el vientre (Zaffaroni, 1988:323).

También la organización de Egipto fue teocrática, por lo tanto las conductas que afectaban la religión o al faraón eran penadas con la muerte, que podía ser simple o calificada por tortura, horca, crucifixión o decapitación (Zaffaroni, 1988:324).

El derecho penal de Siria es conocido por la Biblia y entre algunas características de su legislación penal lo fueron el talión, distintas clases de penas de muerte y los principios de asilo y de reconciliación. La pena de muerte se ejecutaba por decapitación, crucifixión, estrangulamiento, fuego, despeñamiento, descuartizamiento, etc. También aplicaban penas de mutilación y cegamiento (Zaffaroni, 1988:326).

En Israel, el talión es la característica más sobresaliente del derecho penal. Algunos historiadores dicen que tenía un sentido metafórico, indicador de la proporcionalidad de la pena y de la reparación, mientras que otra corriente entiende que sancionaba el ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre en forma literal y que así se aplicaba entre los hebreos. Los diez mandamientos se consideraron como fuente del derecho, conocido éste como el derecho penal mosaico, originado en las disposiciones de Moisés, el cual se modificó por varias escuelas de derecho dirigidas por los fariseos, quienes difundieron que, junto con la ley escrita, Dios había dado a Moisés una ley oral que por haberse perdido, exigía de la sabiduría la deducción de las consecuencias de la ley escrita. Estos juristas tomaron el título de Rabbí (señor, comandante) y fueron legisladores de los hebreos. En el año 240 de nuestra era, se forma Repetición de las leyes (Michna), que es una exposición y síntesis de la doctrina jurídica rabítica; con los comentarios, adiciones y

anexos a la Repetición se formó en el siglo V otra obra, llamada Estudio (Talmud, conocido como Talmud babilónico). Este Talmud releva la reincidencia, la legítima defensa, la culpa, la preterintención y el error, libraba a Dios el castigo del instigador y autorizaba a declarar al homicida libre como un pájaro, lo que significaba privarlo de la protección para que cualquiera pudiese matarle impunemente. Establecía las penas de muerte, corporales y pecuniarias (Zaffaroni,1988:327).

El Derecho penal griego ha podido ser apreciado solo por la conservación de las obras de autores que tratan sobre otras materias. Por ejemplo el proceso penal ateniense que se observa en la obra de Platón sobre el juicio de Sócrates. Principalmente son obras filosóficas y literarias las que hacen de nuestro conocimiento que en Atenas había desaparecido la crueldad que caracterizaba las penas del mundo antiguo y que como consecuencia de la concepción griega de la polis, su ley no respondía a la base política teocrática de los estados antiguos. Sócrates fue juzgado y condenado por un delito contra la religión, aunque debe recordarse que se le dio la posibilidad de huir (Zaffaroni, 1988:332).

Según Carrara los romanos fueron grandes creadores del derecho civil, a diferencia del derecho penal. De acuerdo a investigaciones de Mommsen podemos decir que en Roma, como en todos los pueblos primitivos, el derecho penal tuvo un origen sacro. A partir de la ley de las XII Tablas (siglo V A.C), el derecho se encuentra laicizado y se establece la distinción entre los *delicta publica* y los *delicta privata*. Los delitos públicos eran perseguidos por los representantes del Estado en el interés del mismo, en tanto que los delitos privados eran perseguidos por los particulares por su propio interés. Los delitos públicos se formaron en torno de dos conceptos básicos: los delitos de *perduellio* y de

parricidium. Delitos contra el Estado y delitos contra los particulares. El *parricidium* previene de la muerte del *pater*, es decir, del hombre libre (*pater familiae*, jefe de la *gens*). El *perduellio* se componía de diversos crímenes contra el Estado, y el *parricidium* fundamentalmente, del homicidio del hombre libre. A su lado se hallaban las sustracciones de bienes de templos (*sacrilegium*) y de bienes comunes (*peculatus*). El resto de los delitos públicos quedaba librado a las facultades del magistrado (*coercitio*). Este primitivo derecho penal romano se componía pues, de distintos ámbitos que permanecían en una complementación paralela: crímenes capitales, *coercitio* del magistrado, *delicta privata* y castigo familiar. El concepto de la paz pública se manejaba respecto del *perduellio*, por lo que solía penárselo con la *capitis sacratio*, que tenía similitud con el derecho penal griego y que era el equivalente de la pérdida de la paz de los germanos. Posteriormente se pasó al procedimiento extra *ordinem*, que terminó por convertirse en ordinario y con el se afirmó definitivamente el carácter público del derecho penal y de la acción penal, lo que tuvo lugar con el advenimiento del imperio, y en función de lo cual, los delitos privados eran sometidos a penas públicas. La justicia republicana, en mano de los comicios, luego por delegación a tribunales penales, que fueron las *Quaestiones* a quienes se les entregó el juzgamiento, para casos especiales primero y luego en forma permanente y su competencia se fue ampliando por delitos y las sucesivas leyes que se le asignaron se conocen como las leyes Corneliae y Julia. Tribunales que actuaban por delegación del pueblo romano y penaban por exigencias de la majestad del pueblo romano y de la salud de la cosa pública, lo que estaba distante ya de las concepciones teocráticas orientales. El derecho penal romano se funda exclusivamente en el interés del Estado (Zaffaroni, 1988:336-338).

La publicitación de los delitos hace que se logre un importante progreso, puesto que se empiezan a formar los tipos, las penas y procesos regulados por ley, a pesar de que aún se complementaba con la *coercitio* de los magistrados, los *delicta privata* y el castigo familiar. Una vez instituido el imperio, la publicidad del derecho se afirma con el procedimiento extraordinario, constituido por tribunales que actuaban por delegación del Emperador, que lo hacía personalmente en casos importantes y cuya jurisdicción estaba por sobre la ley. Siendo así que la legislación criminal se interrumpió y la jurisprudencia se limitó a los crímenes públicos existentes, pero con la posibilidad de apartarse del tipo y de la pena. Con el paso del tiempo el imperio fue corrompiendo las instituciones republicanas y la *cognitio extra ordinem* se convirtió en jurisdicción ordinaria, pues el ámbito de los crímenes *majestatis* se fue ampliando cada vez más. A partir de ese momento, surge el fenómeno de toda legislación penal posterior, pues nada se dice de la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, cuando sobreviene un periodo imperialista, surge una marcada tendencia a publicitar todos estos bienes y a reducir al derecho penal a un instrumento al servicio de los intereses del Estado. El derecho penal romano es muestra de la lucha entre el derecho penal republicano y el derecho penal imperialista. Sin embargo, como principales características generales del derecho romano y de importante trascendencia para nuestra investigación lo fueron: la especial significación que otorgaba al dolo, caracterizado mediante el *animus* como voluntad realizadora del tipo, excluido por el desconocimiento de cualquiera de sus características, lo cual hace más dudoso que el *dolus* romano requiriese el conocimiento de la antijuricidad. La omisión sólo se penaba en determinados casos y la tentativa era aún un concepto desconocido, no penándose en los *delicta privata* y penándose como delitos

independientes los actos preparatorios y ejecutivos de delitos públicos (Zaffaroni, 1988:339-340).

“En general, el derecho penal romano evidenció una actitud legislativa que es denunciada con buen criterio también en lo que a nuestras leyes contemporáneas respecta: a medida que aumentaba su represividad y autoritarismo, tendía a normalizar y generalizar lo que se estimaba excepcional y especial” (Rodríguez Ramos en Zaffaroni, 1988:340).

1.2 Evolución del Derecho Penal en México

Vista la historia del derecho penal en otras culturas, ahora se hablará sobre la trayectoria que ha seguido esta ciencia jurídica en México, la cual se inicia con el castigo más cruel, hasta llegar paulatinamente a una fase más humanizada e incluso científica.

Derecho Precortesiano: Antes de la conquista, debido a la religiosidad y severa educación de los habitantes de la República mexicana, el crimen era un fenómeno poco común y el castigo, por tanto muy severo. En este periodo, como existían diversas culturas, también había una variada gama de costumbres y contemplaciones jurídicas. En los pueblos primitivos la cárcel se usó en forma rudimentaria, y alejada de toda idea de readaptación social. La función de las penas hicieron del derecho penal precortesiano un derecho draconiano. Y la cárcel aparece en segundo o tercer plano (Castellanos, 1990:40).

El Derecho Penal Azteca implementó cárceles preventivas para esperar la ejecución de la sentencia. Esas cárceles llevaban los nombres Cuauhcalli, Petlacalli, Teilpiloyan. En el aspecto jurídico, los aztecas conocían figuras que se encuentran vigentes en el derecho penal mexicano. En esta civilización, los delitos principales fueron la alcahuetería, el peculado, el cohecho de jueces, la traición en guerra, la deserción, la malversación, el

adulterio, el homicidio, el espionaje, etcétera. Entre las penas principales estaban la de muerte, la causada por medio de ahorcadura, la hoguera, el degüello, el descuartizamiento, el desollamiento, la esclavitud, los castigos infamantes, los corporales, la de destierro y el encarcelamiento. Los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía. Durante esta época no podemos referirnos a ningún tipo de consideración con respecto al inculcado, los juicios eran como Dios lo hacía saber y por tanto inapelables. Conocieron de juicios públicos, más no se trataba de un beneficio y sí de una humillación. El inculcado no podía exigir se le explicará de qué se le acusaba, pues era equivalente a poner en duda el mandamiento divino. No existía forma de expresar causas que excluyeran de responsabilidad ni de ser sancionados por la venganza divina. La condena a muerte era la sanción por excelencia de este grupo, la hoguera, ahorcamiento, ahogamiento, lapidación, azotes, degollamiento, empalamiento y desgarramiento de cuerpo, fueron entre otros los modos de ejecución. No obstante, en algunos casos se acompañaba a la pena de muerte con la confiscación de los bienes. Una pena aparentemente ligera era el hecho de chamuscarles el pelo, pero para ellos era muy grave por las consecuencias de rechazo social que representaba. Esclavitud, mutilación y destierro fueron otras formas de condenar a los culpables de las acciones antijurídicas. El sistema penal azteca no mostró interés por distinguir entre autores y cómplices pues eran sancionados en igual forma. Violaba, la pena azteca, el principio de intrascendencia del castigo, pues se extendían hasta a familiares en cuarto grado. Sí tuvo distinción de clase, pero contrario a lo que lógicamente pensaríamos con los delitos cometidos por servidores

públicos, las penas eran más estrictas para los nobles, pues habrían de dar el ejemplo del buen comportamiento. Respecto a ingerir bebidas alcohólicas se sancionaba la embriaguez pública (en las casas era tolerada), excepto en algunas fiestas, también era punible la embriaguez entre ancianos. El homicidio se castigaba con pena de muerte y no quedaba exento ni siquiera el esposo que encontraba a la esposa adúltera con el amante. Había gran rigor sexual pena de muerte para la incontinencia de los sacerdotes, para los homosexuales, la violación, el estupro, el incesto y también para el adulterio. Finalmente el derecho penal azteca fue de los primeros en transformarse de consuetudinario a escrito, prueba de ello lo son los registros en el Códice Mendocino (Castellanos, 1990:41-43).

La legislación de los mayas fue consuetudinaria (no escrita), mientras que la prisión no se consideraba un castigo, sino solo el medio para retener al delincuente a fin de aplicarle después la pena impuesta; por su parte, a los menores se les imponían penas menos severas. Los delitos principales fueron el adulterio, la violación, el estupro, las deudas, el homicidio, el incendio, la traición a la patria, la sodomía, hurto, traición a la patria, entre otros. Entre las penas más importantes figuraban la de muerte por horno ardiente, el estacamiento, la extracción de viseras por el ombligo, los flechazos, el devoramiento por fieras, la esclavitud, las corporales, las infamantes y la indemnización, entre otras. En algunos poblados de la República mexicana, se mantienen ciertas costumbres rudimentarias de castigo pertenecientes a la fase de venganza privada, como el empalamiento. Los mayas presentan perfiles distintos a los aztecas, más distinguían dos conceptos que representan un gran adelanto para la primitiva organización que poseían, el dolo y la imprudencia en los delitos de incendio y homicidio. Al primero de aquellos le

imponían pena de muerte, al segundo indemnización para los ofendidos. Para la pena capital se utilizaban la lapidación o el ahogamiento en el cenote como métodos.

No hubo apelación, el juez o batab decidía en forma definitiva y los verdugos tupiles ejecutaban la pena inmediatamente. En esta cultura era poco loable que la pena fuera distinta entre clases sociales. Otros castigos eran la ley de talión en algunos casos de homicidio (excepto entre los menores quienes caían en esclavitud) y el hecho de grabar el objeto del delito en la cara de algunos ladrones (Castellanos, 1990:43).

Los zapotecos los principales delitos y penas correspondientes eran: homicidio, adulterio, robo y desobediencia cuya pena era la muerte ejecutada en público. Las cárceles entre los tarascos servían exclusivamente para esperar el día de la sentencia (Castellanos, 1990:43).

Los pueblos estudiados, son los más representativos de los sistemas jurídicos de la época, razón por la que está de más reiterar que se trató de un Derecho Penal severo e inhumano y aunque limitada en comparación a las formas de venganza, no era mesurado, ni siquiera la pena en sí misma considerada tenía esa categoría, pues ésta adquiere su forma hasta que la doctrina y la práctica delimitan su alcance y finalidad.

1.2.1 Época Colonial

Este periodo se caracteriza por ser una legislación represiva ya que a la llegada de los españoles, a la severidad de la cultura indígena se unió el sadismo español. Las leyes indias fueron el principal cuerpo legal de la Colonia, aplicadas en la Nueva España. Otras legislaciones, como Ordenanzas Reales de Castilla, la Legislación de Castilla (Leyes de Toro), las ordenanzas Reales de Bilbao, así como el Fuero Real, Fuero Viejo, Las

Partidas, los Autos Acordados, y la Nueva y la Novísima Recopilación, estuvieron vigentes en la época colonial (Castellanos, 1990:44).

Leyes Indias: Habida cuenta de lo difícil que fue la labor de recopilación de las leyes aplicadas en el territorio de la Nueva España debido a que por las necesidades que presentaba el gobierno colonial se habían producido una cantidad inmensa de disposiciones lo que lógicamente condujo a contradicciones, lagunas, olvidos e incluso pérdida de documentos, por lo cual desde el primer siglo de dominación española en América se planteó, y con carácter de urgente la necesidad de recopilar la legislación indiana. La Recopilación de Antonio de León Pinelo fue publicada en 1635 y respecto a la sanción penal señalaba: Que los delitos y normas se castiguen con rigor y cuidado, que las penas de los delitos de indios sean conforme a esta ley y no sean condenados a servicio perpetuo, que en las penas no haya arbitrio serio que se aplique como estuviere dispuesto. En conclusión las Leyes Indias se transforman las penas infamantes, se limita el uso de la fuerza y se empieza con el seguimiento de algunos principios del derecho penal como el de legalidad (Carrancá y Rivas, 1986:53).

Las Ordenanzas: Fueron creadas en España e indicaban en qué forma sancionar los delitos cometidos en la colonia, entre ellas destacan: Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de minería de la Nueva España y de su tribunal, atribuidas a Joaquín Velásquez de León promulgadas en 1783, contienen disposiciones penales especiales como el castigo al hurto de metales, que se sancionaba con la mutilación de un miembro del cuerpo u otra pena *corporis* aflictiva. Ordenanzas de los gremios de la Nueva España las que hacían distinciones entre los indios y los españoles. Cuando los

indios cometían un delito la pena consistía en maltrato físico o azotes, mientras que a los españoles se les cobraba una multa (Carrancá y Rivas,1986:53).

Las Siete Partidas: Esta fue una publicación realizada por Alfonso X el sabio quien hizo una compilación de las leyes de Castilla, éste libro llamado del fuero de las leyes pero se le conoció como las Siete Partidas. De este ordenamiento sobresale el título 31 nombrado “De las penas y de la naturaleza de ellas” que en sus leyes (concepto actual de artículos) dicta:

Ley 1 ¿Qué cosa es pena, y por qué razones se debe mover el juez a darla?

Pena es enmienda de pecho (pago) o escarmiento que es dado según la ley a algunos por los yerros que hicieron. Y dan esta pena los jueces a los hombres por dos razones: la una es porque reciban escarmiento de los yerros que hicieron; la otra es porque los vieren y los oyeren, tomen de ello ejemplo y apercibimiento para guardarse que no hiere por medio de pena. Y los jueces deben mucho considerar antes que den pena a los acusados, y escudriñar muy acuciosamente el yerro sobre que la mandan dar, de manera que sea antes bien probado, considerando la manera en que fue hecho el yerro.

Ley 2 ¿Cómo el hombre no debe recibir pena por el mal pensamiento que tenga en el corazón, si no lo metiere en obra? ...cualquier hombre que se arrepintiese del mal pensamiento antes que comenzara a obrar por él, no merece por ello pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades no están en poder de los hombres.

Ley 3 ¿Cuántas maneras hay de yerros por los que los hombres hacen recibir pena?

Todos los yerros son de cuatro maneras: De hecho, como robar o matar. Por palabra, infamar, atestiguar o abogar falsamente. Por escritura, cartas falsas. Por consejo, cuando algunos se juntan en uno y hacen jura, postura o cofradía para hacer mal a otros, o para

recibir a los enemigos en la tierra para hacer levantamiento de ella (Carrancá y Rivas,1986:54-55).

Ley 4 ¿Cuántas maneras hay de hacer penas? Existen cuatro penas mayores y tres penas menores. Las penas mayores consisten en: Dar a hombre pena de muerte o perdimiento de miembro. Condenarlo a que esté en hierros para siempre, cavando en los metales del rey, labrando o sirviendo. Destierro por tiempo incierto. Hierros, cárcel o prisión.

Las penas menores consisten en: Destierro por tiempo cierto. Daño en la fama o vetar un abogado. Ser azotado o herido públicamente. Deshonra en la picota. Desnudo al sol untado con miel para que lo coman las moscas (Carrancá y Rivas,1986:55).

1.2.2 Época Independiente

Al iniciarse este periodo, surgió la necesidad de contar con una legislación nueva, propia del pueblo mexicano. Así, empezaron a promulgarse leyes mexicanas pero con influencia de la legislación colonial, a veces aun aplicables a la falta de leyes nuevas. La Constitución de 1824 adoptó el sistema federal.

La primer codificación de la República en materia penal, se expidió en el Estado de Veracruz, por decreto de ocho de abril de 1835. Mientras tanto en México se designó una comisión para la redacción de un proyecto de Código Penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención francesa en el Imperio de Maximiliano.

En 1868 se formó una nueva comisión siendo José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano, Antonio Martínez de Castro y Manuel M. De Zamacona quienes concluyeron el Código español de 1870, aprobado en 1871 por el Poder Legislativo y empezando a regir para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California en materia

común y para toda la República en la federal, el primero de abril de 1872. Este Código estuvo vigente hasta 1929 (Castellanos,1990:45-46).

1.2.3 Época Revolucionaria

En 1903 siendo presidente Porfirio Díaz, se llevó a cabo una revisión de la legislación penal, trabajos que fueron terminados en 1912, sin que el proyecto de Reformas pudiera ser plasmado ya que el país se encontraba en plena revolución.

En 1917, después de la Revolución Mexicana, el Congreso Constituyente inscribe en los primeros 29 artículos las garantías individuales, y en el vigésimo de éstos, las consideraciones de que goza el inculcado de un delito.

En 1929 Emilio Portes Gil, expidió un Código conocido como Código Almaraz, por haber formado parte de la Comisión Redactora José Almaraz. Código que sólo estuvo vigente del quince de diciembre de 1929 al dieciséis de septiembre de 1931 (Castellanos, 1990:47).

El diecisiete de septiembre de 1931 entró en vigor el Código que rige en la actualidad. Promulgado por Ortiz Rubio con el nombre de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Las grandes aportaciones de este Código de 1931 sobresalen:

- La amplitud del arbitrio judicial mediante mínimos y máximos para la individualización de las sanciones. (Artículos 51 y 52)
- La tentativa (Artículo 12)
- Formas de participación (Artículo 13)

- Algunas variantes en las excluyentes de responsabilidad (Artículo 16)

A este Código se le han hecho varias reformas, la fundamental en 1983 publicada en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984 (Castellanos,1990:47-48).

En relación con el material expuesto anteriormente se puede destacar que a lo largo de la historia del derecho penal en México los delincuentes en el territorio se han encontrado en distintas posiciones, de las cuales por mucho tiempo dependió el castigo impuesto. Así se sancionaba diferente a gobernantes y gobernados; conquistadores y conquistados, emancipadores y emancipados; ricos y pobres todos los que fueran distintos. Incluso en condiciones de igualdad, la pena no fue controlada en todo momento.

Sin embargo, a lo largo del tiempo y gracias a otros acontecimientos históricos políticos, socioeconómicos y culturales, México ha creado un derecho penal más racional que a su vez cuenta con instituciones y otras ciencias que le auxilian en la procuración y administración de justicia.

1.3 Funciones del Derecho Penal

De lo anterior podemos afirmar que la sociedad de la cultura o del pueblo a que pertenezca, por su desarrollo y la evolución de las relaciones entre sus integrantes, tuvieron la necesidad de crear el derecho y sus diversas ramas para regular éstas y solucionar los problemas que surgieran de ellas, de aquí el nacimiento del derecho civil, administrativo, laboral, penal, entre otros, las cuales para su estudio y aplicación se dividen en derecho sustantivo objetivo y material y en derecho adjetivo instrumental procesal.

El doctor Fernando Castellanos al definir al derecho penal explica claramente su objeto de estudio y su aplicación: “Derecho penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social” (Castellanos en Molina Piñeiro, *et al*, 2004:75).

“La necesidad del derecho penal parte principalmente de que a través de éste se protegen los bienes jurídicos más importantes para el hombre, como lo son la vida, la libertad, la integridad física, el honor, el patrimonio y otros más. Es por ello que el poder legislativo creó normas de derecho sustantivo, en las cuales se describen las conductas prohibidas que ponen en peligro la estabilidad y convivencia social, reconocidas como ilícitos, por las cuales se impone una sanción a quien las realicen” (Molina Piñeiro, *et al*, 2004:76).

La referencia anterior es de relevante importancia para el desarrollo de esta investigación, ya que en ella, Molina Piñeiro, señala como función primordial del derecho penal, salvaguardar los derechos de las personas, reconocidos por el Estado, a través de las leyes creadas por poder legislativo, de tal manera que en ellas se establece cuándo una conducta es delito y de qué forma se sancionará a quienes las cometen, de aquí la importancia de estudiar la función del derecho al relacionarse con las reformas en la creación de las leyes que se encargan de proveer la seguridad jurídica a la sociedad.

También Zaffaroni en su libro de Tratado de Derecho Penal, menciona la importancia de saber ¿qué función cumple el derecho penal? Y dice que para obtener una respuesta es un tanto complicado ya que ha surgido una antinomia seguridad jurídica-defensa de la sociedad, expresión que suele reemplazarse por defensa social. Para los partidarios de la seguridad jurídica la pena tendría efecto primariamente sobre los que no han delinquido,

como prevención general. Para los partidarios de la defensa social la pena tendría efecto primariamente sobre el delincuente, esto es, como prevención especial. Con la prevención general se pretende que el que no delinquierá no lo haga y con la prevención especial se pretende que el que delinquierá no vuelva a hacerlo. La pena entendida como prevención general sería básicamente retribución, (concepto retributivo de la pena), en tanto que como prevención especial tendría efecto resocializador. Por otra parte, y dentro de los partidarios de la seguridad jurídica, se trata de averiguar si la pena tutela primordialmente bienes jurídicos o valores ético-sociales. El derecho penal, no puede tener otra función que la de seguridad jurídica, básicamente porque esa es la función de todo el derecho, de la cual no puede menos que participar el derecho penal. No obstante, con la mera afirmación de que el derecho penal tiene por función el aseguramiento jurídico. Además, el derecho tiene por función posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la coexistencia, porque la existencia humana siempre e ineludiblemente es coexistencia. Este aseguramiento se obtiene introduciendo un orden coactivo que impida la guerra civil. La manera en que el derecho quiere evitarla es asegurando a cada cual un ámbito de existencia. Ésta sería la relación de cada hombre con un ser. La función del derecho será entonces asegurar la armonización de las existencias, lo que podrá obtener haciendo relativamente previsibles las conductas ajenas respecto de ciertos bienes jurídicos, en el sentido que cada uno sepa que su prójimo se abstendrá de realizar conductas que lesionen lo que el derecho considera necesario para que el hombre se realice en coexistencia. La necesidad de que el derecho provea a esta seguridad surge de que el hombre carece de la seguridad de respuesta del animal, que en el hombre es reemplazada por la cultura, de la que el derecho es una manifestación. La función de seguridad jurídica no puede

entenderse, pues en un sentido distinto que en el aseguramiento de la coexistencia. Esta función se cumple en la medida en que se garantiza a cada quien la disponibilidad y el uso de lo que fuere necesario para su realización. Estas posibilidades de usar entes, son los bienes jurídicos. El derecho penal tutela bienes jurídicos, participando con ello de la general naturaleza y función del derecho. En síntesis, seguridad jurídica es seguridad de la coexistencia. Esta formado por dos aspectos el objetivo (efectiva disponibilidad de ciertos entes) y el subjetivo (sentimiento de seguridad jurídica) (Zaffaroni, 1988:43-45).

El delito lesionará la seguridad jurídica en los dos sentidos: como afectación de bienes jurídicos, lesionará su aspecto objetivo, y como alarma social lesionará su aspecto subjetivo. La lesión al aspecto subjetivo de la seguridad jurídica será, pues, la alarma social provocada por el delito.

En este aspecto Carrara hizo una distinción entre el sentido objetivo de la seguridad y el sentimiento de seguridad jurídica, al establecer el daño inmediato y el daño mediato. El daño inmediato es el mal sensible que el delito produce violando el derecho atacado. Se llama daño directo, porque es la lesión al derecho alcanzado por la acción criminal directamente. El daño mediato es el que el delito ocasiona, a todos los otros ciudadanos que no fueron directamente alcanzados por la acción, por eso se llama daño reflejo” (Zaffaroni, 1988:46).

Una vez establecido que la seguridad jurídica es una función del derecho penal hay que ver su relación con la defensa social. La sociedad es un ente al cual pertenecen los hombres y en la cual se forman sus relaciones humanas para coexistir. Luego entonces la defensa sería acerca de los bienes que pueden afectarse en el futuro.

En torno a la función del derecho penal y admitida la función de seguridad jurídica en general, se discute si ésta consiste primordialmente en la tutela de bienes jurídicos o de valores éticos, es decir, si tutela bienes jurídicos o pautas de conducta humana. Cabe mencionar que contemporáneamente, se afirma que el derecho penal cumple una doble función, la tutela de bienes jurídicos y la de valores éticos. El derecho penal provee, a la seguridad jurídica, aspirando a que no se reproduzcan las acciones lesivas de bienes jurídicos que tipifica. La coerción penal aspira a evitarlas, a prevenirlas. En este sentido, no cabe duda que el derecho penal tiene una clara aspiración ética. El derecho penal, entonces, tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que implica una aspiración ético-social (Zaffaroni, 1988:48,50).

El derecho penal se caracteriza por su cometido asegurador a través de la coerción, proveyendo así de seguridad jurídica a la sociedad. Seguridad jurídica, que se forma por el conjunto de condiciones externas que crean el sentido de seguridad de disponibilidad de lo que cada quien requiere para realizarse (Zaffaroni, 1988:55).

Cuando se produce una conducta contraria al orden jurídico y reprochable a su autor porque el derecho puede exigirle otra conducta, estamos en presencia de un delito, puesto que se observa una violación a la norma que tiene como consecuencia el funcionamiento de la coerción estatal bajo la forma de coerción penal. Este fenómeno deja de producirse cuando lo impide alguna disposición particular, fundada en razones de política penal. La punibilidad es el resultado de la presencia del delito. La coerción penal no es más que un efecto jurídico del delito. El delito es una conducta antijurídica y, como tal, tiene múltiples consecuencias jurídicas que nada tiene que ver con la coerción penal ni con el

derecho penal, y que debido a su imponderabilidad no son susceptibles de tratamiento unitario, como no sea en el marco de una teoría general del derecho. El delito puede dar lugar a responsabilidad civil, administrativa, política, fiscal, medidas políticas, etc. El instrumento de la coerción penal es la pena. Toda concepción de la pena es necesariamente una concepción del derecho penal, su función y del modo de cumplir esa función (Zaffaroni, 1988:61-62).

La pena solo se justifica por la necesidad de prevenir los delitos.

Doctrinalmente es la manifestación más importante de la coerción penal, que consiste en la privación de bienes jurídicos que el Estado impone al autor de un delito limitadamente por la norma en la búsqueda de la seguridad jurídica y que tiene por objeto resocializarle, para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados (Zaffaroni, 1988:64).

Los estudiosos del derecho penal, también se han preocupado por la pena y han establecido teorías relativas a ésta, en las que afirman que la pena persigue un propósito que no mira hacia el pasado, sino hacia la evitación de futuros delitos. Por ello, han clasificado a las teorías preventivas, orientadas a la prevención general, cuando pretenden accionar sobre los que no han delinquido y en la prevención especial cuando se ejerza sobre el mismo autor (Zaffaroni, 1988:67).

La teoría de la coacción psicológica de Feberbach, afirmaba que la pena es una amenaza que pretende alejar del delito a todos los posibles autores del mismo. Una corrección a esta teoría, lo fue la teoría de la advertencia de Bayer, quien consideraba que la pena no llegaba a ser una verdadera coacción psicológica, sino una advertencia, puesto que el derecho no podía imponerse por el terror. En tanto que las teorías mixtas de la pena toman como fundamento las absolutas y cubren sus fallas con las relativas, para lo cual

esgrimen como argumento que la reacción estatal contra el delito siempre es compleja y que, en tanto que es impracticable pensar en una coacción absoluta por vía retributiva, caer en la prevención especial sería confundir la pena con la medida (Zaffaroni,1988:85).

1.4 El delito y su inhibición

Parte fundamental que le da origen a este trabajo, es el delito, ya que es la razón de ser del derecho penal, su objeto de estudio. Y como ya se ha mencionado autoridades, políticos y la sociedad misma se han dado a la tarea de buscar los medios, recursos e instituciones para combatirlo, controlarlo y poder brindar seguridad jurídica a cada uno de los que la conforman. Por lo anterior, se verá su concepto, cuáles son los factores que intervienen en la comisión de una conducta criminal y los principales medios implementados para combatirlo.

El delito como fenómeno social aparece casi a un tiempo que la sociedad en la faz de la tierra. Se encuentra en la historia bíblica al nacimiento de la sociedad, con la expulsión de Adán y Eva del Paraíso, al haber desobedecido las órdenes del Creador, con el delito de homicidio cuando Abel cae bajo los golpes de Caín y desde ahí, encontramos una sucesión infinita de crímenes, de los más leves a los más graves. En el ámbito antropológico, los rastros de los crímenes tribales se han encontrado en los restos prehistóricos analizados por los investigadores y con los hallazgos en las tumbas de culturas arcaicas así como en las tradiciones orales de los pueblos más antiguos.

Asesinatos, fraudes, robos, son conductas frecuentes en todos los niveles culturales de la sociedad individual o globalmente considerada. Tal vez la idea de entender al delito como una entidad artificial, creada por los hombres usufructuarios del poder, para mantener la

tranquilidad de sus súbditos o para mantenerse en el poder, nos permita explicar la existencia permanente, como medida de control social de acuerdo con alguna postura de la criminología moderna. Pero no podemos desentendernos de las consecuencias que para la sociedad representan ciertos hechos que lesionan o impiden la convivencia pacífica y que en la mayoría de las agrupaciones sociales se ha convenido en sancionar con un mayor rigor que otras violaciones a las normas, sociales y jurídicas, desde las etapas de las agrupaciones humanas más primitivas hasta las sociedades más modernas y actuales. Este tipo de sanciones son las penales, respecto de las cuales sabemos que en la actualidad tiene una finalidad, tanto de defensa social como de readaptación. Es decir, proteger a la sociedad frente a la posibilidad de reincidencia del delincuente y a éste del abuso del poder de castigar, son funciones modernas del sistema penal (Mendoza, 2000:14).

Sin embargo, para llegar al punto en que nos encontramos actualmente, se han hecho una serie de investigaciones, estudios y análisis de tipo antropológico, psicológico, biológico, económico, político, cultural y social para determinar cuáles son los factores que inducen a la conducta criminal y determinar qué medios utilizar para combatir el delito?

De tal manera que para abordar específicamente este punto, debemos partir por el principio. Luego entonces, se analizará qué se entiende por delito, qué significa como fenómeno humano y cómo se considera científicamente para después establecer las ciencias que auxilian al derecho penal en su estudio y determinar qué medios emplear como control del mismo.

1.4.1 Concepto de delito

Si es verdad que la historia del crimen es inseparable de la historia del hombre, también lo es que el concepto de lo que se ha entendido por crimen o delito es diverso, cambiante según las circunstancias, los tiempos, las sociedades humanas de que se trate; y aún lo es tratándose de una misma comunidad nacional (Carrancá y Trujillo, 1955:17). De ahí que un mismo hecho en un mismo tiempo, para unos pueblos es lícito, para otros no lo es; o lo que fue lícito en un tiempo dado para un pueblo, dejó de serlo después.

Rafael Garófalo, representante de la escuela positivista define al delito, diciendo que: “Es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad” (Rodríguez Manzanera, 2001:5).

Ante tal definición se entiende que podemos ver al delito desde dos puntos. Como un delito natural, es decir que nace por sí mismo, al momento de la conducta realizada. Partiendo de que existe un sentimiento altruista que podemos considerar universal, entre todos los hombres con cierto grado de evolución cultural. Podemos concluir además que las sociedades sólo encuentran un crimen, cuando se lesionan sus sentimientos morales de piedad y de probidad; lesión entendida, no en lo más delicado de tales sentimientos, sino en la medida media en que son poseídos por la comunidad, medida que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Las ofensas al sentimiento de humanidad comprenderían las agresiones contra la vida de las personas, actos físicos que producen dolor físico y moral, (violación de la libertad personal, abuso sexual, entre otros). Mientras que las ofensas al sentimiento de probidad comprenden las agresiones

violentas contra la propiedad, (robo, despojo), agresiones sin violencia pero con abuso de la confianza (fraude) y lesiones indirectas a la propiedad (Carrancá y Trujillo, 1955:26-27). Y desde el punto de vista de un delito legal, que se presenta cuando todos los hechos mencionados anteriormente que lesionan los sentimientos de piedad o de probidad, son creación del legislador. Es decir son legalmente ilícitos.

En este esquema presentado por Garófalo, se observa un concepto sociológico del delito y que además parte de la necesidad de separar los intereses lesionados, es decir, distinguir lo civil de lo penal. Con lo cual podemos concluir que lo penal asigna una reparación de las violaciones que implican un daño social, más que individual; una ofensa directa al orden público, por la que tiene que entrar en función el poder coercitivo del Estado, empleando un medio específico que es la pena. Como lo hemos mencionado anteriormente, el objeto del derecho penal está constituido por los intereses generales de la comunidad humana a fin de prevenir y reprimir las ofensas a tales intereses (Carrancá y Trujillo, 1955).

Siendo así que en las diversas corrientes de la doctrina del derecho penal, crean su propio concepto jurídico del delito, el cual ha sido estudiado y perfeccionado por cada uno de ellos, de acuerdo a la época de su aportación teórica.

La escuela clásica por un lado, de la cual Francisco Carrara es su máximo expositor, define al delito como: “La infracción a la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante del acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (Castellanos, 1990:125).

1.4.2 Factores de criminalidad

El objeto primordial del derecho penal es estudiar al delito. Para Eugenio Cuello Calón, la ciencia del derecho penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad. Por su naturaleza la ciencia del derecho penal es normativa, su objeto lo constituye, de modo esencial, el estudio del Derecho Penal en forma ordenada, sistemática y racional; pero al lado de ella existen otras ciencias diversas en sus objetos y métodos, disciplinas causales explicativas conocidas como ciencias penales, que intentan explicar causas, estudiar el nexo entre el delito y los factores que influyen en su producción. Estas ciencias se incluyen en una disciplina más amplia: la Criminología, que se ocupa del estudio del delito considerado como fenómeno biológico y social. Esta disciplina ha auxiliado al derecho penal en la realización de estudios e investigaciones de los factores de criminalidad, métodos y medios para combatir el delito. La Criminología representa, el término de muchas Ciencias Penales, entre las cuales destacan la Antropología, la Sociología, la Endocrinología, la Psicología y la Estadística criminales. Y además existen otras, conocidas como Ciencias Auxiliares del Derecho Penal (Castellanos, 1990:24-25).

El interés por determinar cuáles son las causas que orillan al hombre a delinquir, provienen de una cuestión planteada en explicar cómo es posible que de un mismo medio social, bajo condiciones idénticas, unos hombres lleguen a delinquir y otros por el contrario son productivos y útiles para la colectividad.

Ante este planteamiento tan general, cada una de las ciencias penales y por su lado la sociología criminal, se dieron a la tarea de encontrar cada una desde sus ámbitos las causas criminológicas del hombre. Ya sea por cuestiones biológicas, sociales, culturales,

económicas o psicológicas del hombre delincuente. Por ello, veremos cómo cada una de estas disciplinas ha intentado responder a este cuestionamiento.

La Antropología Criminal tiene por objeto el estudio del hombre delincuente, investiga las causas biológicas del delito, se le denomina también Biología Criminal. Esta ciencia adquirió un enorme desarrollo con los estudios del positivista italiano César Lombroso, quien en 1876 publica el libro *El hombre delincuente*. La doctrina lombrosiana descansa en tres puntos fundamentales explicativos de la delincuencia, a saber el atavismo, la locura moral y la epilepsia (Castellanos, 1990:25).

Lombroso durante años examinó a cientos de delincuentes, en vida o muertos, tomando toda clase de medidas, informes, datos. Se le considera padre de la criminología. En su libro titulado *El hombre delincuente*, plasmó la conclusión de sus estudios, la cual establece que el asesino es propiamente un criminal nato, nace criminal y es explicable por atavismo. El delincuente es un hombre que se ha quedado en un estadio primitivo en el que se presenta el retroceso de una evolución: la involución. El criminal es como un ser primitivo resucitado en una sociedad actual por un fenómeno de atavismo, esto es, de herencia regresiva. Hace una clasificación de los delincuentes basándose en las ideas de Ferri: Delincuente nato, loco, habitual: aquel que sin ser delincuente nato, en sentido estricto, lo es por la influencia del medio ambiente social, cometiendo delitos reiteradamente. Pasional: No es delincuente nato ni loco, llega al delito, como su nombre lo indica en un arranque pasional o emocional. Ocasional: Lombroso considera al delincuente ocasional como un pseudodelincuente, ya que llega al delito por accidente debido a la concurrencia de factores externos que lo orillan a la comisión del delito. En esta clasificación se incluyen los delitos culposos o sea los ejecutados por imprudencia,

negligencia, falta de previsión o de cuidado o por impericia. Este tipo de delincuente no comete delitos graves, sino delitos debido a circunstancias muy especiales o a la ocasión, como robos, fraudes, lesiones en riña (Rodríguez Manzanera, 2001).

La Sociología Criminal estudia la delincuencia desde el punto de vista social, pretende hallar sus causas, más que en el factor personal, en el medio ambiente. Enrique Ferri le dio gran impulso a esta ciencia, estableció además de la antropológica, la sociológica como causa de la delincuencia. Desecha la teoría del libre albedrío y afirma la responsabilidad por la peligrosidad del agente y del daño causado por su acción criminal, debida a factores antropológicos, sociológicos y físicos. En su libro sociología criminal, agrega las medidas de prevención social, como los medios más eficaces para combatir la criminalidad.

Ferri fue una influencia para que la Escuela Positiva aceptase que el delito se produce por la conjunción de tres clases de factores: unos de carácter individual (raza, herencia, temperamento) otros físicos (temperatura, altitud) y los sociales que proceden del contacto entre los seres humanos (Castellanos, 1990:26).

La Endocrinología Criminal trata de descubrir el origen de la delincuencia en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna, la influencia de las hormonas en la etiología y la aparición del delito. El desequilibrio de las secreciones glandulares crea trastornos en la conducta humana, que a su vez motivan el delito. (Castellanos, 1990:26)

La Psicología Criminal es una rama de la Antropología Criminal, estudia al hombre delincuente en sus caracteres psíquicos. Sigmund Freud ve al delito como el resultado del ello, es decir, del instinto, que triunfa sobre el super yo, o sea la conciencia moral (Castellanos, 1990:26).

La Estadística Criminal según Cuello Calón, da a conocer las relaciones de causalidad existentes entre determinadas condiciones personales, determinados fenómenos físicos y sociales y la criminalidad, pone de relieve sus causas, su aumento o disminución y formas de aparición. De las ciencias auxiliares del derecho penal las principales son la medicina legal y la criminalística (Castellanos, 1990:28).

La Medicina Legal tiene por objeto poner al servicio de la administración de justicia penal los conocimientos y las técnicas medico-quirúrgicas. En la investigación de infinidad de delitos y en el tratamiento de los delincuentes, se requiere del auxilio de médicos forenses, sobre todo en relación con los delitos de sangre y de tipo sexual (Castellanos, 1990:28).

La Criminalística, esta constituida por el conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del *modus* operando del delito y al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas.

Además es importante mencionar a la Política Criminal, definida como la ciencia conforme a la cual el Estado debe realizar la prevención y la represión del delito. Esta disciplina representa el aprovechamiento práctico, por parte del Gobierno, de los conocimientos adquiridos por las ciencias penales, a fin de dictar las disposiciones pertinentes para el logro de la conservación básica del orden social (Castellanos, 1990:29).

La Criminología es el conjunto de conocimientos que se ocupan de las conductas antisociales, fundamentalmente de las señaladas como delitos, así como de los motivos, causas o factores que inducen al hombre a delinquir. La Criminología tiene ante sí la tarea del estudio de la personalidad del delincuente, de quien ha violado la norma

jurídico-penal, pero su misión es aportar con sus estudios al legislador dictar leyes preventivas basadas en el conocimiento de las causas o factores de la delincuencia (Orellana Wiarco, 2002:35).

Ahora bien, después de ver cómo explican algunas de las ciencias penales que conforman a la Criminología, el origen de la conducta criminal desde un aspecto individual, veremos causas sociales que dan origen a la delincuencia. Tratar de clasificar los factores causales del delito, ya sea directos o indirectos, nos hace explorar distintas posiciones doctrinales al respecto.

Von Liszt agrupa en primer lugar los factores individuales, es decir aquellos que se refieren a las particularidades individuales del delincuente y en segundo lugar las relaciones físicas y las sociales o relaciones externas inclusive la raza.

El profesor Mario Lins precisa que el delito como manifestación de un desajuste social, constituye una amenaza hacia determinados estándares o normas de convivencia social, osea una desviación del patrón típico considerado como normal. La explicación de la delincuencia es el resultado de una larga evolución, que partiendo de los datos iniciales, llega a la fase moderna constituida por su comprensión científica, desde la influencia atribuida a los espíritus malignos, a determinados animales u objetos materiales, hasta las causas generadoras de los actos anormales en que se corporiza la conducta de los individuos como la resultante de una inter-relación de factores que constituyen la conducta criminal y que actúan con interdependencia funcional (Carrancá y Trujillo,1955:78).

Los aspectos relacionados, ya sea con la constitución o la naturaleza humana, ya con el ambiente externo, pueden ser reducidos a cuatro grupos principales:

1. Aspectos físicos del ambiente
2. Aspectos socio-culturales
3. Aspectos fisiológicos de la naturaleza humana
4. Aspectos psicológicos

También es posible fijarse en lo que se ha llamado denominadores comunes de la delincuencia, los que no son sino factores causales de la conducta criminal. Tales como:

1. La frustración del individuo que no consigue realizar sus objetivos.
2. La inadecuada previsión en cuanto al castigo que resultaría como consecuencia del comportamiento criminal.
3. El conocimiento de las técnicas y proceso de realización del delito.

Para el citado Lins, la acusación de la conducta criminosa no resulta de las interferencias de uno o dos factores, sino de un complejo de factores variables, correlacionados entre sí lógico-funcionalmente; y pueden agruparse en cuatro grandes categorías: Física, biológica, psicológica y sociocultural, pudiendo alcanzarse la reducción de la delincuencia solo por medio del control de esos factores causales (Carrancá y Trujillo, 1955:79).

Raúl Carrancá y Trujillo clasifica las causas de la conducta criminal en tres grandes grupos:

1. Las causas individuales que se refieren particularmente al delincuente
 2. Las causas naturales (factores físicos, clima)
 3. Las causas sociales (religión, educación, familia) (Carrancá y Trujillo, 1955:79).
1. Factores Individuales: Entre los factores individuales causales de la conducta del

delincuente en primer lugar se encuentra la edad. La propensión criminosa se manifiesta en la primera infancia y en la infancia, por los pequeños hurtos domésticos, y al impulso de las pasiones aparecen los delitos sexuales; al cumplirse los veinte años, cuando la fuerza física ha completado su desarrollo, pasiones y vicios llevan a los delitos violentos, como el homicidio; posteriormente la madurez del juicio influye asimismo, transformando los delitos violentos en delitos de astucia y son entonces los abusos de confianza y los fraudes, que aprovechan la candidez ajena; al llegar la decadencia física, con la vejez y la codicia domina entre todas las pasiones, aunque no agotadas ellas, y se recae en los abusos deshonestos con personas menores de edad, como última manifestación de la fuerza. La conducta antisocial de los menores o jóvenes es de suma importancia, ya que es el primer índice de la criminalidad. Son precisamente ellos los delincuentes del mañana, los reincidentes (Carrancá y Trujillo, 1955:81).

En cuanto al sexo, se observa que ni en cantidad ni en calidad son iguales los porcentajes de la delincuencia en ambos sexos. Hay cierta clase de delitos que son particulares de uno de los dos sexos, como el infanticidio y el lenocinio que se particulariza en las mujeres. Mientras que el estupro, la violación son exclusivos de los hombres. Hay una desproporción según los sexos, tienen muy complejas causas entre las que destaca el factor económico, incluyendo el estado civil de la mujer, si es soltera, casada, viuda o divorciada. Asimismo otro punto importante es el factor prostitución, pues canaliza las tendencias antisociales que en los hombres desembocan en la criminalidad (Carrancá y Trujillo, 1955:83).

La instrucción por sí sola no es signo de adaptación social del hombre, por la que se inhiba de sus tendencias criminales, sino que con la instrucción debe ir aparejadamente la

educación, ya que la educación fortalece la voluntad del hombre, cimentándola en la moral, que al faltar ésta última, la ilustración no es benéfica, sino perniciosa. (Carrancá y Trujillo, 1955:84)

2. Factores naturales: Se incluyen como factores de conducta criminal, los factores geográficos y el clima. Ciertas especies delictivas se favorecen por determinadas circunstancias geográficas. Por ejemplo, las fronteras son propicias para el contrabando. En cuanto al clima y a las estaciones como factores de conductas criminales, puede decirse que lo son indirectos, es decir, que su influencia se reduce a producir ciertas circunstancias favorables. El clima cálido intensifica la energía y la sensibilidad, pero perturba el equilibrio fisiológico, lo que produce un grado máximo de hiperestesia nerviosa o irascibilidad. Todos estos fenómenos psíquicos pueden dar origen a los delitos afectivos y pasionales: venganzas, celos, atentados al pudor, etc. Se ha observado según estudios realizados que el aumento del número de los delitos contra las personas, como homicidio y lesiones, en contra de la libertad sexual, se halla en conexión con el efecto biológico del calor. En cambio el mayor número de los delitos contra la propiedad corresponde a la estación fría (Carrancá y Trujillo, 1955:119,121).

3. Factores Sociales: a) La familia: por su particular importancia, ya que es el medio natural en que se forma la personalidad social del hombre, es uno de los factores sociales que influyen en la conducta delictiva. El origen y nacimiento del sujeto están vinculados al hogar familiar. El origen legal, la procedencia de matrimonio legal, concubinato, influyen en la formación moral del hombre e incluso en su condición social. Influyen también en cuanto a los medios económicos de que se dispone, la alimentación y el vestido, por lo cual si se carece de estos, conduce a pequeños robos. En relación con la

criminología, la familia puede estar constituida regular o irregularmente. Regular sería un hogar en que los vínculos entre sus componentes están amparados por las leyes y fundados en las relaciones de mutuo respeto y afecto. En consecuencia, los cónyuges e hijos conviven en un orden de derechos y deberes recíprocos. Los irregulares son aquellos en que carecen de base sólida, que edifican su existencia sobre atractivos provisionales, generalmente de orden sexual, que no representan garantía para los hijos.

La importancia que desde el punto de vista socio criminal pueda adquirir la regularidad o irregularidad con que el hogar este constituido, deriva de que es el principal ambiente social del niño, capaz de modelar su personalidad moral. Es aquí donde inicia la adaptación del niño, por lo que muy probablemente si forma parte de un hogar irregular será muy probablemente un socialmente inadaptado, proclive al delito. Esto también implica un desamparo real, pues nada los protege de contra los vaivenes económicos, tan frecuentes de la vida moderna en crisis moral y económica.

El hogar constituye un medio cultural que todos comparten. Pero para el niño es decisivo en su formación. El hogar como medio social forma la personalidad del niño. De la sociedad de los padres nace la de los hijos, hasta que estos deciden la suya propia y la imponen con propio matiz y rumbo. Las condiciones de la vivienda de la familia en algunas ocasiones son incubadoras de delitos, ya que conviven con personas como prostitutas, borrachos, vecinos que riñen, etc (Carrancá y Trujillo, 1955:103-106).

b) Por otra parte el factor económico esta ligado a la vida del hombre desde su inicio en el hogar familiar. Por ello, la necesidad de estudiarlo como factor de la criminalidad.

Las estadísticas revelan como una de las causas generales de la delincuencia el factor económico, mediante las siguientes aportaciones: Carencia de los artículos de primera

necesidad, mala alimentación, pobreza. Si un país cuenta con una equilibrada distribución económica, permite una disminución de los delitos, por el contrario, si se sufre del factor económico, aumenta el índice de criminalidad. Pero de acuerdo con estudios e índices estadísticos revelan que aún manteniendo condiciones económicas favorables, los más altos índices de delincuencia corresponden a los delitos contra la vida y la integridad corporal, en tanto que cuando predominan condiciones económicas desfavorables, es mayor el índice de los delitos contra la propiedad. Asimismo, de estudios elaborados por sociólogos se aprecia que en las clases económicamente poderosas la delincuencia es menor que la de las clases pobres. Lo anterior puede explicarse ya que el mayor número de delitos atañe a la propiedad y aquellas clases no tienen urgencias económicas que las impulsen a delinquir. Sin embargo, muchos en su afán de mayor poderío económico o por codicia, resultan delitos como la usura, fraude. Dentro del aspecto económico se incluyen a la mala alimentación y la necesidad de vestido como causas de delincuencia. Con el delito se pretende satisfacer la insuficiencia alimenticia y enfermedades (Carrancá y Trujillo, 1955:109-110).

c) La educación: Conlleva un cúmulo de experiencias que influyen la vida del individuo y que van desde las producidas por su inserción en una comunidad independiente a la casa paterna, hasta la influencia directa y formativa de los maestros y compañeros de escuela. La relación escolaridad-conducta antisocial ha sido tema de investigaciones criminológicas entre las que se destaca a los esposos Glueck en la que demuestran que 85% de los jóvenes delincuentes corruptos se retrasaron en la escuela y la de Placido Alberto Horas, que de un grupo de 500 delincuentes, destaca que 235 resaltaba una

historia de fracasos escolares, rechazos de aprendizaje e inestabilidad emocional (Tocavén, 1979:21).

d) La sociedad: Es un mundo de la colectividad que ejerce sobre todos sus miembros una diversidad de influencias, de las más importantes cabe mencionar:

1. Fomentar el desarrollo de la personalidad
2. Facilitar en lo posible el logro de la felicidad
3. Promover y defender los valores humanos y culturales.

Otra función de la sociedad poco explorada por los sociólogos la de amparar y proteger al hombre en su necesidad de cobijo emocional.

El medio ambiente social inicia su influencia sobre el joven mucho antes de que termine o madure su desarrollo corporal y mental y continua o persiste su intervención de manera permanente sobre su personalidad. La sociedad representa el segundo mundo, después de la familia, en el que ha de vivir y del cual ha de recibir influencias para el desarrollo de su personalidad y con el que ha de enfrentarse y convertirse en un miembro que forma parte de ella.

La sociedad actúa sobre la conformación de los jóvenes mediante dos tipos de comunicación. Una que se representa por los métodos educativos, es decir por las normas pedagógicas de orden técnico y profesional. Otra que comprende a los influjos que involuntariamente la sociedad va depositando en la mente del niño y el joven a través de las pautas de vida, conductas y costumbres de los mayores a los que se considera como modelos o ejemplos, por la peculiar manera de ser de la sociedad (Tocavén, 1979:91-92).

Cabe señalar que en el mecanismo modelador de la sociedad sobre el adolescente tiene importancia como componente afectivo-emocional, porque durante la adolescencia, hay

una apertura hacia las influencias sociales junto con una disminución de las influencias familiares.

Las condiciones del medio social en que se desenvuelve el sujeto representan una influencia criminógena. En la ciudad la influencia es de mayor potencialidad que en el medio agrario, puesto que la ciudad tiene mayor densidad, también significa mayores oportunidades para la impunidad del delincuente y la comisión de delitos, sobre todo contra la propiedad, ya que los estímulos que brinda el dinero se sienten con mayor urgencia en la ciudad que en el campo, despertando necesidades falsas. Las desigualdades de la riqueza son menos hirientes en el campo que en la ciudad y por ello es menor el sentimiento de inferioridad (Tocavén, 1979:93).

1.4.3 Medios para combatir el delito

Una vez que hemos expuesto las cuestiones y factores que influyen en la conducta criminal, ahora trataremos sobre los medios de prevención y medidas para controlar el delito.

Jeremías Bentham señaló cuatro especies de remedios contra el delito:

1. Remedios preventivos, directos e indirectos
2. Remedios supresivos, que tienden a hacer cesar el delito
3. Remedios satisfactorios que miran a la satisfacción de la parte lesionada
4. Remedios penales o denominados penas

La doctrina penal estudia la teleología de la pena asignando a ésta, como fin, la reparación del daño por el delito cometido y la prevención de nuevos delitos (Carrancá y Trujillo, 1955:135).

Es así como las escuelas del derecho penal se encargaron de hacer estudios sobre cómo prevenir el delito y para ello se dividieron en preventivas y reparatoras, según se dirijan a la prevención general o a la prevención especial.

La prevención general considera la pena en relación con la colectividad y precisamente atendiendo a su potencialidad para mantener a los individuos alejados del delito, mediante la incriminación penal.

Mientras que la prevención especial es a aquella que considera la pena únicamente en relación con el sujeto que ha delinquido concibe la ejecución de la pena como el medio idóneo para intimidar a un hombre y evitar que reincida en la comisión de un delito (Carrancá y Trujillo, 1955:136).

La lucha contra el delito comprende aquellos medios e instituciones que el Estado pone en funcionamiento para la prevención general y especial. La pena es sólo uno de ellos, existen otros aspectos como implementación de planes económicos, políticos, educativos, y la familia que forma parte de los medios preventivos indirectos o informales que se interesan por combatir el fenómeno del delito. A continuación se verá cada uno de ellos:

Medidas económicas: El Estado deberá encargarse de construir un sistema económico distribuido equitativamente en la sociedad, de tal forma que cada hombre pueda ser igual a los demás y pueda desarrollar sus capacidades de intelecto, de trabajo con relación a lo que haya decidido realizar. De aquí la importancia de la política económica creada por el Estado ya que puede producir indirectamente el medio favorable para que se manifiesten las tendencias antisociales o todo lo contrario. Una de las implementaciones adoptadas por el Estado para recabar fondos y poder satisfacer las necesidades económicas y

productivas de su sociedad es el cobro de impuestos y aranceles por las actividades comerciales que en él se lleven a cabo, sin embargo esto implica a su vez conductas delictivas como evadir el pago de impuestos y el pago de tarifas aduaneras con lo cual se origina el contrabando de mercancías, por ejemplo (Carrancá y Trujillo, 1955:144).

Medidas de orden político y legislativo: Otra de las influencias para el índice delictivo, es la forma en que el Estado ejerce su poder. Los delitos políticos, rebeliones tienen su causa en la falta de concordancia entre Estado y Nación (Carrancá y Trujillo, 1955:147).

A ley constituye el orden social elaborado y fundado en las necesidades de una sociedad y dirigido a su progreso moral, es por ello que el respeto de todos a las leyes de un país, debe significar la ausencia de criminalidad. Sin embargo, ese respeto no es observable por todos los ciudadanos, en México por ejemplo, actualmente vive por acontecimientos en los que la sociedad muestra su inconformidad por medio de actos antisociales que reflejan la falta de política social de un gobierno, con los cuales se han provocado daños materiales, físicos y hasta la muerte de algunos gobernados. Las leyes justas y elaboradas con correcta técnica influyen en la disminución de delitos. Las reformas provocan que los procesos concluyan en absoluciones o favorables al reo (Carrancá y Trujillo, 1955:149-150).

Medidas de orden administrativo: A lo anterior pueden agregarse algunas medidas de tipo administrativo que se orientan a la prevención de la delincuencia, como apoyo a instituciones de la salud y creación de programas de ayuda para niños de la calle, con el fin de evitar que éstos incurran en conductas criminales (Carrancá y Trujillo, 1955:150).

Medidas de tipo educativo: El analfabetismo facilita la comisión de algunos delitos como el fraude, poco necesita el defraudador para engañar y tratándose de los pasivos

ignorantes, el defraudador solo requiere audacia, no de otros conocimientos. Es por ello que se concluye que la educación permite mayor capacitación para convivir con los demás, pues de lo contrario esto generaría una población con mayores delincuentes, en relación con los posibles engañados. Por ello la importancia de orientar recursos al apoyo del sistema educativo, con la finalidad de orientar y dirigir la inteligencia y capacidades de los que integran la sociedad en cuestión (Carrancá y Trujillo, 1955:153).

Medidas de orden familiar: La familia representa el medio en el cual se forman los principios, la moral, la cultura y la socialización de los individuos, representa además una unidad económica. Hemos tratado anteriormente las consecuencias de una familia disfuncional o en la cual hay uniones ilegítimas.

Algunas medidas adoptadas para mejorar las condiciones de unión familiar es el apoyo que brindan algunas instituciones de la salud, con el objeto de crear un status legal en el cual se otorguen derechos y seguridad a la mujer y a los hijos. Intentando así fomentar una educación moral en los hijos a través de la que se previene el delito por formar un criterio de lo bueno y lo malo (Carrancá y Trujillo, 1955:160).

Teoría del delito, evolución y problemas del sistema teórico

De acuerdo con Zaffaroni, la primera definición de delito con clara base sistemática probablemente sea la debida a Tiberio Deciani, jurisconsulto italiano, que en su *Tractatus Criminalis*, decía que “delito es el hecho, dicho o escrito del hombre, por dolo o por culpa prohibido por la ley vigente bajo amenaza de pena, que ninguna justa causa puede excusar”(Zaffaroni,1988:15). Viendo el contenido de esta definición comprende conceptos jurídicos propios del derecho penal en los cuales se toma la conducta o la

omisión del hombre, la responsabilidad o la imprudencia, así como la antijuricidad y como su consecuencia la sanción que se le imputa. Conceptos y elementos básicos para definir al delito en el mundo del derecho penal.

Sin embargo, de acuerdo con lo manifestado por Zaffaroni en su libro Tratado de Derecho Penal, en el derecho penal de varios países, entre ellos el argentino y el mexicano, falta precisión en el vocabulario legal, por lo cual se ha distinguido entre delito *stricto sensu* y delito *lato sensu*. Por delito *stricto sensu* se ha entendido como el que cuenta con todos los caracteres a que nos referiremos en el desarrollo de esta parte, en tanto que delito *lato sensu* sería la conducta típica o típica y antijurídica que llamamos injusto penal, es decir, la conducta que no es delito en sentido estricto, sea porque le faltan la antijuricidad y la culpabilidad o ésta última solamente.

Se ha pretendido que el delito queda suficientemente caracterizado como conducta punible, pero con ello nos hallamos frente a una ecuación con dos términos desconocidos: será delito lo que demande pena y pena lo que sea demandado por el delito. Es necesario reemplazar el adjetivo de punible por las condiciones que debe presentar la conducta para que sea punible, lo que debe darse en un orden lógico, constituyendo una estratificación que se da en el género conducta. El cual responde al objetivo práctico que persigue la teoría del delito, que es brindarnos un camino lógico para afirmar o descartar la criminalidad de las conductas concretas. Este objetivo práctico no lo alcanza ninguna concepción unitaria del delito, es decir, ningún concepto del delito que se niegue a distinguir planos o niveles analíticos (Zaffaroni, 1988:16-18).

Las teorías que han pretendido negar los planos o niveles analíticos, fundándose en criterios formales, realistas o políticos, han demostrado su infecundidad o sus desastrosos

resultados. Hay otras posiciones intermedias que pretenden estratificación analítica del delito. La mayoría de los autores reconocen que la afirmación de un concepto analítico del delito no importa la consideración del mismo como una suma de elementos.

El delito nunca puede ser una suma de elementos, porque su unidad esta dada por la acción o conducta. Sus tres caracteres específicos son precisamente características que están en la acción, que pertenecen a ella (Zaffaroni, 1988:18).

La conducta es el todo del delito y los que suelen llamarse elementos del delito son características de la conducta requeridas por el derecho para calificarla como delito. El análisis de esos elementos es lo que se estudia en un orden sin destruir el delito (Zaffaroni, 1988:27).

Para determinar qué es el delito, la ley describe determinadas conductas, las individualiza y luego las desvalora doblemente: una desvaloración de la conducta y otra de su autor en su circunstancia, que implica también una característica de la conducta.

La conducta es lo genérico y lo delictivo es lo específico: lo delictivo son conductas con ciertas características, pero los elementos que tomamos en cuenta para afirmar la existencia de esas características ya están en la conducta o son su circunstancia. Por ello, preferimos no hablar de elementos del delito, porque el delito no es un dominio, sino que todos sus elementos se hallan en la conducta o en la circunstancia, que implica una característica de la conducta (Zaffaroni, 1988:27).

En el código penal se señalan una serie de hipótesis, que indican cuándo hay delito y cuando no lo hay.

La conducta en el proceso constructivo del concepto dogmático del delito constituye su carácter genérico y en la averiguación de la delictuosidad de un hecho conforma una selección primera a la que corresponde descartar todos los hechos que no son conductas.

Tipicidad: A los dispositivos que la ley penal utiliza para individualizar conductas que pueden ser delitos se les llama tipos.

El segundo paso es averiguar si la conducta que investigamos está o no individualizada por alguno de estos tipos penales. De ser así, la circunstancia que reviste la conducta y se llamará tipicidad. Cuando no lo sea, se llamará atipicidad. Mientras que la conducta será típica.

Antijuricidad: Si el orden jurídico permite una conducta, esto significa que tal conducta no es contraria al mismo (antijurídica) sino conforme a él. Por ende, para que una conducta típica sea delito, requiere también ser antijurídica. Esta característica se comprueba objetivamente, en el sentido de que su afirmación se hace por la inexistencia de una disposición permisiva en el texto legal. Estas causas permisivas se denominan causas de justificación.

Las conductas típicas solo pueden llegar a ser delitos de no estar permitidas por algún precepto del orden jurídico. Estas conductas sólo nos sirven para ver la importancia de la tipicidad. Injusto es una conducta típica y antijurídica.

Culpabilidad: Pese a la presencia de un injusto no podemos aún afirmar la presencia de un delito: es necesario que ese injusto le sea jurídicamente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable (Zaffaroni, 1988:28-29).

En determinados supuestos, debido a la situación o estado en que se encuentra el autor, el orden jurídico no puede exigirle la realización de otra conducta distinta y conforme a

derecho, por ende, no puede reprocharle la conducta. La conducta no reprochable es la conducta de un autor no culpable y en ese caso, no hallamos con un injusto no culpable. En síntesis: Brevemente delito es conducta típica, antijurídica y culpable (Zaffaroni, 1988:30).

1.5.1 Etapas de la evolución teórica

El sistema de Liszt-Beling: Se caracteriza por la gran influencia que ejercía el pensamiento filosófico positivista. Se regía por el principio sistemático objetivo-subjetivo, el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva.

La conducta, a la que se privaba de la finalidad, estaba convertida en un acontecer causal. La voluntad era una capacidad de intervención muscular. El tipo abarcaba la exterioridad de la conducta, porque prescindía de cualquier elemento subjetivo. La antijuricidad era objetiva, en el sentido de que recaía sobre esa exterioridad de la conducta, y era señalada por Liszt como una dañosidad social. El injusto abarcaba así toda la causación física, en tanto que la culpabilidad, eminentemente subjetiva, consistía en la causación psíquica. De allí que se concibiera a la culpabilidad como una relación psicológica entre la conducta y el resultado (Zaffaroni, 1988:31).

Los llamados sistemas neoclásicos: Con el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad (Frank, 1907 en Zaffaroni, 1988) y la introducción de los elementos subjetivos del tipo en 1911, se construye un nuevo esquema del delito que lo concibe como una individualización del acto prohibido (conducta típica) y una doble desvaloración: del acto (antijuricidad) y del autor (culpabilidad). De cualquier manera, este análisis no altera fundamentalmente el sistema clásico, sino que se trata de nuevos

argumentos para sostener una sistemática clásica: hay sólo un ropaje neoclásico, pues la vieja teoría viene a apuntalar la antigua sistemática. En efecto: dolo y culpa permanecen en la culpabilidad; el tipo sigue siendo predominantemente objetivo y la antijuricidad también. Esta construcción neoclásica tuvo numerosos sostenedores (el resto del causalismo alemán contemporáneo se identifica con ella) y, por nuestra parte, entendemos que el más acabado intento de construcción de la misma, fue el realizado por Edmund Mezger en 1950, (citado por Zaffaroni, 1988), particularmente en su libro *Modernos caminos de la dogmática penal* (Zaffaroni, 1988:32).

De la teoría causalista se deriva la definición que hace Edmundo Mezger de delito, señalando: Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable, con base en la definición anterior, se estudiará al delito con cuatro elementos:

Conducta: La cual se entiende como el comportamiento voluntario y humano, que se traduce en un hacer, llamado acción, o en un no hacer, denominado omisión, conductas por medio de las cuales el ser humano puede modificar el mundo exterior.

Tipicidad: Como ya se mencionó, existen descripciones hechas por el legislador de las conductas que son consideradas delitos, a las cuales se les denomina tipos penales, la tipicidad será la adecuación de la conducta a esas descripciones.

Antijuricidad: Tradicionalmente se ha definido como lo contrario a derecho, debe entenderse como todo aquello que viola la ley, ésta puede ser: formal cuando en la ley se contiene una prohibición y el sujeto no cumple con ella, es material cuando aunque el tipo penal no prohíbe la conducta, pero la realización de la misma se encuentra sancionada con una pena.

Culpabilidad: Es el elemento interno del delito, lo que sucede en el alma del hombre, se defino como: “El nexa intelectual y emocional que una al sujeto con su acto”, sus formas son el dolo que se entiende como querer la conducta y querer el resultado; la culpa, es otra de las formas de la culpabilidad y se refiere a querer la conducta que se realiza sin aceptar el resultado o teniendo la esperanza de que éste no se presente (Molina Piñeiro, *et al*, 2004:76-77).

Los intentos posteriores no superan esa exposición, sino que son variantes de la misma teoría en decadencia. En cuanto a la neoclásica, los inconvenientes que plantea se derivan principalmente sin considerar que hay un concepto jurídico-penal de la acción distinto del óntico-ontológico; de la dificultad de manejar un concepto de tipo que está artificialmente privado de los datos subjetivos imprescindibles para individualizar la conducta prohibida y de confundir el juicio de desvalor con el objeto desvalorado, tanto en la antijuricidad como en la culpabilidad (Zaffaroni, 1988:33).

La sistemática finalista: Como resultado de la innegable subjetivización del tipo, se concibió a éste en forma compleja, o sea, objetivo y subjetivo (Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna). En tanto que para Weber el delito era concepto bipartito, porque sostenía que la tipicidad implica la antijuricidad (teoría de los elementos negativos del tipo: las causas de justificación son causas de atipicidad), para el Graf zu Dohna, la antijuricidad es el juicio que recae sobre el aspecto objetivo del tipo y la culpabilidad sobre el subjetivo.

Esta sistemática es perfeccionada por Welzel, quien sosteniendo un criterio tripartito afirma la pertenencia del dolo al tipo subjetivo, la independencia de la antijuricidad y la pertenencia de la posibilidad de comprensión de la antijuricidad a la culpabilidad, o sea,

separada del dolo (concepto que ya habían sostenido otros autores, que aún cuando considerasen al dolo en la culpabilidad, lo hacían separadamente). Welzel fue puliendo su teoría, particularmente en lo que a la estructura del tipo culposos se refiere y sus máximas exposiciones de conjunto se hallan en su obra *El derecho penal alemán*, última edición 1969 y *La nueva imagen del sistema del derecho penal* (Zaffaroni, 1988:33).

De acuerdo a la teoría finalista Hanz Welzel explica que si el delito parte de la acción y que no es otra cosa que la conducta voluntaria y humana, ésta tiene una finalidad, por ello se estima que solamente para el delito hay tres elementos, los cuales son:

La acción: que comprende al tipo objetivo, entendiéndose por ello a los elementos materiales del ilícito y al tipo subjetivo, que se refiere al elemento interno del delito, manifestado por medio del dolo o la culpa.

Tipicidad: Se refiere a que la acción que desarrolle el sujeto se adecue a la descripción hecha por el tipo penal de que se trate.

Antijuricidad: Se refiere, al igual que en la teoría causalista, a que se viole el derecho, pero aquí se habla del injusto penal y el establecimiento de un juicio de reproche, que se hará a la persona que realizó la conducta (Molina Piñeiro, *et al*, 2004:77).

La diferenciación de las estructuras analíticas sostenidas dentro de las varias concepciones o teorías del delito, se vinculan a criterios filosóficos determinados. Básicamente, hay tres grandes esquemas del delito, que son el aristotélico, el hegeliano y el causal (Zaffaroni, 1988:34).

Conforme al esquema aristotélico se entiende que un acto es “malo” no solo porque cause un resultado lesivo o negativo, sino porque ese resultado es causado voluntariamente. Además, este esquema presupone la admisión de la autodeterminación del hombre, es

decir, que se decide por un cierto orden de concepciones antropológicas, puesto que el delito no es sólo un acto voluntario que causa un resultado, sino que requiere la reprochabilidad de ese acto al autor, lo que en términos jurídicos se le denomina “culpabilidad”. La elección de este esquema no significa admitir sin límite alguno la transferencia del esquema ético aristotélico al campo jurídico-penal, puesto que hay consecuencias que son inadmisibles para cualquier derecho penal garantizador.

El esquema Hegeliano, partiendo de la base de que el delito sólo puede ser cometido por un hombre libre, debe comenzar por averiguar la culpabilidad (esquema “subjetivo-objetivo”).

El otro esquema, el causal, escinde de la conducta su contenido de voluntad sobre la base de muy diferentes puntos de partida filosóficos. El esquema positivista del delito es siempre un esquema causal, que rechaza la concepción del hombre como ente capaz de autodeterminación y, por consiguiente, no puede sostener la idea de culpabilidad. Lo que Liszt llamaba “culpabilidad, en realidad no era tal, sino que se trataba únicamente de contenidos subjetivos del delito. Para este pensamiento el delito era únicamente la causación de un resultado causación física en el positivismo ferriano, que respondía al determinismo monista, y causación a la vez física y psíquica en el positivismo lisztiano, que respondía al determinismo dualista). Dentro de la corriente del determinismo dualista alemán, que fue la más importante para la dogmática, se introdujeron dos variantes: la del Lilienthal (abandonada) y la de Beling, que reconocía que en el loco también hay una relación psíquica (lo que llamaban culpabilidad) y por ende, la imputabilidad no podía ser considerada como característica del delito, sino como un problema de punibilidad. La

variante de Beling consistió en distinguir, dentro de la causación física de Liszt, dos momentos: el de la tipicidad y el de la antijuricidad (Zaffaroni, 1988:34).

Dentro del esquema causal también se han movido las variantes menos extremas de éste, que no desconocían el carácter de ente capaz de autodeterminación en el hombre, pero que se movían por cauces totalmente contrarios en lo filosófico a los del positivismo. Nos referimos a las teorías del delito de origen idealista. Dentro de esta corriente hay que distinguir dos estructuras: la iluminista (esquema objetivo-subjetivo) y la neo-idealista, para la cual la presencia del injusto implica, sin más, la presencia de la autodeterminación.

Con la variante neo-kantiana del esquema causal se procura un retorno al esquema aristotélico, particularmente por la introducción de la culpabilidad (la llamada concepción normativa), pero sin embargo, pese a ese intento filosófico, no llega a la reinserción de las categorías que lógicamente se desprenden del análisis no causal, precisamente porque el neo-kantismo se esforzó por sostener la vigencia de la estructura analítica proveniente del positivismo dualista de Liszt-Beling. En general, estos son los esquemas fundamentales que Zaffaroni presenta de las teorías del delito, sobre los cuales otros autores han emitido sus propias críticas y variantes (Zaffaroni, 1988:35).

Esquema Aristotélico: Para Aristóteles la maldad de un acto no depende solo del resultado, sino también de la malicia. Un acto es malo (moralmente porque contiene caracteres objetivos y subjetivos que lo hacen malo). A su vez, el acto malo puede ser imputable o no imputable, lo que depende de la posibilidad que el sujeto haya tenido de actuar de otra manera (posibilidad que presupone que el sujeto es capaz de autodeterminación). El injusto (conducta típica y antijurídica) es tal porque contiene un

aspecto objetivo (causalidad, resultado, afectación del bien jurídico) y un aspecto subjetivo (dolo o culpa y elementos subjetivos diferentes.) A su vez el injusto puede ser culpable (delito) o inculpable, lo que depende de la posibilidad exigible que haya tenido el sujeto de actuar de otra manera. Tal es el esquema o estructura finalista, sostenido casi únicamente por la doctrina alemana contemporánea (Zaffaroni, 1988:37).

Esquema Hegeliano: El delito es un libre injusto, es decir, una libre conducta, tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos. Parte de que no hay conducta sin libertad, invirtiendo de este modo el esquema aristotélico: delito no es una conducta (injusto) imputable (culpable), sino que sin imputación no hay injusto. (Zaffaroni, 1988:37)

Esquema causal: 1. El Esquema Positivista: Niega la autodeterminación o afirma que la misma nada tiene que ver con la responsabilidad penal. En consecuencia, desaparece la imputación aristotélica, es decir, la culpabilidad normativa. El delito queda reducido al injusto y en razón de que considera todo regido por la causalidad, la conducta injusta (delito) no puede menos que ser concebida como la causación (objetivo-subjetiva) de un resultado lesivo. 2. Estructura del positivismo italiano de Enrico Ferri: A la causación del resultado sigue causalmente la sanción (el delincuente está determinado al delito y la sociedad está determinada a defenderse. La causación de la reacción social defensiva (sanción) dependerá del grado en que el autor esté determinado para causar más daño (peligrosidad). 3. Estructura del positivismo alemán de Von Liszt: El delito es causación objetiva (física) y subjetiva (psíquica). A la primera la llama injusto, es decir, al aspecto objetivo del injusto del esquema aristotélico; a la segunda la llama culpabilidad, es decir, a lo que sería el aspecto subjetivo del injusto en el esquema aristotélico (culpabilidad psicológica). El delito es causación física y psíquica punible. Si la causación psíquica está

normalmente determinada hay delito y se aplica pena; si no lo está no se entra a su análisis y se aplica una medida. 4. Estructura de una variante del positivismo alemán Lilienthal: Aunque la determinación psíquica sea normal, también hay causación psíquica. Luego, la normal o anormal motivación es un mero problema de punibilidad. La anormal determinación psíquica (llamada inimputabilidad) es sólo una causa de exclusión de pena. 5. Estructura de otra variante del positivismo alemán Beling en 1906: En la causación física se deben distinguir dos niveles de análisis: La adecuación de la causación a lo descrito por la ley (tipicidad) y la falta de permiso jurídico (antijuricidad) (Zaffaroni, 1988:37-38).

Algunas de las variantes menos extremas del Esquema Causal que aceptan la autodeterminación humana se encuentran:

1. Estructuras iluminista-kantianas de Carmignani, Carrara, Fevrbach que recibían la influencia de la física newtoniana de la ilustración, pero admitían la libertad del hombre del idealismo. Compaginaban eso diciendo que la libertad es a lo humano lo que la causalidad física es a la naturaleza. Conforman a ello el delito es producción de un resultado lesivo, causal en lo objetivo y libre en lo subjetivo.
2. Estructura neo-idealista de Antolisei: Acepta que sin libertad no hay conducta, pero invierte la afirmación: siempre que hay conducta hay libertad, aunque reconoce que no siempre es igual el grado de libertad. Como consecuencia: cuando hay injusto (objetivo y subjetivo) hay imputación y hay delito, porque no admite un injusto no imputable (no sería libre y no sería conducta). El grado de libertad servirá para determinar si se aplica una pena o una medida. Por otro camino llega a la estructura del positivismo alemán de Lilienthal (Zaffaroni, 1988:38).

3. Variante Neokantiana del esquema causal: Quiere retomar el esquema aristotélico, con la culpabilidad normativa (que es la imputación aristotélica). Al mismo tiempo quiere retener lo subjetivo en la culpabilidad y relegar al injusto sólo, o casi sólo su aspecto objetivo. Para ello se percata de que el injusto objetivo nunca puede ser una conducta. Evita este problema construyendo un concepto propio de conducta, estrictamente jurídico-penal de Mezger y Baumann (Zaffaroni, 1988:38).

De estas dos grandes estructuras teóricas del delito (causalista y finalista), sobre las cuales todos los autores han elaborado ciertas variantes, surge la necesidad de seguir estudiando la manera de no separarlas, sino de que sean complementarias y adaptarlas a las necesidades de cada sociedad para inhibir la delincuencia. Es así que surge una gran discusión respecto de la esencia de los elementos que componen la teoría del delito y ver cómo funcionaría la doctrina aplicada en los casos concretos del país en cuestión.

II. Política Criminal

En el capítulo anterior se habló sobre el derecho penal y sus funciones y se arribó a la conclusión de que proveer de seguridad jurídica a la sociedad es su función primordial. También se señaló que para lograr ese objetivo por el cual, el hombre creó el derecho penal, se ha ido tras la búsqueda de las causas de la conducta criminal, ha investigado cómo combatirla y cómo tratar a quienes ejecutan tales conductas. Por ello, a lo largo de los años y de las conclusiones de los estudiosos como Ferri, Lombroso, Welzel, Jakobs, entre otros, han surgido teorías del delito, que como ya se mencionó fueron vistas en el capítulo anterior. Ahora bien, esas teorías, se han perfeccionado y por medio de ellas se ha creado la dogmática jurídico penal con la cual cada país ha establecido el Estado de Derecho que mejor se adecua para brindar seguridad jurídica a sus gobernados.

La importancia de esta reseña estriba en que para poder tocar el tema de la política criminal, es necesario mencionar la relación que guarda la dogmática jurídico penal con la primera disciplina mencionada. Es por ello que a continuación se hará un resumen de los puntos principales sobre los cuales se ha discutido al respecto:

Esta discusión se ha entendido principalmente como el formalismo que se concibe a la teoría del tipo penal, sin vinculación real a su contenido, es decir, a la lesión, dolosa o culposa de un bien jurídico. Otra postura es que la característica esencial del derecho penal es la pena retributiva. Básicamente la resistencia a la introducción del principio de culpabilidad, puesto que no se pudo comprender su significación con relación a la medida de la pena, pues carecía de los elementos conceptuales que le permitieran vincular la cuantificación de la pena con la del delito (Zaffaroni, 1988).

En la dogmática de las teorías absolutas se ha sostenido que un sistema completo, cerrado y falto de contradicciones, es una condición de la seguridad jurídica. El método tópico debería ser la consecuencia necesaria de la conjunción de sistemas antitéticos que subyacen en la dogmática y en la legislación penales actuales. Sin embargo, se ha preferido rechazarlo con el objeto de no comprometer la idea de la seguridad jurídica, legítimamente de las conclusiones dogmáticas, a pesar de utilizarse a diario en la práctica (Bacigalupo, 1989:41).

Durante años se ha ido tras la búsqueda de una dogmática jurídico penal que cumpla con su función importante, consistente en ofrecer certidumbre y seguridad jurídica a los individuos, para los efectos político-criminales en el marco de un sistema penal de un Estado democrático de derecho. Entonces se plantea el cuestionamiento sobre cuál de los dos sistemas finalismo y funcionalismo, puede ofrecer mayor seguridad jurídica para los individuos y facilitar que el derecho penal cumpla de mejor manera con su misión de proteger bienes jurídicos.

La dogmática penal tendrá que mostrar su capacidad para que en la creación de los tipos penales se haga efectivo el principio político-criminal *nullum crimen sine lege*, de suerte que de sus contenidos se derive seguridad jurídica para los individuos. Por ello, habrá que observar que las bases que aporte sean las adecuadas, para que la decisión política del legislador sea también tomada adecuadamente y la ley que dé origen se corresponda con la exigencia ideológica del Estado de derecho. Por otro lado, si la intervención, solo se concreta a interpretar la ley y dar criterios al juzgador para su aplicación concreta, entonces la dogmática determinará qué ideología encierra la ley, si ella es acorde o no a la de la Constitución, si tiene contradicciones y, en su caso, proponer su modificación.

Esto implica que la labor de la dogmática no puede limitarse simplemente a la literalidad de la ley, esto es, a hacer una mera exégesis de ella, mucho menos que se convierta en su servil, sino que debe explicar sus bases o fundamentos filosóficos y políticos, así como sus implicaciones prácticas, e incluso ser crítica ante ella. En efecto, en la búsqueda del real sentido de la ley la dogmática jurídico-penal, que tiene como principal punto de referencia y objeto de estudio a la ley penal existente y en torno a la cual se construye y desarrolla, desentrañando y sistematizando su contenido, puede descubrir lagunas o contradicciones, falta de precisión y de uniformidad de criterios político-criminales, o la presencia de criterios que no se ajustan a una determinada ideología y que, por ello, pueden permitir violaciones de derechos humanos. Por ello, así como pueden diferenciarse diversos tipos de política criminal, pueden también distinguirse diferentes tipos de dogmática y de dogmáticos: los que procuran justificar o legitimar sistemas penales autoritarios o totalitarios, sugiriendo las bases teóricas para ello, como la escuela de Kiel en Alemania a raíz del nacionalismo, cuyos representantes Dahm y Schaffstein optaron por un derecho penal autoritario en lugar de un derecho penal liberal, planteando bases dogmáticas para este tipo de derecho penal. Por otro extremo, se erige una dogmática penal con una ideología caracterizada de liberal y democrática, que pugna por una política criminal y un sistema penal respetuoso del hombre, que consideran a éste como una persona, como un fin en sí mismo capaz y libre, que por ello constituye o debe constituir el centro de atención de todo quehacer estatal. Conforme a este concepto, el derecho penal y el sistema penal deben estar al servicio del hombre y no para servirse del hombre. En la medida en que la dogmática jurídico-penal puede analizarse críticamente al derecho penal, se convierte en un instrumento de proposiciones y de cambios, de

transformaciones de su propio objeto de estudio. Se establece de esta manera un proceso de retroalimentación entre dogmática penal y política criminal, haciéndose posible la existencia entre ellas. De ahí la importancia de la dogmática jurídico penal para uniformar los criterios en atención a los fines político criminales que se le atribuyen al derecho penal en un determinado contexto. Pero si respecto de la política criminal es exigible que ésta sea coherente en su integridad, que se fundamente en criterios uniformes, según requerimientos del estado democrático de derecho, es igualmente exigible que la dogmática jurídico penal sea coherente tanto ideológicamente hablando como con relación a la forma de sus construcciones. Una dogmática coherente permitirá una mejor toma de decisiones político-criminales, con relación a la ideología constitucional y a su funcionalidad de un sistema penal de un Estado democrático de Derecho (Jakobs, *et al*, 2002:72-74).

El cual, debe ser de acuerdo a las exigencias de un Estado democrático de derecho, basado en principios fundamentales, cuya función es limitar el poder penal del Estado y garantizar los derechos de los individuos frente al ejercicio de tal poder. Por supuesto que optar por una política criminal que se ajuste a estas exigencias, no presupone sobre la función o fines que corresponden a la pena, ni resuelve el problema en torno a la forma de cómo el derecho penal pueda cumplir con la misión político criminal que se le atribuye. Del tipo de política criminal, puede derivarse la necesidad de observar ciertos principios fundamentales, que orienten a la dogmática penal (Jakobs, *et al*, 2002:75-76).

Roxin expuso no sólo la necesidad de orientar la dogmática penal a la política criminal, que las construcciones sistemáticas cumplan una determinada función para los efectos político criminales, dado los fines que se le atribuyen al objeto de estudio de la dogmática

jurídico penal, sino que ha tomado el método teleológico de los neokantianos. Sin embargo, cabe mencionar que según Moisés Moreno otros estudiosos, entre ellos Liszt, ya habían hecho estas consideraciones. De entre las cuales habló de un sistema cerrado, en el cual la ciencia del derecho penal debe desarrollar los preceptos concretos de la ley. Entonces aquí habría que analizar las consecuencias prácticas de un sistema flexible y las de un sistema cerrado o formal. La tesis de Welzel (ontologismo) señala: “El legislador está vinculado no sólo a las leyes de la naturaleza física, sino que debe atender determinadas estructuras lógico-objetivas de la materia de su regulación, pues en caso contrario su regulación será necesariamente falsa”. Según Welzel, las cuestiones de la sistemática jurídico penal no se pueden desarrollar, como lo creen los puros positivistas, exclusivamente a partir de la ley. La dogmática penal se ocupa de la acción humana como objeto de regulación de las normas penales, y esa acción humana es la misma que la acción de la cual se ocupan las ciencias naturales, pero entendida no como hecho natural como lo habían sostenido Liszt, Beling y otros, sino como un fenómeno definido por la finalidad conforme a sentido, por ello, el concepto natural de acción como proceso causal, no puede ser admitido, porque carece de sentido. Las normas penales regulan acciones humanas tal como se dan en la realidad, con sus aspectos externos u objetivos, internos o subjetivos de los cuales destacan la causalidad y la finalidad como sus elementos de estructura. Luego entonces, lo plasmado en la regulación jurídica, es decir, en los tipos penales, es la acción tal como se da en el mundo real, por lo tanto, si la finalidad o dirección de la acción al resultado es un elemento constitutivo de la acción, entonces también debería serlo el tipo penal (*Ibidem*, 77-79).

La posición normativista: Roxin se refirió a las estructuras lógico-objetivas, como “estructuras permanentes”, a las cuales también el legislador está ligado y que no las puede modificar, afirmando que el legislador es totalmente libre en sus elaboraciones conceptuales y regulaciones, de tal forma que negó la existencia de alguna estructura final previamente dada. Un sistema cerrado, según Roxin, obstruye el camino para la solución de nuestro problema: aparta a la dogmática, de las decisiones valorativas político criminales y la incomunica de la realidad social. De ahí que Roxin plantee la necesidad de abandonar el método ontológico-lógico deductivo- propio del finalismo, para configurar el sistema del delito desde perspectivas funcionales o teleológicas. Con lo que propone la introducción de elementos valorativos-político criminales en la jerarquía del delito, incluir finalidades político-criminales en la dogmática (*Ibidem*, 82-83).

Por su parte Jakobs representa el modelo funcionalista de la teoría de los sistemas, desarrollada por Luhmann, que trata de acercar la dogmática a la sociología y que, ha influido en los últimos años en la doctrina penal alemana, siendo Jakobs quien ha llevado a cabo un análisis sistemático del delito y de la pena. Este sistema de Jakobs, opera tomando como único criterio la eficacia selectiva para mantener su equilibrio interno. El propio sistema de Luhmann selecciona sus límites. Se trata de una concepción en la que la sociedad es sociedad de comunicación, fuera de la cual el individuo concreto deja de tener sentido, por lo que es un sistema que sin duda se vincula con una concepción organicista en la que el hombre desaparece y queda reducido a un mero sub-sistema. Para el funcionalismo de Jakobs el fin esencial del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, como ha sido opinión dominante en la doctrina, sino más bien la protección de las normas penales. Es decir, el concepto tradicional y garantista de bien jurídico queda

opacado y en su lugar, reaparece el de dañosidad social, como el concepto funcionalista de lo que sería el objeto de protección penal. De ahí que lo que ahora más resalta sea la infidelidad del autor al ordenamiento jurídico y la necesidad de neutralizar la dañosidad social, así como de que la pena cumple la misión de confirmar la vigencia de la expectativa y de la norma defraudada por el autor. De lo anterior se observa que existen diferencias particulares entre los sistemas expuestos, ontologismo y normativismo como propuestas para el desarrollo de la política criminal de las cuales se ha afirmado que el finalismo de Welzel tiene pocos rendimientos para los efectos político-criminales. En cambio, para el funcionalismo, la dogmática jurídico penal debe orientarse a fines político-criminales, para que el jurista cuente con conceptos normativos flexibles, pues no exigen la sumisión del dogmático como sucede en los ontológicos y su contenido atiende a los fines del derecho penal (Jakobs, *et al*, 2002:84).

2.1 Concepto

La Política, en general, implica una utilidad social. La expresión, política penal se refiere a la cuestión de cómo el derecho penal se encarga de cumplir con su fin de protección social. Se encarga además de determinar cuáles serán los bienes jurídicos que deben tutelarse jurídico-penalmente y qué medios ha de utilizar para lograrlo (Zaffaroni, 1988). En su nacimiento, la política criminal representaba un programa de reforma del derecho penal encaminado fundamentalmente contra la teoría de la retribución, inspiradora de la legislación penal entonces vigente. El fundamento principal con el cual la teoría retributiva y ejecución penal dirigida a un tratamiento resocializador ha mantenido y

desarrollado el sistema legislativo y dogmático de las teorías absolutas ha sido la aptitud que se les asignó para salvaguardar la seguridad jurídica.

El derecho penal comprende dogmática y legislación para las teorías absolutas, mientras que Política Criminal representa un derecho penal fundado en concepciones preventivas derivadas de las ciencias sociales.

La diferencia del derecho penal frente a la política criminal sería conservar las estructuras legislativas y dogmáticas del derecho penal de las teorías absolutas, con el objeto de brindar seguridad jurídica bajo una reforma orientada hacia la prevención especial (Bacigalupo, 1989:33-35). Luego entonces la necesidad de establecer un concepto de política criminal que nos permita determinar cuáles son sus puntos fundamentales con relación a la pena, al derecho penal y los fines que pretende conseguir con respecto al sistema penal.

Zaffaroni dice que “criminal es aquella política relativa al fenómeno delictivo y como tal, no debe considerarse como parte de la política general del Estado. De tal forma que no podría de ninguna manera contrariar al derecho penal, puesto que éste es una materialización de aquella” (Zaffaroni, 1988:150).

Alfonso Quiroz Cuarón propuso denominarla política criminológica, frente a las corrientes de la criminología, sociología, pretendían dar a la misma un contenido crítico. Con ello se pretendía reclamar la criminologización de la política criminal y no la politización de la criminología. Aunque esta denominación tiene un sentido limitado, ya que resulta válida como justo reclamo en un contexto defectuoso (Zaffaroni, 1988:151).

La Política Criminal, es el resultado del esfuerzo del Estado por prevenir y reprimir las conductas antisociales. Los penalistas consideran a la política criminal como la ciencia

con la cual se puede dar un orden y estructuras en torno al delito, la pena y el delincuente. Con la cual los políticos del gobierno, la consideran como un instrumento para lograr sus propósitos de gobernabilidad y legitimación al poder público. De aquí la importancia y la relación paralela que tienen la política y el derecho, pues poder sin orden implica destrucción y orden sin poder, significa ineficacia social. De esa relación entre derecho y política, entre penalistas y gobernantes, surgieron propuestas con las cuales se ha tratado de definir, explicar e imponer la política del estado, dedicada a combatir las conductas antisociales intolerables (González de la Vega, 2000:1-2).

Franz Von Liszt, la definió como la disciplina que se ocupa de las formas o medios a poner en práctica por el Estado para una eficaz lucha contra el delito, auxiliándose siempre, por la criminología y la penología.

Jiménez de Asúa, por su parte la considera como el arte legislativo y podría definirse como el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hacer, según la disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el derecho de sus súbditos. Estas dos concepciones han representado el análisis de los objetivos, procedimientos, o medios que el Estado debe emplear para prevenir, perseguir e inhibir la conducta delictiva, partiendo de las necesidades de la propia sociedad (González de la Vega, 2000:3).

Según observaciones de Moisés Moreno en Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (2002), la política criminal puede verse desde dos sentidos diferentes: Para unos es una disciplina de observación que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en la realidad. Mientras que otros la

conciben como el arte de legislar o aplicar la ley con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito.

2.1.1 Función y características

La función de lucha contra el crimen y combate a la delincuencia, será necesariamente subordinada a la misión de seguridad jurídica de que parte toda la política penal del Estado. Es la seguridad jurídica la que impone la adopción misma del principio de legalidad, sin que le sea posible absolutizar ninguna lucha contra el delito (Zaffaroni, 1988:155-156).

“La política penal operacionaliza metas del sistema de derecho penal adelantado en preceptos legales penales...ellos definen las conductas que producen conflictos jurídico-penalmente relevantes y definen la clase y límites de la reacción jurídico-penal. En eso se agota el poder de la definición de la política criminal en dirección a la dogmática jurídico penal” (Hassemer Winfried en Zaffaroni, 1988:156).

De la expresión anterior podemos deducir que para contar con un proyecto de política criminal bien estructurado y para su buen funcionamiento es necesario utilizar algunas herramientas orientadas hacia ese fin. Una de ellas es la aplicación de la dogmática penal en los intereses que pretende tutelar el derecho penal.

Zaffaroni señala que la labor dogmática consiste en determinar el alcance del injusto, del reproche, de la punibilidad y de la penalidad, aplicando esta determinación en un sistema interpretativo, que permita prever soluciones para los casos particulares. La decisión política es el sentido que se le da a la norma y el alcance de la misma. Ambas se ejercen influencias recíprocas y a continuación veremos los aspectos en los cuales Zaffaroni

considera que la política penal se proyecta hacia la dogmática y la dogmática hacia la política penal (Zaffaroni, 1988:156).

La dogmática penal se proyecta hacia la política penal de la siguiente manera:

- a) Permite demostrar las deficiencias del texto que interpreta, de tal forma que se proyecta hacia la política penal, facilitándole la decisión política, obligándola a que expresarse con mayor perfección y coherencia. Asimismo le ofrece posibilidades de soluciones sistematizadas al elaborar los objetivos políticos penales.
- b) El sistema de comprensión elaborado por la ciencia jurídico penal puede provocar una crisis en los límites del horizonte de su proyección. Esto implicaría pasar de una condición de eficacia a una condición de existencia del derecho penal (Zaffaroni, 1988:157).

La política penal se proyecta, hacia la dogmática penal, en los siguientes momentos:

- a) Ayuda a comprender el alcance teleológico de la norma, sin perjuicio de que el dogmático deba apartarse del alcance que le indica la decisión política cuando no haya correlación teleológica entre el lenguaje y la decisión que lo funda.
- b) Posibilita la adecuación de la interpretación de la norma conforme a su sentido teleológico y adaptado de las variables impuestas por la dinámica social, en que tendrá por límite el alcance del lenguaje, particularmente cuando el exceso resulte más gravoso.

Hay una política penal materializada en la legislación penal positiva y criterios político-penales que son sostenidos frente a ésta en función crítica. Estos últimos configuran el aspecto o labor crítica de la política penal (Zaffaroni, 1988:158).

La función crítica de la política penal es de primordial importancia en cualquier sociedad que quiera evitar cataclismos políticos. La dinámica social siempre amenaza con anular la

eficacia de cualquier sistema penal, ya que puede provocar su pérdida de fundamentación antropológica (Zaffaroni, 1988:159).

En los países latinoamericanos cada vez se plantea con mayor insistencia la necesidad de una política criminal y, por tanto, de un derecho penal más acorde a las exigencias de un Estado democrático de derecho, que sea ampliamente respetuoso de los derechos humanos. Por tanto, si se habla de una necesaria vinculación entre política criminal y dogmática penal, habrá que referirse a una política criminal de éstas, imbricada de una ideología determinada, de una concepción filosófica y de una orientación política precisas: en torno al hombre, al Estado, al Derecho penal y a las funciones y fines que a éste corresponde.

2.2 Principios de la Política Criminal y proyectos de reforma

Después de haber señalado cómo es que surge la idea de crear una política criminal para que en armonía con el derecho penal, el Estado pueda prevenir y controlar la conducta criminal y así, proveer seguridad jurídica a la sociedad, en este apartado se verán los principios que rigen la política criminal.

El Estado de derecho con tendencia liberal, respecto a la autonomía ética, limitación del poder público, selección de los bienes jurídicos, para tutelar y la seguridad jurídica como fin, se caracteriza por varios principios, de los cuales son fundamentales el *nullum crimen sine conducta*, *nullum crimen sine lege*, *nullum crimen sine culpa* y el *nulla poena sine proevia lege penale*. Por lo tanto la política criminal que se ha manejado ha sido fundada en estos principios, mismos que a continuación se explican:

Nullum crimen sine conducta: excluye la posibilidad de punir la mera intención, pero como la conducta humana solo puede darse en sociedad, requiere que la conducta sea social, es decir de alguien frente a alguien.

Nullum crimen sine lege: requiere individualización legal, previa de las acciones que configuran delito. Ley racional, debe tener un fin, el de garantizar los bienes jurídicos de alguien.

Nullum crimen sine culpa: requiere que la acción delictiva se haya cometido al menos culposamente y que sea jurídicamente reprochable al autor.

Nulla poena sine proevia lege penale: satisface la necesidad de saber con precisión de qué bienes puede ser privada una persona al cometer un delito, pues de lo contrario implicaría una inseguridad a todos los que participan de la intención del derecho penal por regular y satisface el requerimiento de que la persona tenga la posibilidad de adecuar su conducta a la norma, dado que conoce la punibilidad de la misma.

Otro principio es el de racionalidad de la pena, que se deduce del objetivo del derecho penal: su finalidad es el aseguramiento de bienes jurídicos contra ataques graves. En consecuencia, la pena tiene el fin de cumplir el objetivo del derecho penal: proveer a la seguridad jurídica procurando evitar futuros ataques a los bienes jurídicos (Zaffaroni, 1988:368).

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, los cambios sociales, políticos, culturales, estos criterios sobre la creación de una política criminal con una buena orientación de la dogmática jurídica-penal, han sido criticados por investigadores preocupados por encontrar gracias a la evolución del derecho penal y sus ciencias auxiliares, un sistema penal que permita a la sociedad y al Estado brindar la garantía de la seguridad jurídica.

Es por ello que a continuación veremos una breve reseña de las críticas de algunos estudiosos de esta materia para llegar a los proyectos y propuestas de reforma en la creación y adecuación de la política criminal.

Puntos fundamentales de la teoría de la retribución y posteriormente se verá el análisis de Enrique Bacigalupo sobre la misma: Concibe al delito como un acto de desobediencia a una norma establecida por el legislador y vista como un esquema supone:

- El autor decide por el bien o el mal, si cumple o no con el orden jurídico.
- El deber jurídico está antes de la sanción. La pena es resultado de la lesión a la norma.
- La norma reclama al autor la lesión que se le hizo, la pena no es amenaza (Bacigalupo, 1989:36).

La dogmática elaborada sobre estos supuestos se funda para la definición del delito en dos categorías:

- La desobediencia consciente, lo injusto culpable, es decir el comportamiento contrario a la norma ejecutado conscientemente o por falta de cuidado.
- La punibilidad, la sanción por la desobediencia (Bacigalupo, 1989:36).

De acuerdo a Bacigalupo las críticas a este sistema se vinculan con el recurso de esta dogmática al uso de ficciones. Desde fuera del sistema:

- a) Esta concepción choca con la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad. La mayoría de los autores que siguen esta orientación considera que la libertad de voluntad no es un presupuesto necesario del derecho penal de culpabilidad. De ser así, la retribución carecerá de uno de sus puntos de apoyo esenciales.

b) Otro punto en contrario es la dificultad que presenta el concepto de deber jurídico concebido independiente de la amenaza de sanción. Esto implicaría solo deber ético y por lo tanto, la norma sólo podrá obligar a quien esté de acuerdo con ésta y de la necesidad de su cumplimiento pero no podrá obligar al disidente. En la práctica el autor por convicción es punible a pesar de la falta de fundamento para ello dentro de este sistema, pues el convencimiento ético del autor por convicción equivale a obrar sin libertad (Bacigalupo, 1989:37).

En cuanto al interior del sistema dogmático de las teorías absolutas queda un margen amplio para decisiones del intérprete basadas en criterios sin verificar:

a) La norma expresa la voluntad que ordena el legislador, el conocimiento de su contenido estará sujeto a los reparos de la llamada voluntad supra-individual del Estado.

b) En otro orden de ideas en la teoría del delito, se reconocen tres especies de causas que excluyen la punibilidad: las de justificación, las de inculpabilidad y las excusas absolutorias. De la clasificación de una excusa concreta en alguna de estas tres categorías dependen efectos jurídicos precisos que determinan la admisión de la defensa necesaria, la relevancia o no del error, y la extensión con respecto a los partícipes. La idea del interés preponderante resulta inidónea para estos fines, pues en primer lugar no puede explicar la razón por la que el sacrificio del interés menor da lugar a una justificación y no a una simple exclusión de la punibilidad (Bacigalupo, 1989:40-41).

En la actualidad la Política Criminal es un instrumento muy importante para juzgar nuestras leyes e instituciones, partiendo de la dogmática penal y así llevar a cabo las modificaciones necesarias para su buen funcionamiento.

El derecho penal ha ido evolucionando conjuntamente con la política criminal y la dogmática jurídica penal, esto ha dado como resultado diversos sistemas penales motivados bajo criterios y necesidades de la sociedad en que han tenido su origen, procurando analizar y definir las estructuras del sistema penal, a fin de que el legislador no incurra en contradicciones y pueda establezca criterios que permitan seguridad a la sociedad. Para ello es necesario saber aplicar la teoría del delito o de la imputación penal, se requiere necesariamente de un sistema normativo que establece las reglas jurídicas para ello, las cuales representan el poder estatal, pues es éste el que las establece. De aquí las preguntas: ¿Qué debe considerar el Estado para hacerlo? ¿Debe observar o no ciertas exigencias que tienen que ver con la realidad socio cultural en que legisla o aplica la ley? Esas exigencias son las que, legitiman el ejercicio de la potestad punitiva. Por otro lado, el contenido material del objeto de regulación no puede determinarse sólo en atención a exigencias político-criminales, dicho contenido le es previamente dado a quien toma la decisión político-criminal para los efectos político criminales (Jakobs, *et al*, 96-97).

En algunas sociedades, como lo menciona René González de la Vega, en su libro de la lucha contra el delito (2000), ha prosperado el Movimiento de Ley y Orden, bajo la premisa absoluta de que el crimen se ha extendido al ámbito internacional. Esta aseveración es una percepción más que una realidad y aunado a las estadísticas que indican incrementos delictivos, sin ser alarmantes, generan una psicosis social sobre la actividad criminal. A este efecto se deben dos factores: los medios de comunicación masiva y la actividad y opiniones de políticos, interesados en presentar una situación

aterradora, un sistema legal y judicial benigno y tolerante y una oferta de lucha dura contra los criminales (González de la Vega, 2000:4).

Esta Política denominada Ley y Orden se orienta, a sustentar la pena como castigo y con un estricto sentido retributivo, que consiste en una especie de vindicta social, la pena tiene sentido pedagógico y de orientación popular, pues es el pueblo quien la reconoce y acepta respetarla, temiéndola. Si se trata de delincuentes violentos, es necesario imponer una prisión mortificante y severa y por lo que hace a la prisión preventiva, ésta debe ampliarse como respuesta inmediata y eficaz. Estas medidas son argumento de los resultados del fracaso de las teorías readaptadoras y la crisis de la prisión que se vive en todo el mundo (González de la Vega, 2000:5).

Otra corriente es aquella que nace en marxismo puro, que pretende construir una Política Criminológica Socialista. Se le conoce como Nueva Criminología. Este movimiento ha encontrado distintas denominaciones en diversos países fundamentalmente europeos tales como: Criminología de la Reacción Social, Criminología Crítica, Economía Política del Delito o Criminología Radical. Es una reacción vigorosa a la Criminología Tradicional, derivada del pensamiento positivista, que ignora la etiología del delito y los aspectos psicológicos del crimen.

Los métodos dialécticos del materialismo histórico, aparecen a partir de 1968, con los movimientos universitarios que se dan en diversas partes del mundo, incluido México, como respuesta a la represión gubernamental, al sofocamiento del Poder público. Esta Política Criminológica, para estructurar sus propuestas, parte de la idea de la sociedad de clases, concibiendo al sistema sancionador como un ente organizado ideológicamente para servir de protección institucionalizada a los intereses de las clases dominantes, que

provocan su aplicación represora sobre las clases débiles con una estructura de dominio injusta y desigual en sus resultados o efectos (González de la Vega, 2000:6).

El principal punto de argumentación de la Nueva Criminología es la abolición de la pena de prisión, dada su demostrada ineficacia en la readaptación y sí en cambio, su claro sentido represor. Sus seguidores recomiendan generar un derecho penal parcelado por clase social; el crimen relativo a las clases trabajadoras debe enfocarse desde el análisis de los conflictos que se causen por el sistema capitalista, con toda la comprensión y tolerancia que esto implica. Los hechos delictivos provenientes de las clases dominantes, deben enjuiciarse en razón de la relación funcional que se da entre las normas jurídicas relativas a la creación de riqueza y los campos empresariales y políticos en juego. Otro postulado es el conocido como Movimiento de la Defensa Social de Filippo Gramática, denominado Nueva Defensa Social, que se distingue por no constituir un cuerpo o programa técnico, sujeto a reglas específicas, ni pretende ser una escuela o corriente de pensamiento, es de su impulsor, Marc Ancel, un movimiento por una toma de conciencia acerca de las nuevas necesidades sociales y éticas, frente a las antiguas estructuras y a las tradiciones obsoletas (González de la Vega, 2000:7).

De los diferentes tipos de política criminal que se plantean, podríamos decir que la actual tendencia dominante, al menos en el plano teórico, se pronuncia por la vigencia de una política criminal más acorde a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho, que sea respetuoso de los derechos humanos, que se ajuste a los lineamientos y directrices establecidos por las Constituciones Políticas de los Estados, así como por los instrumentos internacionales que sobre esta materia han sido aprobados por un gran número de países del mundo. En virtud de ello, sigue pugnándose por la observancia de

la idea que concibe al hombre no como una cosa o instrumento, sino como una persona, como un fin en sí mismo, como un ser capaz, como un ser libre, al que le son inherentes una serie de derechos y libertades. El Estado debe reconocerlos y respetarlos y, en virtud de ello, su poder se auto limita. En tal virtud, en el sistema de justicia penal que se diseñe y rija en cada Estado de derecho, deberá partir de esta concepción, solo así el Estado podrá exigir a los individuos ciertas conductas e imponer sanciones a quienes infrinjan sus normas. Asimismo, busca la vigencia de principios fundamentales que orienten a la actual política criminal de ese corte, entre los cuales se encuentran los principios de legalidad, legitimidad, ultima ratio, acto o conducta, bien jurídico, culpabilidad y el de racionalidad de las penas; los que, sin desconocer los cuestionamientos dirigidos contra algunos de ellos por su difícil demostración empírica, tienen la función de señalarle límites a las potestades gubernamentales y garantizar los derechos de los individuos frente al ejercicio del poder penal (Jakobs, *et al*, 67).

III. Análisis de las Reformas a los Artículos 16 y 19 Constitucionales

Compartiendo la opinión de Moisés Moreno en su libro Política Criminal y Reforma Penal, toda reforma constitucional o legislativa se justifica en la medida en que con ella se procura que las cosas funcionen mejor. De tal manera que una reforma a la legislación penal, se justifica al tratar que el sistema penal funcione mejor; esto implicaría reconocer que tanto la ley como el sistema que se encuentran vigentes, no están cumpliendo con sus objetivos, además de afirmar que con la reforma que se les incorpora, funcionaran mejor; para lograrlo deberá tenerse claro para que sirve el sistema penal, como debe lograr sus objetivos y bajo que criterios se orientara. Una vez señalado esto, presentamos como antecedente las transformaciones legislativas del Código Penal del Distrito Federal de 1931, con el objeto de ver las tendencias político criminal y dogmático de la legislación y del sistema penal mexicano y establecer las razones de la iniciativa de reformas constitucionales de 1993.

El contenido del Código Penal del Distrito Federal de 1931 tiene una influencia de la corriente positivista italiana, la cual reconoce mas amplitud del poder punitivo del Estado frente a los derechos del hombre; adoptando corrientes de moda en otros países, sin considerar la ideología planteada en la Constitución de 1917, la cual prevé los lineamientos político-criminales del sistema de justicia penal en México, en la que se establecen los criterios que deben regir a la legislación penal y por tanto orientar los contenidos del Código Penal (Moreno Hernández, 1999:150). Esos lineamientos indican que la legislación penal mexicana debe revestir características propias de un sistema penal de un Estado democrático de derecho, ya que es el tipo de Estado que la

Constitución señala en su artículo 40. Sin embargo la ideología contenida en el Código Penal priva una serie de criterios y principios que en lugar de implicar garantías para los individuos frente al poder del Estado, son garantizadores de un excesivo poder punitivo de este en detrimento de los derechos del hombre. Por ejemplo desconoce el principio de inocencia y el principio de culpabilidad. Lo anterior provoco que se plantearan algunos proyectos de reforma al código de 1931 que estuvo vigente por mas de cincuenta anos, como el de 1949, 1958 y 1963; sin embargo fue en 1971 que México recibió un impulso legislativo debido al movimiento de renovación legal, cuando se establecen las Normas Mínimas Sobre Readaptación del Sentenciado y cuando la mayoría de los Estados de la Republica emprendieron reformas en la materia ejecutiva penal. Finalmente hasta 1983 se crea el anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que sirvió de antecedente a las reformas de 1984, con las cuales se observo un cambio sustancial en la legislación penal mexicana (Moreno Hernández, 1999).

La existencia de este anteproyecto se justifico en la necesidad de encontrar mejores alternativas, para un sistema de administración de la justicia, mas acorde con la esencia del Estado de derecho; además de la necesidad de que el derecho penal como uno de los instrumentos jurídicos del Estado, cumpla realmente con su función y se logren sus fines, de proteger eficazmente los bienes jurídicos mas fundamentales para la comunidad, cuyo desarrollo se apoya en el conocimiento de las realidades sociales, las aportaciones de la ciencia, la técnica, política criminal moderna y de la legislación penal comparada, las que adquieren mas injerencia en la tarea legislativa (Moreno Hernández, 1999,153).

Una vez verificado que la mayoría de los conceptos y principios contenidos en la legislación penal vigente no se adecuaban a los plasmados por la Ley Fundamental, surgió la necesidad de adecuarlos, adecuaciones plasmadas en el anteproyecto de 1983.

Las principales reformas en 1984 fue el que este Código tuviera como principios rectores el principio de intervención mínima, de legalidad, de culpabilidad, del bien jurídico, los cuales constituían límites al poder punitivo del Estado y representaban garantía para los individuos. Una reforma particularmente importante es la efectuada al artículo 9º, con la que se erradica el principio de presunción de intencionalidad, el cual establecía que, en todos los casos, la intención delictuosa se presume y que dicha presunción no se destruye aunque el acusado pruebe no haber actuado intencionalmente. Contrariando el principio de presunción de inocencia, el cual establece que a nadie se le aplicara una pena si no se demuestra su culpabilidad. En congruencia con el principio anterior también se erradicó el dogma que niega el llamado error de derecho y se adiciona la fracción XI al artículo 15, que se refiere al error como causa de exclusión de atenuación de la responsabilidad en términos de la propia ley. También se reformo el contenido del artículo 13, en relación a la autoría y participación del sujeto en la comisión de una conducta considerada como delito; desechando el concepto unitario de autor, y se dándole un trato diferente a cada uno de los involucrados, de acuerdo a la forma en que intervinieron en la conducta delictuosa, dependiendo de ello la punibilidad o la no punibilidad del que solo funge como instrumento en la autoría mediata. Asimismo se modifico el contenido del código en cuanto al catalogo de penas y medidas de seguridad, incorporando nuevas medidas penales como el tratamiento en libertad, semilibertad y el trabajo a favor de la comunidad y los días multa, alternativas a la pena de prisión (Moreno Hernández, 1999, 174-175).

Posteriormente vinieron otras reformas en 1985 y 1986 relativas al delito y a la responsabilidad penal. Lo anterior, pone de manifiesto la necesidad y el interés por cambiar la política contenida en la legislación penal, cambios que han implicado una evolución para el sistema penal mexicano, dándose un proceso de descriminalización, promoviendo un sistema garantista, acorde a los criterios establecidos en la ley fundamental. Sin embargo, otras tantas reformas se han generado por motivaciones circunstanciales, lo que ha generado una cierta desconfianza en torno a las decisiones políticas que desvirtúan lo que inicialmente se pretendía.

3.1 Reforma de 1993

Ahora se expondrán las principales razones que impulsaron y motivaron a la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal a los artículos 16 y 19, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el tres de septiembre de 1993. Esta iniciativa de reformas y adiciones de 1993 se gestó en la LV Legislatura del Congreso de la Unión, siendo cámara de origen la de Diputados, en ella se planteó como eje central reformar el contenido de los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución, pero en tanto se discutían estas reformas en las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y de Justicia, un grupo de diputados, incorporó a la iniciativa una reforma al artículo 19 y la derogación de la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución, por lo tanto esto implicaría algunas modificaciones a las leyes procedimentales y la Ley de Amparo. Tales reformas al sistema penal tuvieron como propósitos establecer un régimen que brindara mayores garantías al inculcado, debido a los constantes y documentados actos de abuso de autoridad de todo tipo, buscando sentar las bases de un sistema penal garantista

privilegiando el principio de inocencia. Con motivo de la reforma, al artículo 16 constitucional se le adicionaron dos párrafos a los originalmente previstos, en el segundo de los cuales se reguló el libramiento de la orden de aprehensión precisando los elementos de fondo que debían cumplir las autoridades judiciales para girarla, con lo que se sustituyó la figura del cuerpo del delito, por los elementos del tipo penal. Para ser congruente con dicha propuesta, se modificó también el artículo 19 constitucional, haciéndose equivalentes los elementos exigibles para librar una orden de aprehensión con los requeridos para emitir un auto de formal prisión. Se regularon, también, las facultades del Ministerio Público para ordenar la detención de un sujeto en delito flagrante, o bien en casos urgentes tratándose de delitos graves si existía riesgo fundado de que el indiciado pudiera sustraerse de la acción de la justicia, así como las facultades del juez de ratificar o no dichas detenciones y actuar en consecuencia. Se definió también que el término máximo del que dispondría el Ministerio Público para efectuar una investigación con detenido, sería de 48 horas, que a decir de los legisladores era suficiente para la integración de la averiguación correspondiente, sobre todo considerando que el plazo que se le había concedido al juez en términos del artículo 19 constitucional para valorar el acervo probatorio era de 72 horas y que el plazo también corría en beneficio de la defensa del indiciado. Se estableció la excepción para el caso de delincuencia organizada. Cabe señalar que en muchos países que siguen la corriente finalista de la acción penal, la investigación con detenido que se efectúa (por cierto con autoridades judiciales) lleva varios días, semanas o en ocasiones meses, ello debido a que por su naturaleza está implícito el gran peso del procedimiento penal (Madrado Cuellar, 1999).

En cuanto al artículo 19 constitucional, se estableció que para emitir autos de formal prisión deberían aparecer datos suficientes que acreditaran los elementos del tipo penal del delito que se le imputaba al detenido y que hicieran probable su responsabilidad penal. El dictamen de las Comisiones, motivo de la reforma de 1993, se dirigió a la necesidad de compatibilizar la exigencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión, con los del auto de formal prisión o, en su caso, de sujeción a proceso, buscando superar el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal, con lo que se clasificaron los requisitos que debían ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y de esta manera se fortalecería la seguridad jurídica de los gobernados, al puntualizarse la obligación por parte de la autoridad de verificar la existencia del hecho delictuoso, además de la probable responsabilidad del inculcado. La reforma, sin embargo, fue mucho más allá de la substitución del término cuerpo del delito por el complejo concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal, ya que este cambio no se circunscribió a una mera cuestión semántica, sino que introdujo un nuevo sistema de enjuiciamiento penal muy explorado en diversos países del orbe y que funciona con eficacia dentro de contextos procedimentales muy distintos al nuestro, es decir, se adoptó una nueva forma de hacer justicia penal con abstracción de las condiciones que la hacen viable en otras latitudes, sólo por innovar (Madrado Cuellar, 1999).

A continuación se transcribe el contenido de los artículos 16 y 19 constitucionales antes de la reforma de septiembre de 1993:

Artículo 16 Constitucional:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente” (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1990:31-33).

Modificaciones al texto legal del artículo 16 Constitucional con la reforma publicada en Diario Oficial de la Federación del 3 de Septiembre de 1993:

“No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o

circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo...” (Diario Oficial de la Federación, 1993:4-5).

Artículo 19 Constitucional, antes de la reforma:

“Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se le impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arrojen la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades” (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1990:31-35).

Se modifica el primer párrafo del artículo 19 Constitucional, con la reforma de 1993:

“Artículo 19: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculcado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculcado en libertad” (Diario Oficial de la Federación, 1993:5-6).

A partir de este momento se abandonó en el país la diferenciación de los requisitos para librar órdenes de aprehensión y para emitir autos de sujeción a proceso o de formal prisión, con lo que las exigencias técnicas para que las instituciones procuradoras de justicia pudieran consignar una indagatoria y obtener una orden de aprehensión y así, una vez detenido el sujeto, conseguir un auto de procesamiento, es decir, las etapas de averiguación previa y de preinstrucción se convirtieron en la práctica en un procedimiento cuasi jurisdiccional previo y sumario, desnaturalizando su función y generando un severo desequilibrio en las etapas procedimentales.

Como se observa, estas reformas pretendieron ampliar significativamente la esfera de derechos de los inculpados, a través del establecimiento de estrictos requisitos constitucionales para poder privarlos de su libertad, lo cual se explica en un Estado de Derecho como el mexicano en términos de respeto a los derechos humanos. Las implicaciones de las reformas a los artículos 16 y 19 constitucionales, aunadas a las condiciones para el otorgamiento de la libertad caucional, fueron variadas. La más importante, por el impacto que produjo tanto en el desarrollo del proceso penal cuyas etapas perdieron su sentido y finalidad original -alterándose en detrimento de la justicia- como en el ámbito social, debido a la percepción de ineficiencia en las autoridades, corrupción en la prosecución e injusticia en la ley, fue la facilitación de ciertos espacios de impunidad. En México, antes de 1993, los extremos procesales que debían de probarse eran la existencia del cuerpo del delito, entendido como el conjunto de elementos objetivos o materiales que constituían la descripción típica del ilícito (por lo que la conducta debía de encuadrar perfectamente en la hipótesis penal para ser considerada delito), y la probable responsabilidad; el dolo o la culpa, elementos referidos a la culpabilidad, se probaban plenamente durante el proceso. Esto es, el cuerpo del delito estaba constituido por la tipicidad, por lo cual su comprobación requería solamente que la conducta del sujeto activo del delito actualizara todos y cada uno de los elementos materiales integradores del tipo, resultando necesario constatar el nexo causal entre el resultado típico y la conducta desplegada por el agente, por lo que es correcto afirmar que la conducta y la tipicidad pertenecían al cuerpo del delito, mientras que la antijuricidad y la culpabilidad eran parte de la responsabilidad penal; es por ello que atribuir la causación del resultado a una persona era una cuestión circunscrita a la responsabilidad.

A partir de septiembre de 1993 la situación cambió, el sistema penal ubica el dolo y la culpa (elementos subjetivos) en el tipo penal. En este sistema, la culpabilidad se concibe como un juicio de reproche que se hace al autor de una conducta antijurídica, por haber actuado en contra de lo que exige la norma, pudiendo haberlo hecho de otra manera, por tanto, la responsabilidad penal está compuesta de la conciencia de la antijuricidad y de la culpabilidad. Este sistema de enjuiciamiento plantea una mayor rigidez en el desarrollo del procedimiento penal, pero bajo circunstancias muy distintas a las que prevalecían en nuestro país. En la mayoría de los países en los que este sistema opera, las funciones de investigación policiaca de acusación, de procesamiento y de readaptación social, se encomiendan a distintos órganos del Poder Judicial en una enorme gama de matices y formas, que van desde la comunicación como forma legal de garantizar el éxito de una investigación, o la prisión preventiva para efectos de investigación antes de la acusación, por varios días, semanas o meses, hasta una gran libertad para la emisión de órdenes de aprehensión, en ocasiones sin la formalidad de un escrito, condiciones procesales que no existían ni existen en nuestro país. Con los cambios realizados con la reforma de septiembre de 1993 la figura del cuerpo del delito se sustituyó por la de los elementos del tipo penal para que el Ministerio Público ejerciera la acción penal y solicitase la correspondiente orden de aprehensión, así como para que el juez emitiera un auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

En los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se especificó claramente que en el auto de formal prisión debían estar acreditados todos y cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal, además de señalar las modificativas o calificativas del delito por el cual se consignaba a un "probable responsable"; sin

embargo, carentes de claridad sobre cuales son esos elementos, dejando a juicio del Ministerio Publico y del Juez como determinarlos. Bajo estas condiciones, la instrucción perdió también su finalidad porque en ella lo que realmente estaba a juicio era la calidad técnica de la actuación del Ministerio Público, con lo que se dejó a un lado la verdad jurídica sobre la conducta criminal. “En la averiguación y en la preinstrucción prácticamente se resolvía el asunto” (Madrado Cuellar, 1999).

En cuanto a las adecuaciones necesarias a las leyes secundarias, después de la entrada en vigor de las reformas constitucionales, el 10 de enero de 1994 se publicaron algunas reformas al Código Federal de Procedimientos Penales, ordenamiento que ajustándose a lo establecido por los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal, sustituye la expresión cuerpo del delito por elementos del tipo penal y además precisan cuales son dichos elementos, estableciéndose cambios al artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuya exposición de motivos fue la siguiente:

“Aparte de la mera adecuación terminológica, resulta de gran importancia practica el contenido que la iniciativa le asigna al artículo 168, pues de manera muy clara señala cuales son los elementos que integran el tipo penal, así como la forma de determinar la probable responsabilidad del inculpado, para cuya acreditación se podría hacer uso de cualquier medio probatorio”. “Tanto doctrina como jurisprudencia en materia penal han tenido diversidad de criterios por lo que hace al concepto y a los elementos del cuerpo del delito; y no obstante que en 1983 fue reformado el párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, así que el cuerpo del delito se integra de los elementos del tipo penal, el problema no se aclaro mucho, sobre todo para quienes aplican la ley, pues cada quien ha tenido un criterio distingo respecto de lo que es el tipo

penal y de lo que son sus elementos, porque la ley no lo precisa. De ahí la importancia del nuevo contenido del artículo 168, que sirve para orientar al Ministerio Público y a la autoridad judicial, ya sea para los efectos del ejercicio de la acción penal o bien para la orden de aprehensión o los autos de formal prisión y de sujeción a proceso” (Moreno Hernández, 1999:190).

El numeral antes referido, estableció en su primer párrafo como elementos del tipo los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido.
- II. La forma de intervención de los sujetos activos;
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribución a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados en la realización de la acción que produjo la lesión o el peligro del bien jurídico protegido, se acreditarán cuando el tipo lo requiera; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, exige su acreditación ya que en ciertos tipos penales estas circunstancias son relevantes para demostrar la probable responsabilidad del sujeto en cuestión, como por ejemplo el delito de robo calificado por haber sido cometido a lugar cerrado; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley previera. En los anteriores elementos se encuentran algunos considerados comunes a todo delito y otros que se plantean según las exigencias de cada tipo penal particular (*Ibidem*).

De conformidad con estas disposiciones, el Ministerio Público necesariamente tenía que comprobar que el activo se había propuesto un fin delictivo, es decir, la comisión de un delito, que había elegido los medios idóneos para su ejecución y que había previsto la causalidad correspondiente al fin ya determinado por medio de la conducta desplegada. Como se puede apreciar, se tenían que acreditar tanto los elementos objetivos como los subjetivos y los normativos, es decir, se exigieron al Ministerio Público mayores requisitos para ejercitar la acción penal. Por ello, para el Ministerio Público, acreditar los elementos del tipo penal, representó un obstáculo para su actividad investigadora, ya que no obstante que en la integración se allegaba de pruebas al juzgador para acreditar los elementos del tipo penal del delito, estas pruebas que demostraban la existencia de los elementos objetivos del tipo penal no eran suficientes, de acuerdo a la ley, para acreditar los elementos subjetivos y normativos requeridos y en consecuencia, obligaba a decretar la libertad de los inculpadados, con lo cual incremento la imagen de impunidad que la sociedad percibía del Estado. Esto último, se consideró como la principal causa para tener por insostenible tal reforma, argumentando que la propia ley dificultaba la labor de quienes la aplicaban, sin reconocer que existían fallas sistémicas al no tener dominio ni comprensión del concepto tipo penal y la carencia de técnica de investigación jurídica por parte del Ministerio Público, mostrando con ello una notoria falta de capacitación y profesionalización de su personal para aplicar adecuadamente las disposiciones legales, promoviendo una nueva reforma a finales de 1997, publicada en 1999.

En relación a la reforma al artículo 107 constitucional, se derogó la última fracción, es decir la número XVIII, toda vez que ya no se refería propiamente al juicio de amparo y debió haberse situado en el artículo 20 de la Constitución federal, que regula los derechos

del acusado en materia penal, ó en el 19, que establece los requisitos del auto de formal prisión o sujeción a proceso. Por tal motivo, fue derogada como parte de la reforma, publicada el 3 de septiembre de 1993, que modificó varios artículos relacionados con el proceso penal. Por tanto, el primer párrafo de la citada fracción pasó a ser la última parte del primer párrafo del artículo 19 constitucional (Fix Zamudio,1995:1082). En consecuencia se reformó la Ley de Amparo, la fracción X del artículo 73, relativa al amparo contra actos emanados de un procedimiento judicial, o administrativo seguido en forma de juicio, cuando por virtud de cambio de situación jurídica deban considerarse consumadas irreparablemente las violaciones reclamadas, por no poder decidirse en tal procedimiento sin afectar la nueva situación jurídica. Se le adicionó un segundo párrafo que literalmente señala: “Cuando por vía de amparo indirecto se reclamen violaciones a los artículos 16, 19 ó 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia prevista en este precepto. La autoridad judicial que conozca del proceso penal suspenderá en estos casos el procedimiento en lo que corresponda al quejoso una vez cerrada la instrucción, y hasta que sea notificada de la resolución que recaiga en el juicio de amparo pendiente” (Trueba Urbina y Trueba Barrera, 1994:87).

3.2 Reforma de 1999

En diciembre de 1997 el gobierno federal envió a la Cámara de Senadores, en funciones de órgano revisor, una iniciativa de reformas a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política y al Código Federal de Procedimientos

Penales, cuyo propósito consistió en superar el rezago del marco jurídico del país, contar con herramientas que combatirían a la delincuencia y la inseguridad pública, recuperando además la confianza social en las instituciones, logrando con ello hacer más eficiente la procuración de justicia en México a través de un cambio de la política criminológica. Cabe mencionar que el anteproyecto fue impulsado en mucho por la Procuraduría General de la República, toda vez que le convenía para facilitar la actividad investigadora del delito que le corresponde al Ministerio Público.

La exposición de motivos señala que la reforma de 1993 al artículo 16 “impuso a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de ordenes de aprehensión [y] consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones; [pero que -se afirma-] hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano; [estableciendo, además, que] después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, este ha permitido que por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia; [es decir que] evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando, consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad. [En virtud de ello, se propone] flexibilizar los requisitos establecidos en el artículo 16 Constitucional para obtener una orden de aprehensión, [para] hacer mas eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia” (Moreno Hernández, 1999:219-220). Tal exposición estimó suficientes la acreditación de la existencia de los elementos objetivos o materiales del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado; con ello se consideraba

restaurado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y los derechos del justiciable y eficientada la acción de las autoridades procuradoras de justicia y se combatía más eficazmente a la delincuencia.

En cuanto a los cambios propuestos por el Ejecutivo al artículo 19 Constitucional, se señaló la necesidad de modificar el segundo párrafo para que en la emisión de un auto de formal prisión se acreditara la plena existencia de los elementos del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad. Las exigencias probatorias a cargo del Ministerio Público no se reducirían con la reforma, sino que se cumplirían en las etapas procesales adecuadas. Para salvaguardar los fines de la seguridad pública, contar con mejores elementos y tener la posibilidad real de adecuar conforme a derecho las estructuras policiacas en beneficio de la sociedad mexicana, la iniciativa planteó que los miembros de las instituciones o cuerpos de seguridad pública no tendrían acción de reinstalación para el caso de baja, cese, destitución, remoción, separación o terminación de los efectos del nombramiento. Con esto se pretendió dotar a las corporaciones policiacas de herramientas que les permitieran depurar a los cuerpos de seguridad pública. La reforma propuesta no anularía el servicio civil de carrera, su propósito era garantizar que la función de seguridad pública se desarrollara con estricto apego a los principios constitucionales de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez. (Madrado Cuellar, 1999).

La iniciativa fue sometida a un amplio debate nacional. La Cámara de Senadores organizó varios foros de consulta con asociaciones de abogados, catedráticos, empresarios y organizaciones cívicas, para darla a conocer y fue presentada a los procuradores de justicia de todas las entidades. En octubre de 1998 las Comisiones

Unidades de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores emitieron el dictamen correspondiente, en el que se contienen modificaciones a la iniciativa del Ejecutivo y suprimiéndose la propuesta de modificación al artículo 20 constitucional. Las Comisiones propusieron, a la vez, una serie de modificaciones a la misma, dentro de las que destacó la recuperación del concepto "cuerpo del delito". En las referencias a los artículos 16 y 19 constitucionales, el dictamen señaló que el texto constitucional no debía seguir ninguna corriente doctrinal y que en la determinación de los requisitos exigibles para librar una orden de aprehensión y un auto de formal prisión debía buscarse un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y la facultad de la autoridad para perseguir y castigar delitos, lo que se lograba con el restablecimiento del concepto de cuerpo del delito anterior a la reforma de 1993. El documento fue contundente al determinar que es en el proceso penal donde se da la amplitud probatoria, por lo que es materia de éste, y a la sentencia definitiva corresponde la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado (*Ibidem*). En dicho dictamen se afirmó “lo que debía ser una colaboración de ministerios públicos y jueces a favor de la justicia, ha derivado en una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones publicas que recurrentemente se imputan mutuas fallas e ineficiencias, mientras que los delincuentes se benefician de esta situación”. Respecto a lo anterior, coincidentemente con Moisés Moreno como lo señala en su obra de Política Criminal observamos que dichas fallas, se imputan erróneamente a las exigencias que el artículo 16 constitucional establecía con la reforma de 1993; además no se puede hablar de una colaboración entre Ministerio Público y Jueces, toda vez que pertenecen a distintos órganos del Estado, por lo tanto cada uno tienen diferentes atribuciones en el

sistema penal, uno es el acusador y el otro es el que decide si se cumplieron con los requisitos que la ley establece para girar una orden de aprehensión o dictar un auto de formal prisión.

En congruencia con el texto del artículo 16, fue también modificada la iniciativa de reformas al artículo 19 definiéndose los requisitos específicos necesarios para que el juez emitiera un auto de formal prisión, como son la expresión del delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. El dictamen señala que “no considera necesaria la acreditación plena para los efectos del artículo 19, por considerar que se desnaturalizaría el juicio penal, ya que la convicción plena es propia de la parte final del proceso una vez desahogadas las pruebas”. (Madrado Cuellar, 1999).

A continuación se transcriben las modificaciones al texto legal de los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal:

Se reforma el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, publicado el ocho de marzo de 1999 “...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado” (Diario Oficial de la Federación, 1999).

Se modificó el primer párrafo, se adiciona un segundo párrafo y los dos subsecuentes pasan a ser tercero y cuarto párrafos del artículo 19 Constitucional, reformado y publicado en la Primera Sección del Diario Oficial del ocho de marzo de 1999:

“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaren: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.

La prolongación de la determinación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo, y si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.”

Así fue como se asentó que para librar una orden de aprehensión se requeriría que existiesen datos que acreditaran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se dedujese fundamentalmente la probable participación del indiciado en el hecho delictuoso. Con ello se reconoció que en las fases iniciales del proceso penal el grado de convicción del juez no tiene que ser pleno, sino que basta el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad para que se libre una orden de aprehensión.

Una vez publicada en 1999 tal la reforma, el ejecutivo envió inmediatamente una iniciativa de reformas a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales, señalando como

objetivo general “contar con instrumentos jurídicos necesarios para enfrentar con eficacia el fenómeno de la criminalidad que se vive en México”. Entre los objetivos específicos, se mencionaron los siguientes: Evitar que los responsables de delitos graves, gocen de los mismos beneficios que los de delitos de menor gravedad; establecer mayor sanción para quienes utilicen a menores de edad y a incapaces en comisión de delitos contra la salud; permitir a los cuerpos de seguridad pública, que puedan realizar un mayor número de detenciones sin necesidad de orden de aprehensión, evitando que el delincuente se sustraiga de la acción de la justicia y se deshaga de los instrumentos, objetos o productos del delito o que borre u oculte las huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad, entre otros. Estableciendo que para lograr los objetivos antes mencionados, proponen reformas a diversos numerales como el 27,85 y 90 del Código Penal Federal, la adición del artículo 73 bis, con el objeto de evitar beneficios como la semilibertad, el trabajo a favor de la comunidad, sustitución de la pena privativa de la libertad con excepción de delincuentes que aporten datos o pruebas de los que resulte la aprehensión de sus cómplices o de otros infractores de la ley. Asimismo se propuso adicionar y reformar los tipos penales de asociación delictuosa, tentativa de robo, robo calificado (Moreno Hernández, 1999:263-264).

De los párrafos anteriores, se observa que la reforma a la ley fundamental de 1999, se fundó partiendo de los señalamientos relativos a que la reforma de 1993 fue una medida que en la práctica causó gran confusión a las instituciones investigadoras de delitos, de procuración y administración de justicia a nivel nacional, cuyas consecuencias implicaba liberar a sujetos presuntamente responsables para el Ministerio Público en la comisión de delitos. Sin embargo, las fallas se encontraban dentro del sistema, no en la ley, ya que los

profesionales del derecho que la aplican, no contaban con el conocimiento ni la preparación profesional suficiente, hecho que se hizo notorio en la dificultad que tuvieron para acreditar todos los elementos del tipo penal, particularmente los elementos subjetivos, cuestión que no se manifestó en la exposición de motivos. Ante tal situación, las reformas promovidas en 1999, tendieron a flexibilizar los requisitos para girar una orden de aprehensión y un auto de formal prisión, además de volver a utilizar el concepto de cuerpo del delito, a efecto de beneficiar la función del Ministerio Público. Estos cambios, en consecuencia impactaron la legislación de las Entidades Federativas, sin embargo, no trascendieron en la inhibición ni en la disminución de la incidencia criminal, como se había pretendido según los objetivos de la reforma. Aunado a lo anterior, con las iniciativas de reforma a los Códigos Penal y de Procedimientos Penales Federales, se observan medidas características de un sistema autoritario, con las que se pretende ampliar el catálogo de delitos, endurecer las penas y reducir los beneficios a aquellos sujetos que se involucren en la comisión de un delito.

Por tal razón, se concluye que, aún cuando la legislación penal sustantiva se transforme parcialmente o de fondo, ésta no logrará por sí misma su objetivo, ni el sistema de justicia penal funcionará mejor si el sistema procesal penal continúa aplicando los criterios que han demostrado su poca funcionalidad. En tal virtud cabe señalar que el derecho penal materialmente, no puede ejecutarse por sí mismo, sino que es necesario para ello un procedimiento, de ahí la existencia del procedimiento penal. Sin embargo, habrá que plantear qué tipo de procedimiento penal es el adecuado en el sistema penal mexicano, Obviamente, será aquél que comulgue con los criterios y lineamientos ponderados en la ley fundamental, por lo tanto se trata de un procedimiento que proteja al inocente y trate

correctamente al culpable, es decir un procedimiento que cumpla con las exigencias de un Estado democrático de derecho. Con lo anterior y de acuerdo con la opinión del Doctor Moreno, la reforma legislativa que debe impulsarse en el sistema de justicia penal es la relativa al procedimiento, pues de éste depende la función que corresponde realizar al Ministerio Público, al Órgano judicial y a la defensa, así como la forma en que cada uno debe desarrollar su función. De tal forma que el sistema garantice una respuesta a la sociedad en cuanto a seguridad pública se refiere. De aquí la importancia de impulsar una reforma integral y de fondo entre los diversos órganos que conforman al Estado: el legislativo, el ejecutivo y el judicial; encaminada a una coordinación entre éstos, en la procuración y administración de justicia, con la finalidad de que dichas reformas cumplan como inhibidores de la conducta criminal.

3.3 Estrategias de los Poderes del Estado en la Procuración y Administración de Justicia.

La procuración de justicia en México, surge de la prohibición absoluta a toda persona de hacerse justicia por su propia mano y reclamar sus derechos mediante la violencia. Se parte del supuesto de que la procuración y administración de justicia son fundamentales en la vida social del país, primero porque son funciones que le corresponden al Estado y segundo porque con ellas, se garantizan los derechos fundamentales de las personas que viven en el; si estas no se realizan, entonces la convivencia social del Estado Mexicano corre riesgo, ya que si el Estado no cumple con su cometido, entonces se justificaría el buscar la justicia por si mismo. La incapacidad y corrupción de los órganos encargados de procurar y administrar la justicia, ha generado como consecuencia, la cultura de la impunidad en la sociedad mexicana y éste, es un factor de que incrementa la inseguridad

pública y con ello afecta la credibilidad de la sociedad hacia dichas instituciones. Tras la búsqueda de una mejor eficacia en la procuración y administración de justicia, en los últimos años, el sector legislativo se ha dedicado a reformar la Constitución Federal en su contenido penal, asimismo se ha reformado el Código Penal y de Procedimientos Penales, sin embargo no se realizaron en coordinación con los sectores ejecutivo y judicial, pues no se consideraron las funciones que éstos desempeñan dentro del sistema penal, con atribuciones que la propia ley fundamental establece. Sin embargo, a pesar de las reiteradas modificaciones al ordenamiento jurídico, ha persistido la ineficiencia, la impunidad, la corrupción y como consecuencia continua la falta de credibilidad en las instituciones de seguridad pública, y las reformas legales antes mencionadas han sido insuficientes para contrarrestar por sí mismas el fenómeno criminal. De lo anterior se concluye que el sistema de justicia mexicano, ha mantenido aisladas durante varios años, las labores de las instituciones encargadas de la prevención del delito, procuración y administración de justicia y de la readaptación social, sin advertir la importancia y necesidad de coordinarse para atender conjuntamente el fenómeno de la criminalidad.

Es evidente como se ha venido señalado, que el sistema penal debe reformarse, no obstante el movimiento de reformas a la Constitución en materia penal, algunas adecuadas (1984,1993) y otras no muy acertadas (1999), las leyes penales y el sistema en sí, no se han desarrollado adecuadamente y no ha podido responder a las exigencias de la colectividad ni a los criterios de un Estado democrático de derecho como México.

En 1994 se aprobaron reformas a diversos artículos de la Constitución Política, sobresaliendo las que tienen como finalidad el fortalecimiento del poder judicial incrementando su autonomía e independencia, garantizando la vigencia del principio de

división de poderes y el Estado de Derecho. Lo cual se ha subsanado con la reformas del 1993 y del 2000 al artículo 20 Constitucional, refiriéndose a las garantías de la víctima o del ofendido por el delito (Moreno Hernández, 2004:18).

Asimismo en 1994 se reformaron los artículos 21 y 73 fracción XXIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el propósito de crear el Sistema Nacional, para aplicar una política integral de seguridad publica. El artículo 21 Constitucional Federal, en sus párrafos quinto y sexto, literalmente establece: “La seguridad publica es una función a cargo de la Federación, los Estados, el Federal y los Municipios, en sus respectivas competencias, los cuales se coordinan los términos que la Ley señale”. En tanto que la fracción XXIII del artículo 73 señala: “Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Federal, los Estados y los Municipios, en materia de seguridad publica, así como la organización y funcionamiento, el ingreso, selección, promoción y reconocimiento integrantes de las instituciones de seguridad publica en el ámbito federal.” Es así como tiene su origen la Ley General que establece las bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Publica, prevé en los artículos 2 y 4, que el Sistema Nacional de Seguridad Publica se integra con las instancias, instrumentos, políticas, servicios y acciones previstos en la propia ley, tendientes a cumplir con los objetivos y fines de la seguridad publica; y que cuando sus disposiciones comprendan materias y acciones que incidan en diversos ámbitos de competencia de la federación, los estados, el Distrito Federal o los Municipios, se aplicaran y ejecutaran mediante convenios generales y específicos entre las partes componentes del Sistema Nacional de Seguridad Publica. Dentro de los objetivos de este sistema se encuentran: fortalecer al Estado mexicano, combatir sistemáticamente la

delincuencia, coordinar a las autoridades de los tres niveles de gobierno, profesionalizar al personal de seguridad pública, mediante programas especializados, modernizar la tecnología empleada, sistematizar e intercambiar información entre las instituciones del país así como coordinar las instancias y órganos auxiliares de la seguridad pública. En el mes de agosto del 1998, el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, suscribieron el Convenio de Coordinación para la realización de acciones, en torno al Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000, logrando tener mayor autonomía al estar coordinado con una Secretaría de Seguridad Pública Federal como un ente jurídico que integra las instancias, instrumentos, políticas y servicios tendientes a alcanzar seguridad pública en el país. Se define al Sistema Nacional de Seguridad Pública y es considerado como el factor que coordina las acciones contra la delincuencia en los tres niveles de gobierno y de las dependencias federales. También se describe como un órgano responsable de proporcionar los recursos tecnológicos y financieros para las tareas de prevención, procuración y administración de justicia, así como para la readaptación social, además de ser instrumento integrador de todas las instituciones involucradas en la seguridad pública nacional. Cabe señalar que no es un órgano de autoridad, ya que no sustituye a ninguna corporación o institución de seguridad pública (Morales, 2007).

En conclusión, el problema de la seguridad pública se ha tratado parcialmente y por sectores, ya que cada uno de estos, adopta su propia política criminal y sin unidad de criterios. Por tanto la estrategia político criminal a seguir, debe ser integral, que comprenda las medidas represivas de carácter penal, y las de prevención principalmente. Además, implica la reestructura del sistema penal, la cual comprende la legislación penal

(sustantiva, procedimental y ejecutiva), la forma de aplicación concreta, la forma de funcionamiento de los órganos encargados de la procuración y administración de justicia, así como del sistema penitenciario. Esta reforma integral deberá considerar a todos y cada unos de los sectores y niveles con la misma importancia, para garantizar su efectividad y respeto a los lineamientos de un Estado de derecho democrático. Para lograrlo deberá de contarse con un sistema penal que reconozca límites a la potestad punitiva del Estado y límites a la intervención penal. A continuación se mencionan las funciones de los tres sectores del Estado para la procuración y administración de justicia.

a) El órgano legislativo, por la observancia de ciertos principios fundamentales como la división de poderes, de reserva y el de legalidad, le corresponde dar origen a las leyes o normas penales, determinar y establecer en la ley que conductas deben considerarse delictivas y cuales son las penas a imponerse. También corresponde establecer el procedimiento a seguir para determinar la existencia de los presupuestos de la pena y la imposición de esta al caso concreto, entre otras atribuciones. La importancia de esta función, es que el legislador establece el marco jurídico que normara la actuación de los otros órganos del Estado en sus respectivas intervenciones en materia penal. Es decir, del contenido y alcances que el legislador otorgue a la ley penal, desde la fundamental, hasta la secundaria, dependerá la forma y alcances de la actuación del órgano investigador y acusador, así como del juzgador y del ejecutor penal, contenidos que posibilitan o no la vigilancia de los derechos humanos del hombre. Se ha observado que el legislador ha elaborado reformas, rigiéndose por razones emergentes, para obtener resultados a corto plazo debido a la continua exigencia de la sociedad. Sin embargo, estas tienen un efecto momentáneo y como ejemplo tenemos que la reforma de 1993 a los artículos 16 y 19

Constitucionales, que antes de tener cinco años de entrar en vigor, se reformó en 1999, volviendo al concepto anterior de cuerpo del delito, por las razones ya citadas en párrafos anteriores (Moreno Hernández, 2004).

Por ello, se concluye que el legislador debe ejercer su atribución con mayor profesionalismo y conocimiento sobre la realidad social que se vive en la época que pretende modificar la ley penal, además de contar y respetar las bases de una política criminal que permita responder a las exigencias y necesidades de la colectividad y no legisle por legislar. Deberá observar que dichas modificaciones a las leyes penales, cumplan con los lineamientos establecidos por la ley fundamental. Asimismo deberá sugerirse que por ser un Estado de derecho democrático, se busque implementar en la practica el principio de mínima intervención del derecho penal, con el fin de adoptar la medida penal solo como ultima ratio, de tal forma que se haga uso de otras medidas y alternativas, que auxilien en la prevención del delito, reduciendo así la idea adoptada en los últimos anos, de reformas las leyes endureciendo las sanciones penales, puesto que no ha logrado el objetivo de inhibir la conducta criminal, sino que por el contrario ha provocado credibilidad en las instituciones encargadas de la seguridad publica.

b) El sector ejecutivo ha sido el mas criticado en cuanto a su estructura, la función que realiza en la procuración de justicia y sobre todo la forma de llevarla acabo, debido a que el órgano persecutor del delito (Ministerio Publico) después de las reformas de 1993 a los artículos 16, 19 y 20 Constitucionales, así como las de 1994 a la ley secundaria, con las que se busco observar el principio de legalidad y proporcionar mayor seguridad jurídica, al introducir un criterio mas garantista que exigía la acreditación de los elementos del tipo para darle mayor consistencia al ejercicio de la acción penal, dicha institución no

manifestó ninguna eficacia, justificando dicha incapacidad institucional, en que la propia ley fundamental, entorpecía su función al establecer demasiadas exigencias al Ministerio Público para ejercitar la acción penal. Razón por la cual en 1999 se volvió al texto legal anterior, facilitando la actividad del Ministerio Público y en la actualidad se observa que dicha institución requiere de capacitación, técnicas de investigación y profesionalización (Moreno Hernández, 2004).

De lo anterior se pretende que exista mayor respeto del Ministerio público por el principio de legalidad, y darle mayor importancia a los intereses de la sociedad que representa, particularmente los de la víctima del delito.

c) La función judicial se puede definir en “juzgar”, “decir”, “proclamar el derecho”, respecto de los conflictos que son puestos a la consideración del órgano judicial y que requieren de una “solución imparcial”. Se trata de una función que se desarrolla por medio del proceso y la finalidad es garantizar la protección de los derechos del hombre y garantizar la efectividad del derecho (Moreno Hernández, 2004:96).

Este órgano también ha sido criticado ya que al interpretar y aplicar los criterios y pautas contenidos en las leyes y demás disposiciones generales se deduce que le falta independencia e imparcialidad, las cuales trascienden negativamente en la calidad de las resoluciones que este emite. Otro punto que se le critica es lo tortuoso de los procedimientos penales, la corrupción administrativa y la falta de criterios uniformes. En tal virtud, también en este sector deberá revisarse su estructura, la aplicación de la ley y que otras causas que obstaculicen la función judicial, con el objeto de efectuar las modificaciones integrales con los otros dos sectores del Estado y basadas en la política interna adoptada para mejor su desarrollo.

Además de revisar el funcionamiento y las estrategias establecidas por los tres sectores que conforman el Estado en cuanto a la procuración y administración de justicia, es necesario ver aquellas situaciones que repercuten en otras instituciones que participan en el sistema penal. En este caso se verá la situación del sistema penitenciario como parte de la Secretaría de Seguridad Pública, dependiente del Poder Ejecutivo. Las modificaciones legislativas a las leyes penales, particularmente al Código Penal, al crear mayores figuras delictivas, aumentar las penas privativas de libertad o disminuir el uso de alternativas a la prisión, repercuten también en el proceso penal y en la ejecución de la pena. Esto implica como consecuencia, la sobrepoblación penitenciaria que se conforma principalmente de individuos que no cuentan con los recursos suficientes para salir bajo fianza. Situación que se ha agravado por las reformas legales que aumentan el número de delitos graves por los que no puede aplicarse un sustitutivo de prisión. En cambio, si se pretendiera aplicar una política criminal apegada a un Estado democrático de derecho, cuyos principios de inocencia y de última ratio, procuran que toda persona goce del bien jurídico de la libertad, hasta en tanto se demuestre su completa participación dolosa en la comisión de una conducta considerada como delito por la ley. Para lograr lo anterior y evitar que los sujetos a proceso evadan la justicia penal, pueden implementarse sistemas tecnológicos modernos para que se les localice y aprehenda. Asimismo reducir el uso de la prisión preventiva y de la pena de prisión, sobre todo en aquellos casos en que los delitos no son graves y pueden aplicarse otras medidas de solución, de tal forma que las prisiones sean el último recurso y a su vez la población disminuya, pues las condiciones físicas y materiales actuales no son las adecuadas para el número de sujetos que las habitan. En el siguiente apartado con el objetivo de corroborar lo expuesto en relación a

la incidencia criminal y a la sobrepoblación en las cárceles del país, se presentarán algunos datos estadísticos al respecto, obtenidos antes y después de las reformas multicitadas con la finalidad de comparar su incremento o detrimento a partir de la aplicación de las nuevas disposiciones legales.

IV. Situación de la incidencia delictiva en Baja California antes y después de las reformas de 1999 a los artículos 16 y 19 constitucionales

Como ha quedado asentado en los capítulos anteriores, el fenómeno delictivo es resultado de diversas variables. Se han identificado como las principales causas de la comisión de delitos y conductas infractoras, entre otras, las condiciones económicas y sociales como la pobreza, la inestabilidad laboral, la dificultad de acceso a satisfacer las necesidades básicas de la población, el acceso marginal a las oportunidades de educación, servicios de salud y vivienda, la deserción escolar en todos los niveles, la violencia intrafamiliar, las familias disfuncionales; aunado a estos factores sociológicos, se identifican algunas condiciones legales que favorecen a la impunidad. La desconfianza de la ciudadanía en las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia, se explica por el gran número de ocasiones en las que un presunto responsable es conducido ante el Ministerio Público o ante el juez y ante la dificultad legal de acreditar los elementos del cuerpo del delito o su responsabilidad, los dejan en libertad. La impunidad, al no sancionar a quienes lesionan los bienes jurídicos de las personas (la vida, libertad de las personas, patrimonio), quienes además innovan nuevas formas para ejecutar sus conductas criminales y violentas, ha generado como resultado una mayor movilidad para los infractores del orden jurídico social. Además para el grueso de la población es difícil comprender y aceptar que esta situación no deriva en todos los casos de corrupción o la deficiencia del Estado para atender el problema de la delincuencia y la inseguridad, sino que en muchos casos también estos problemas surgen de la propia legislación penal que nos ha regido (Madrado Cuellar, 1999).

Es por ello que las instituciones legalmente encargadas de brindar seguridad publica a la sociedad mexicana, como la Procuraduría General de la Republica, la Procuraduría General de Justicia Militar, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de las Entidades Federativas, partiendo de diferentes ordenamientos jurídicos la Constitución Federal, la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Publica, entre otros; por su interés y voluntad para encontrar los medios adecuados para prevenir y abatir la criminalidad, suscribieron un convenio, con el fin de establecer los mecanismos de colaboración reciproca entre estos, en sus respectivos ámbitos de competencia y coordinar esfuerzos para adoptar una política integral que permita diseñar y ejecutar estrategias conjuntas contra la lucha contra la delincuencia.

Asimismo en la XII Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, se aprobó la integración de los estados de la Republica y el Distrito Federal en cinco zonas geográficas. De tal manera que Baja California, se integro en la Región Noroeste, desde entonces la Procuraduría General de la Republica ha llevado a cabo reuniones de trabajo con los responsables de la Procuración de Justicia de la región, dando como resultado el Programa Regional de Procuración de Justicia, mismo que tiene como objeto coordinar acciones con los tres niveles de gobierno para el combate a la delincuencia y define los lineamientos a seguir con base en la política criminal del Estado. Este programa se sustenta en la Constitución Federal, de la Ley de Planeación y en congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo y Programa Nacional de Procuración de Justicia 2001-2006. El Plan Estatal de Desarrollo de Baja California refiere que la seguridad publica y la tranquilidad social, constituyen la principal preocupación de la sociedad local y prioridad

para el gobierno. De tal forma que el Gobierno del Estado creo la Secretaria de Seguridad Publica y la Policía Estatal Preventiva, además de reformar la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado y la Ley Orgánica de la Administración Publica del Estado, en aras de adecuar su ordenamiento jurídico. Asimismo, se firmo el Convenio del Evaluación con el Consejo Ciudadano de Seguridad Pública del Estado (Programa Regional de Procuración de Justicia, 2003,31). El objetivo principal de este consejo colegiado, consiste en realizar una evaluación del funcionamiento de las instituciones encargadas de brindar la seguridad jurídica a la sociedad agregando además, la participación de los propios ciudadanos, fomentar en ellos una cultura de denuncia, de responsabilidad y trabajo conjunto para establecer programas contra la conducta criminal y por lo tanto, lograr el sentido de seguridad pública que tanto interesa a las autoridades como a la sociedad. Esta evaluación se realiza a través del registro de datos sobre los índices delictivos en el Estado, analizar los resultados, darlos a conocer a las autoridades responsables de las entidades evaluadas y establecer recomendaciones o programas para un mejor funcionamiento. Con la evaluación se pretende identificar el desempeño, la forma en que realizan su función, ya que esos resultados implican o no una mejor seguridad pública (Consejo Ciudadano de Seguridad Pública de Baja California, 2000:64).

4.1 Incidencia delictiva en Baja California periodo de 1997 a 2000

A continuación se comentaran algunos datos sobre incidencia criminal, delimitándonos a los delitos de alto impacto en el Estado de Baja California, con el objeto de establecer si la reforma de 1999 a los artículos 16 y 19 de Constitución Federal, adecuados a la

legislación penal local, han contribuido en la inhibición de las conductas criminales a partir de ese momento a la fecha.

Para ser más específicos en cuanto al primer periodo a tratar, éste es el comprendido de 1997 al año 2000, del cual, el año que se caracteriza como el de mayor incidencia en Baja California es 1998. Los hechos delictivos más frecuentes en ese año y en los subsecuentes han sido el robo, daños a la propiedad y las lesiones. De estas tres categorías, sólo la de daños a la propiedad mostró una disminución entre 1997 y 2000, ya que de 22,455 registros pasó a 21,5444.

Considerando el desglose de los delitos de alto impacto del fuero común en Baja California y como se observa en la siguiente tabla, es el robo de vehículos el que ha tenido un incremento de más del 60% entre 1997 y 2000. Los homicidios aunque no se encuentran en los primeros lugares de denuncia, es importante anotar que en Baja California este delito se incremento de manera importante entre 1997 y 1999 en 35%, presentando para el 2000 una reducción considerable; para todo el periodo las denuncias por homicidio bajaron apenas 2%. En relación a secuestros, de 1998 al 2000 las denuncias aumentaron en un 207%, pasando de 14 a 43 (tabla 1).

Tabla 1. Incidencia en Baja California por los delitos de alto impacto del fuero común.

Delito/año	1997	1998	1999	2000	Variación
Denuncias	135615	145557	134145	132640	-2.1%
Robo de Vehículos	59549	68603	61730	58762	-1.3%
Homicidio	481	578	657	471	-2%
Secuestros	ND	14	23	43	-5.4%

Fuente: Consejo Ciudadano de Seguridad Pública de Baja California, 2002:21.

La población de Baja California debería tener plena confianza en las autoridades que se encargan de procurar y administrar la justicia, puesto que éstas son las encargadas de dar seguimiento a las denuncias que presenta la ciudadanía y ofrece resoluciones apegadas a derecho. Es en proceso de procuración e impartición de justicia bajo el cual se puede valorar la eficiencia de las instancias correspondientes, pues en contraste con los hechos delictivos denunciados en Baja California, dista de ser el más adecuado. En este apartado, se mostrará el grado de impunidad que impide el ejercicio pleno de la procuración e impartición de justicia y en qué parte del proceso se acentúa más.

Hay dos indicadores que miden la eficiencia y/o grado de impunidad (Rodríguez Manzanera, en Consejo Ciudadano, 2002:25) para todo el sistema de procuración e impartición de justicia. Indicadores que se obtienen de la siguiente manera:

1. Considerando el total de presuntos delincuentes entre el total de denuncias.
2. El total de sentenciados entre el total de denuncias registradas.

Esto nos ayuda a establecer también la cifra negra del crimen, conocida como la medida de la diferencia entre el número de denuncias y el número de delitos cometidos.

Para Baja California, donde por cada 2 denuncias del fuero federal que se registran se presentan 100 del fuero común, la relación entre denuncias y sentencias se invierte. En 1997 la eficiencia registrada fue del 45% y 5% respectivamente. Para el 2000 se sigue observando un aparente menor grado de impunidad en los delitos del fuero federal y una mínima mejoría en la eficiencia de los delitos del fuero común (de 5% subió a 6%), pero resalta la reducción de la eficiencia en el proceso que siguen las denuncias del fuero federal ya que del 45% de eficiencia se paso al 24% en el mismo periodo (tabla 2).

Tabla 2. Denuncias totales y numero de sentenciados en Baja California (1997-2000).

Denuncias y sentenciados/Año	1997	1998	1999	2000
Fuero Común	135,615	145,557	134,145	132,640
Fuero Federal	4,031	4,076	6,587	7,759*
Total denuncias	139,646	149,633	140,732	140,399
Sentenciados Fuero Común	6,732	6,328	7,459	7,718*
Sentenciados Fuero Federal	1,821	2,050	2,048	2,130
Total	8,553	8,378	9,507	9,848

Fuente: Consejo Ciudadano de Seguridad Pública de Baja California, 2002:25.

El incremento de la impunidad considerando el comportamiento de las denuncias y sentenciados por delitos del fuero federal se inicia en 1999, mientras que el comportamiento de los delitos del fuero común muestra que la impunidad se ha mantenido casi sin variación (tabla 3).

Tabla 3. Impunidad del sistema de justicia en Baja California según fuero, considerando denuncias y sentencias (1997-2000).

Sentenciados por año/denuncias	1997	1998	1999	2000
Eficiencia fuero común /a	5%	4%	6%	6%
Impunidad	95%	96%	94%	94%
Eficiencia fuero federal /b	45%	50%	31%	27%
Impunidad	55%	50%	69%	73%
Eficiencia en el proceso de justicia	6%	6%	7%	7%
Impunidad del sistema de justicia	94%	94%	93%	93%

a/ Se calculó con base en el total de las sentencias del fuero común entre el total de denuncias registradas.

b/ Se calculó con base en el total de las sentencias del fuero federal entre el total de denuncias registradas.

Fuente: Consejo Ciudadano de Seguridad Pública de Baja California, 2002:26.

Considerando la relación entre presuntos delincuentes y el total de denuncias, en el caso de los delitos del fuero común se observa una eficiencia sostenida entre 1997 y 2000 con porcentajes de entre 4% y 6%. A diferencia de los delitos del fuero común, en los del fuero federal la impunidad en 1997 era de apenas 31 27%, mientras que en 1998 subió a 31% y para 2000 el nivel alcanza el 57% (tabla 4).

Tabla 4. Impunidad del sistema de justicia en Baja California según fuero, considerando denuncias y presuntos delincuentes (1997-2000).

Presuntos delincuentes por año/ denuncias	1997	1998	1999	2000
Denuncias fuero común	135615	145557	134145	132640
Presuntos delincuentes fuero común	5875	68884	7373	7812
Eficiencia	4%	5%	5.5%	6%
Impunidad	96%	95%	94.5%	94%
Denuncias fuero federal	4,031	4,076	6,587	7,759*
Presuntos delincuentes fuero federal	2900	2824	3226	3342
Eficiencia	72%	69%	49%	43%
Impunidad	28%	31%	51%	57%

Fuente: Consejo Ciudadano de Seguridad Pública de Baja California, 2002:26.

Otro proceso que describe el grado de impunidad en la procuración e impartición de la justicia, es considerando las órdenes de aprehensión cumplidas respecto al total de las ordenes rezagadas y giradas en el año. En este caso la impunidad alcanzo sus niveles mas altos en 1998 (86%), pero si se consideran los datos proyectado al 2000 se esperarían niveles de eficiencia del 11%, es decir un grado de impunidad del 89%. Sin embargo, lo importante y grave en esta parte del proceso es que la impunidad ha aumentado considerablemente entre 1996 y 2000 del 71% al 89% (tabla 5).

Tabla 5. Impunidad de acuerdo las órdenes de aprehensión en Baja California

Año	Órdenes de aprehensión inicio de año	Órdenes giradas en el año	Órdenes cumplidas	Órdenes Cumplidas/ Total órdenes de aprehensión	Impunidad
1997	8897	5082	3079	22%	78%
1998	8649	4446	1800	14%	86%
1999	10715	5695	2475	15%	85%
2000*	13644	5122	2143	15%	85%

Fuente: Consejo Ciudadano de Seguridad Publica de Baja California, 2002:29.

4.2 Incidencia delictiva en Baja California periodo de 2000 a 2006

De acuerdo con las estadísticas delictivas, entre otras investigaciones, se ha determinado que la problemática en el Estado, radica principalmente en los delitos de alta incidencia como el robo de vehículo, conducir un vehículo de motor en estado de ebriedad, daño en propiedad ajena culposo, robo simple, con violencia y lesiones culposas (Programa Regional de Procuración de Justicia, 2003:31-32).

El índice delictivo de Baja California comprendido entre los años 2000 a 2002 se representa con la siguiente tabla:

Tabla 6. Delitos de Mayor Incidencia en Baja California (2000-2002)

Delitos de mayor incidencia				
Delito	2000	2001	2002	Total
Conducir un vehículo de motor en estado de ebriedad.	8,613	8,964	6,960	24,537
Robo simple	6,167	6,251	6,016	18,434
Robo con violencia	5,724	6,085	5,683	17,492
Robo de vehículo	9,532	23,996	23,384	76,912
Daños en propiedad ajena culposos	9,226	4,912	5,174	19,312
Lesiones culposas	2,151	2,728	3,168	8,057
TOTAL	61,413	52,946	50,385	164,744

Fuente: Programa Regional de Procuración de Justicia, 2003:32

Según las estadísticas de la Procuraduría General de Justicia del Estado, los delitos de alto impacto se refieren al robo de vehículo de motor, homicidio doloso y secuestro.

El robo de vehículo tiene dificultades en su investigación y presentación, toda vez que los autos son trasladados a otros estados con relativa facilidad. El homicidio doloso causa también alarma social en la medida de que no sólo se está lesionando el bien jurídico mayor, que es la vida, sino que además se ejecuta con violencia. El secuestro debe reputarse como uno de los delitos más graves en virtud de que colocan en estado total de indefensión a la víctima (tabla 7) (Programa Regional de Procuración de Justicia, 2003:32-33).

Tabla 7. Delitos de Alto Impacto en Baja California (2000 – 2002)

DELITOS DE ALTO IMPACTO			
DELITO	2000	2001	2002
Robo de vehiculo	29,532	23,996	23,384
Homicidio doloso	460	479	476
Secuestro	38	29	13

Fuente: Programa Regional de Procuración de Justicia, 2003:33

En la siguiente tabla se observan datos de incidencia delictiva relativos al periodo comprendido del año 2000 al 2006. Tabla en la que se indica la población en Baja California anualmente, la incidencia total por año y la incidencia total por cada cien mil habitantes en el Estado. Cuya interpretación establece que la incidencia criminal en el Estado, tiene una media aproximada de 105,423 delitos por año, toda vez que en el periodo del 2000 al 2002, prácticamente se mantuvo constante entre 102,073; en tanto que el 2003 fue un año en que hubo decremento de la incidencia criminal, por el contrario en el 2004 con 112,201 y también otro considerable incremento de 10,922 puntos de diferencia en los años de 2005 a 2006. Aunado a lo anterior se deduce que la criminalidad se ha mantenido, toda vez que la población también ha crecido y el promedio delictivo sigue constante; lo cual permite concluir que las reformas a la ley fundamental y secundaria, por sí mismas, no han podido inhibir el delito.

Tabla 8. Incidencia criminal en Baja California, considerando la población del Estado.

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Población en B.C.	2,487,367	2,623,527	2,785,614	2,786,944	2,867,630	2,947,836	3,027,728
Incidencia Total en Baja California	102,487	101,929	101,803	96,656	112,201	101,166	112,088
Incidencia por cada 10,000 habitantes	4,120	3,885	3,763	3,468	3,913	3,432	3,702

Fuente: Subsecretaría del Sistema Estatal Penitenciario.

Con los datos de incidencia criminal en Baja California, en relación a los delitos de alto impacto en los periodos establecidos, el número de denuncias, las cifras negras y la interpretación a las tablas presentadas, se concluye que la última reforma constitucional a los artículos 16 y 19, *per se* no ha impactado en la inhibición del delito; por lo tanto los objetivos planteados en la exposición de motivos para tal reforma (combatir la delincuencia tradicional y la organizada) no ha sido posible. Es decir, para combatir lo es necesario contar con un ordenamiento jurídico que parta de una dogmática y una política criminal que permitan cumplir con los fines del derecho penal, brindar orden, seguridad e igualdad así como proteger los derechos del hombre frente al Estado e implementar una función coordinada entre las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia, con la cual se disminuya el índice criminal.

Conclusiones

Durante el desarrollo de cada uno de los puntos vistos en este documento, se deduce que el entorno social en que se desenvuelve el individuo, en que las cuestiones económicas, culturales, políticas, entre otra serie de factores, causas, móviles y motivaciones, según la criminología, son el factor primordial que contribuye al incremento en la comisión de conductas ilícitas de toda índole. Cuando el acceso a la educación, a la vivienda, al trabajo, a la salud, es limitado o nulo, generan en el individuo condiciones que lo apartan de los valores y principios establecidos por la sociedad, que le llevan a la búsqueda de otros medios, ilegales la mayoría de las veces, para obtener los recursos necesarios para su subsistencia y de los cuales es limitado. Es decir, si el Estado ofreciera mayores oportunidades de trabajo y educación al gobernado, se podría inhibir el índice criminal, previniendo los factores económicos que contribuyen a la comisión de ilícitos que atentan contra la propiedad de las personas.

Con relación a la evolución e involución del derecho penal en México y a la importancia que representa implementar en el sistema legal mexicano una política criminológica que indique cómo debe ser el sistema penal en el país, del material ya expuesto en el capitulado de este documento, se concluye que la propia ley fundamental en el artículo 40, establece los lineamientos y criterios con los cuales debe regir la legislación penal y a su vez, la orientación de los contenidos de las leyes secundarias, con las características propias del sistema penal de un Estado democrático de derecho. Sin embargo, la ley secundaria, adoptó principios que no corresponden a los lineamientos constitucionales, como son el principio de presunción de intencionalidad, contrario al principio de presunción de inocencia.

En cuanto a los fines de la reforma de 1993, los teóricos finalistas de la acción, influyeron al Estado mexicano para innovar en la dogmática constitucional y de las leyes secundarias, con el objeto de ponerse a la par de países avanzados. La otra finalidad por la que se realizó la reforma de 1993 fue para privilegiar la preservación de los derechos subjetivos públicos del ciudadano, ante las circunstancias vigentes en años anteriores, como las detenciones ilegales, de tortura para cualquier inculpado; la cual trajo como consecuencia entre otras la limitación al Ministerio Público en cuanto al término para la detención del individuo durante la integración de la averiguación previa, para emitir la consignación o la libertad del mismo. De los beneficios y consecuencias obtenidos por la reforma de 1993, indiscutiblemente se observa el cambio de un sistema penal autoritario a un sistema penal garantista, en el cual se salvaguardan los derechos del procesado como son: legalidad, audiencia y el término en la averiguación previa, ya que las detenciones previas a la reforma eran indeterminadas.

Por lo que hace a la reforma de 1999, con relación al artículo 16 Constitucional, su objetivo esencial fue flexibilizar o dar mayor facilidad a la función del representante social, para la integración de las averiguaciones previas y la acreditación de los elementos constitutivos de carácter material u objetivos del cuerpo del delito, para el libramiento de una orden de aprehensión y/o auto de formal prisión, volviendo con ello, a retomar la teoría causalista de la acción; que evidenció ser la más idónea al sistema penal mexicano, al carecer de una técnica científica de investigación de los delitos y de la falta de preparación profesional de los encargados de la persecución y la procuración de justicia, para acreditar la existencia de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, como lo requería la reforma de 1993. En relación al artículo 19 constitucional,

bastaba para dictar un auto de formal prisión, que se acreditaran los elementos objetivos del cuerpo del delito y la existencia de datos que hiciera probable la responsabilidad penal del inculcado.

Con relación a esta reforma, se puede decir que contribuyeron a modificar en la sociedad la falta de confianza hacia el Estado, pues mediante ella, se proyectó la idea de que si existía voluntad política y los medios adecuados para combatir el índice criminal, ya que los órganos encargados de la procuración de justicia, estadísticamente incrementaron los índices de consignados, de sentencias condenatorias, debido a la flexibilidad en los requisitos para girar órdenes de aprehensión y autos de formal prisión, reduciendo la impunidad que se registraba. Sin embargo esto repercutió materialmente en el sistema penitenciario, por el aumento de la población en las diversas cárceles del país y con ello, las deprimentes condiciones de vida dentro de éstas. Entonces puede cuestionarse ¿qué tipo de sistema penal se está brindando en México?; como ya se mencionó en párrafos anteriores, dogmáticamente el país cuenta con una legislación penal ajustada a las exigencias de un sistema penal, propio de un Estado Democrático de Derecho. Sin embargo, algunas de las razones que han impedido el desarrollo y buen funcionamiento del sistema penal en México, se encuentran las siguientes: a) Leyes sustantivas procesales que no responden a necesidades ni concepciones modernas de la ciencia penal y de la política criminal que se apartan de la ley fundamental. b) Deficiente procuración e impartición de la justicia, atribuida a muestras del sistema inquisitivo en el procedimiento penal que posibilita la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal, otra razón es la ineficacia en la investigación y persecución de los delitos por la falta de capacitación y profesionalización a los que se encargan de dichas funciones, abuso de la prisión

preventiva, deplorables condiciones de las prisiones. c) Falta de planificación integral de la política criminal bajo los criterios de un Estado democrático de Derecho. Es decir, se requiere de un sistema penal que parta del reconocimiento y respeto de los derechos humanos, que para ello, adopte una serie de criterios o principios que limitan la potestad punitiva del Estado, para garantizar tales derechos y que a pesar de ello, en la práctica cotidiana, tanto en la actividad desarrollada por el Ministerio Público y en los criterios de los Juzgadores, aún quedan indicios de un sistema autoritario. Por lo cual como resultado de este análisis y de investigaciones anteriores, particularmente las realizadas por el Doctor Moisés Moreno, tanto en 1999 como en 2004, es necesario adecuar el contenido de la ley penal secundaria, con el objeto de aplicar los principios establecidos en la Constitución en la investigación del delito, y en el procedimiento de administración de justicia, sin violentar los derechos humanos del inculpado. Además, es necesaria la creación de una política criminal integral, que se le considere como criterios y directrices uniformes y adecuados al Estado mexicano, con la cual se luche contra la delincuencia, sin perder de vista la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la sociedad. Lo anterior se corrobora, toda vez que de las tablas de estadística utilizadas como referencia de comparación entre el índice de los delitos de alto impacto en Baja California, a partir de las reformas constitucionales de 1999, se concluye que éste no ha disminuido a pesar de cada uno de los sectores del Estado; razón por la cual, una vez más se confirma que la reforma legal por sí sola, no es suficiente para prevenir, combatir o abatir el índice criminal y por ello es necesaria una reforma integral en el sistema penal. Sobre el trabajo y coordinación entre los sectores que integran el Estado, se observa que las bases legales se encuentran establecidas, que ya existe un Sistema Nacional de

Seguridad en el cual se contempla la coordinación de sus esfuerzos contra la criminalidad en su competencia; sin embargo en la práctica, falta una real integración, unidad de criterios, delimitación de funciones de todas las instituciones dependientes de los niveles legislativo, ejecutivo y judicial, encargadas de la prevención, persecución, investigación y tratamiento del delito.

Con el desarrollo del presente trabajo, se concluye que las reformas legislativas, deben apoyarse de una política criminal con criterios característicos de un Estado democrático, que además cuente con la coordinación de sus tres niveles para lograr una reforma integral del sistema penal, enfocada a la prevención, persecución, sanción, readaptación y reinserción del reo, del menor y del adolescente. Respecto a los factores externos al sistema penal, es necesario incrementar la producción económica del país y un mayor equilibrio en la distribución y acceso a los recursos económicos para el gobernado. Además, es importante mencionar la prevención del delito a través de programas de educación y cultura sobre civismo, ética y valores para prevenir algunas conductas criminales, la corrupción e impunidad. El trabajo de la prevención, investigación y tratamiento del delito es un esfuerzo en el que deben involucrarse las autoridades de los poderes del estado en una forma integral y comprometidas por cumplir con la finalidad para la que fueron creadas, no cumplir con un número de detenciones, las cuales solo sirven para comprobar su trabajo aparente, pero no el detrimento de la criminalidad en el país. Asimismo es importante la profesionalización y especialización a los servidores públicos que componen las diversas instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia de tal forma que interpreten y apliquen la ley bajo los lineamientos establecidos y desempeñen sus funciones adecuadamente. Otros aspectos

por considera en el sistema penal vigente, es el abuso de la pena de prisión y la propuesta de sanciones más severas, rasgos característicos de un sistema penal autoritario, cuando ya se ha mencionado repetidamente que de acuerdo a la ley fundamental, México es un Estado garantista en el que los intereses del individuo son protegidos del abuso de autoridad de este mismo, por lo que seria adecuado emplear otras medidas y sanciones para resolver situaciones que son tipificadas como delitos menores, reduciendo así el número de reclusos en los centros de readaptación social y el trabajo en los juzgados. Por ultimo, con relación al desempeño de la labor legislativa, se considera menester previo a la toma de decisiones de su competencia (creación o reforma a las leyes, catalogo de delitos y sanciones) tener conocimiento de la realidad social en que se actúa y del trabajo de los otros dos poderes, pues del contenido y alcance que le otorgue a la ley penal dependerá en gran medida la forma y los alcances del órgano acusador, juzgador y ejecutor.

Bibliografía

Bacigalupo Enrique (1989) *Estudios de Derecho Penal y Política Criminal*. Cárdenas Editor y Distribuidor. México.

Castellanos Fernando (1990) *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México

Carrancá y Rivas Raúl (1986) *Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México*. Editorial Porrúa. México.

Carrancá y Trujillo Raúl (1955) *Principios de Sociología Criminal y Derecho Penal*. Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, México.

Consejo Ciudadano de Seguridad Pública de Baja California (2002) *Evaluación Ciudadana*. Litográfica ACIM,S.A. de C.V. México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1990) Dirección General de Gobierno, Talleres Gráficos de la Nación. México.

Decreto de Reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993, Primera sección (versión electrónica) Consultado en abril del 2007 en <http://www.diputados.gob.mx/leyes> .biblio

Decreto de Reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación del 8 de marzo de 1999, Primera sección (versión electrónica) Consultado en abril del 2007 en <http://www.diputados.gob.mx/leyes> .biblio

Fix Zamudio Héctor, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada Tomo II*, (1995) Editorial Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, Octava Edición México.

González de la Vega René (2000) *La Lucha contra el Delito*. Editorial Porrúa México.

Jakobs Günter, Schünemann Bern, Moreno Hernández Moisés, Zaffaroni Eugenio (2002) *Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal* Editorial Jus Peónale México.

Madrazo Cuellar Jorge, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* (1999) (versión electrónica). Consultado en marzo del 2007 en <http://www.juridicas.unam.mx>

Mendoza Bremauntz Emma (2000) *La Globalización de la Delincuencia* Sistema Nacional de Seguridad Pública México.

Molina Piñeiro Luis, Martínez Porcayo Fernando, Serrano Migallón Fernando (2004) *Visión Jurídica del Siglo XX* Editorial Porrúa México.

Morales Luis. “¿Cómo opera el Sistema Nacional de Seguridad?” Diario El Siglo de Torreón (versión electrónica) 17 de abril del 2007. Consultado el 19 de abril del 2007 en <http://www.elsiglodetorreon.com.mx>

Moreno Hernández Moisés (1999) *Política Criminal y Reforma Penal* Editorial Jus Poenale México.

Moreno Hernández Moisés (2004) *Retos del sistema procesal penal en México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Impresora y Litográfica Heva, S.A. México.

Orellana Wiarco Octavio (2002) *Manual de Criminología* Editorial Porrúa México.

Programa Regional de Procuración de Justicia, Zona Noroeste (2003) Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, Disigraf, S.A. de C.V. México.

Rodríguez Manzanera Luis (2001) *Criminología* Editorial Porrúa México.

Tocavén Roberto (1979) *Elementos de Criminología Infanto-juvenil* Editorial Edicol México.

Trueba Urbina Alberto y Trueba Barrera Jorge (1994) *Nueva Legislación de Amparo Reformada* Editorial Porrúa México.

Zaffaroni Eugenio Raúl (1988) *Tratado de Derecho Penal Tomos I al V* Cárdenas Editor y Distribuidor México.