

# CONSIDERACIONES BREVES SOBRE LA AGENDA PENDIENTE DE LA POLÍTICA CRIMINAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

Por

JULIO CÉSAR KALA\* / LUIS FELIPE GUERRERO AGRIPINO\*\*  
Doctor en Ciencias Penales / Doctor en Derecho  
Instituto Nacional de Ciencias Penales / Universidad de Salamanca

[jckala@ugto.mx](mailto:jckala@ugto.mx) / [lfga@ugto.mx](mailto:lfga@ugto.mx)

*Revista General de Derecho Penal 24 (2015)*

**RESUMEN:** El Estado de Derecho constituye un modelo de organización estatal orientado a la democratización de la sociedad en su conjunto. Consecuentemente, los debates contemporáneos con enfoque garantista privilegian la idea de flexibilizar los principios orientadores de las políticas y los procedimientos estatales. En este contexto, en este artículo plasmamos algunas ideas en torno al problema que se presenta al pretender armonizar el conflicto que en algunos casos surge al aplicar la legislación positiva con los principios que constituyen el régimen de garantías individuales y su aplicación en los sistemas jurídicos con presencia de pueblos autóctonos.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos fundamentales, Estado de Derecho, contrato social, política criminal, pueblos originarios.

**SUMARIO:** 1. Palabras introductorias. 2. Estado de Derecho. 3. Estado constitucional y derechos fundamentales. 4. Política criminal en un Estado constitucional. 5. Consideraciones sobre el programa penal constitucional. 6. Palabras finales. Bibliografía.

**ABSTRACT:** The rule of law is a model of state organization aimed at the democratization of society as a whole. Consequently, contemporary debates with focus guarantor favor the idea of relaxing the guiding principles of state policies and process. In this context, in this article we expose some ideas about the conflict that occurs when trying to harmonize the conflict that sometimes arises when implementing the positive legislation with the principles on which the system of individual rights and their implementation in the legal systems presence of indigenous towns.

**KEY WORDS:** Human rights, rule of law, social contract, criminal policy, indigenous towns.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Rule of law. 3. State constitutional and human rights. 4. Criminal policy in a constitutional state. 5. Considerations about constitutional criminal program. 6. Final words. Bibliography.

---

\* Doctor en Ciencias Penales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. Profesor titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Rector General de la Universidad de Guanajuato, México.

## 1. PALABRAS INTRODUCTORIAS

En la discusión político-criminal contemporánea, los debates garantistas suelen centrarse en la flexibilización de los principios constitucionales para enjuiciar a personas involucradas con la denominada delincuencia organizada; el empleo de medidas cautelares que quebrantan el principio de presunción de inocencia, como la prisión preventiva o el arraigo; y en menor medida la punición de actos que en estricto sentido no han lesionado el bien jurídico que se pretende tutelar, como con la tentativa.

Estos y otros debates sobre la pertinencia de penas privativas (restrictivas) de libertad (deambulatoria) o sobre el origen y calidad de las pruebas se centran, primeramente en problemas de consistencia interna y secundariamente en conflictos de consistencia externa, asumiendo *a priori*, la validez de la construcción teórica con la producción legislativa y la operación judicial con el acuerdo social de los destinatarios. Sin embargo, en la mayoría de los casos así sucede, en los países con población originaria, se presenta un conflicto en el terreno de los derechos fundamentales, entre la legislación positiva vigente, con tendencias garantistas en la mayoría de los casos y los sistemas jurídicos autóctonos.

En lo que podría denominarse un Programa Penal Constitucional han quedado fuera los derechos de los pueblos originarios, el primero de ellos el de la identidad, a ser ellos mismos. En estas circunstancias, el derecho penal, producto del pacto político<sup>1</sup> según las posturas contractualistas, se aplica a quienes se les ha excluido del mismo, lo que representan un problema importante desde la perspectiva de los Derechos fundamentales, los irrenunciables en las democracias constitucionales.

Así, en las sociedades occidentales contemporáneas en el ámbito de la política pública y en terreno de la opinión pública, la discusión política criminal/Derechos Humanos<sup>2</sup> se ha centrado preponderantemente en la vulneración de éstos y en la falta de escenarios sociales seguros.

Se ha dado por sentado la sinonimia vigencia-validez del Estado de Derecho, en el que se la privilegiado la fuente y procedimiento de la producción legislativa<sup>3</sup> sobre la consistencia de los principios constitucionales, lo en algunos casos como los anotados

---

<sup>1</sup> Por ello mismo válido.

<sup>2</sup> El problema central es que en la construcción política y en el desarrollo de los Derechos fundamentales no participaron los pueblos originarios, y ahora se les somete a las reglas de un pacto en el que no participaron como pares.

<sup>3</sup> Identificando al Estado de Derecho únicamente con su primer estadio, el paleo iuspositivista FERRAJOLI, Luigi: "Pasado y futuro del Estado de Derecho", trad. Pilar Allegue, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.

supralíneas, minan al Estado de derecho, situaciones evidenciadas desde la sociología jurídica crítica, perspectiva desde han aportado importante reflexiones sobre la vigencia fáctica de la norma.<sup>4</sup>

Si bien, las democracias contemporáneas se han logrado conquistas importantes, también se encuentran acotadas por la injerencia de actores económicos y políticos que en muchas de las veces se encuentran por encima de las decisiones de los estados nacionales contemporáneos.

Es necesario subrayar que el Estado como formalización jurídica del pacto político, surge para proteger a sus asociados de la violencia, de otras personas<sup>5</sup> o grupos y para brindar el mayor bienestar posible, por ello, la disminución de la violencia y de sus efectos es uno de sus cometidos esenciales, y en las democracias constitucionales, la protección se extiende para quienes no signaron el pacto originariamente, como los pueblos indios.<sup>6</sup> Con fundamento en el contrato que lo crea, el Estado asumió el monopolio irrestricto de la creación y la aplicación del derecho, subsumiéndose el mismo en esta dinámica. Por ser una entidad instituida exprofeso para proteger a sus creadores, requiere que el aparato público que le da vida, en caso de ruptura de la norma actúe ejerciendo la violencia mínima indispensable para reaccionar contra el infractor en el despliegue legítimo de la violencia institucional en el ejercicio del *ius puniendi*.<sup>7</sup> En caso de que el infractor de la norma pertenezca a un pueblo originario es necesario considerar el derecho fundamental de identidad de la persona y del pueblo al que pertenezca para decidir sobre la aplicación o no del derecho positivo, debido a que es un caso límite del que no se ha reflexionado exhaustivamente.

---

<sup>4</sup> SOUSA DE, Santos Boaventura: *Sociología jurídica crítica*, Trotta/ILSA, 2006.

<sup>5</sup> Antecedentes remotos del contractualismo se encuentran en Hobbes, en su *Leviatán* expone la necesidad de crear, a través del contrato social, un ente supremo con autoridad -violencia- tal que pueda impedir la violencia entre particulares, HOBBS, Thomas: *Leviatán*, Losada, Argentina, 2003.

Esta concepción fundada en la violencia, institucionaliza la razón de Estado en la que el ejercicio de la violencia posibilitara la vigencia de las norma y de la convivencia social pacífica. En su orientación más radical ha sido una fuente importante de argumentos totalitarios.

<sup>6</sup> Frente al criterio de autoridad hobbesiano, Locke subrayó los derechos -naturales- del individuo frente al Estado, por lo que éste se convierte en su garante, supeditando su legitimidad al cumplimiento de este cometido en el marco del reconocimiento de la pluralidad social. Sus ideas sobre la separación de poderes permitirían a Montesquieu elaborar la teoría de la separación de poderes LOCKE, John: *Ensayos sobre el gobierno civil*, Porrúa, México, 2005.

<sup>7</sup> Véase: FERRAJOLI, Luigi: *Garantismo y derecho penal. Un diálogo con Ferrajoli*, Ubijus, 2010.

## 2. ESTADO DE DERECHO

Con la aparición del Estado de derecho<sup>8</sup> se dio un gran paso en la construcción de la democracia. Del Estado ilustrado<sup>9</sup> a sus configuraciones contemporáneas se ha logrado un avance importante, las expectativas que ofrece este modelo de organización estatal, por el reconocimiento de los derechos fundamentales y los mecanismos creados para su protección y su ejercicio pleno, para la construcción de escenarios en los que libertad y seguridad sean el soporte de la vida social, lo han promovido como el modelo político-jurídico de los estados occidentales contemporáneos. Sin menoscabo de sus grandes logros, el gran pendiente es la incorporación plena de los pueblos originarios, que al amparo de los derechos fundamentales ha reconocerseles su derecho inalienable a la identidad, con las consecuencias que en el terreno de la política criminal conlleva.

El estadio superior de este paradigma: el Estado constitucional<sup>10</sup> se caracteriza, fundamentalmente, por dos particularidades: i) su vinculación a una constitución rígida y ii) las condiciones de validez normativa trascienden la fuente formal de producción legislativa, dependen, además, sobre todo, de su congruencia con el contenido de los principios constitucionales, los derechos fundamentales. Estas dos características, constituyen el núcleo duro, los irrenunciables de este estadio. Es aquí donde se ha de resolver la aparente antinomia integración/sometimiento de los pueblos originarios en el terreno de la política criminal.

En este nivel es posible suponer la existencia de una norma válida, por ejemplo la codificación penal, consecuentemente vigente pero sustancialmente inválida, *verbigracia* al aplicarla a pueblos originarios; por su contenido antagónico con los principios constitucionales. Por esta circunstancia la interpretación normativa adquiere una gran relevancia, altera la función jurisdiccional debido a que en este nivel, la aplicación de la

---

<sup>8</sup> El Estado kantiano constituye la primera conceptualización de este modelo de Estado:

[...] *Es menester salir del estado natural, en el que cada cual obra según su antojo y convenir con todos los demás (cuyo comercio es inevitable) en someterse a una limitación exterior, públicamente acordada y, por consiguiente entrar en un estado en que todo lo que debe reconocer como lo suyo de cada cual es determinado por la ley y atribuido a cada uno por un poder suficiente, que no es del individuo, sino un poder exterior. En otros términos es menester ante todo entrar en un estado civil [...]*

KANT, Immanuel: *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestro Clásicos, no. 33, Serie Filosofía, México, 1968.

<sup>9</sup> [...] *el Estado es la respuesta histórica al anhelo de conciliar con fundamento en la razón la libertad del hombre expresado en un contrato [...]* ROSSEAU, J. J.: *El contrato social o principios de derecho político*, Libuk, México, 2008.

Por ello uno de los cometidos del Estado es proporcionar seguridad a los individuos, en sus bienes y en su persona, así como garantizar el más amplio ejercicio de sus derechos.

<sup>10</sup> En términos de Kuhn. KUHN, Thomas: *Estructura de las revoluciones científicas*, F.C.E., México, 2007.

ley requiere, inicialmente, la evaluación de su consistencia con los principios constitucionales, ya que sólo si es constitucionalmente válida, congruente con los derechos fundamentales, es válida su aplicación. Por ello, la interpretación normativa y, en su caso, la solución de antinomias o lagunas ha de estar orientada por las garantías existentes o de la proyección de aquéllas que falten, por lo que constituyen un juicio sobre la ley misma y al mismo tiempo que un ejemplo de heurística positiva desde la perspectiva de un Programa Penal Constitucional.<sup>11</sup>

“[...] en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas [...]”<sup>12</sup>

La lucha por el bien común (diferenciado), fundamento del pacto social, parece haber perdido su significado primigenio, la polarización promovida por la política criminal obstaculiza la búsqueda de alternativas que enfrenen racionalmente el conflicto penal, con independencia de la categorización político antropológica inherente a los conflictos jurídico-penales en los que participan miembros de los pueblos originarios.

### **3. ESTADO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

El reconocimiento y la efectividad de los mecanismos que hacen valer los Derechos Humanos identifican la orientación del modelo político jurídico de los estados nacionales. En la actualidad, nominalmente el Estado constitucional es el referente occidental, por ello mismo en el terreno penal, el Programa tendría que ser constitucional, debería estar orientado por los principios constitucionales de las democracias contemporáneas, tendría que seguir los principios de un Estado Constitucional:<sup>13</sup> i) fundamentales de la dignidad

---

<sup>11</sup> Requisito ausente en el modelo anterior, el paleo-iuspositivista que produce al Estado legislativo de Derecho. El Estado legal, primer producto del Estado de Derecho, se caracteriza porque la legitimación de la norma es producto de la autoridad legislativa, de la fuente de producción, de la legalidad y de la formalidad de los actos normativos.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Pasado y futuro...”.

<sup>13</sup> Alexy, menciona seis principios contemplados en el modelo alemán, alude a la Ley fundamental referida a la constitución alemana, pero sólo expone cinco: i) Principios fundamentales de la dignidad humana Art. 1, ii) de la libertad Art. 2, iii) de la igualdad Art. 3, iv) de la estructura del Estado Art. 20 y v) de los fines del Estado de social y democrático de derecho Art 28.1. Un artículo que se encuentra cercano a un principio fundamental es el del 20 a, Protección de los fundamentos naturales de la vida (pp. 31-36). Estos principios constituyen el núcleo duro de un Programa Penal Constitucional, representan sus irrenunciables. ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. Alonso García Figueroa, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.

humana, particularmente cuando se involucran personas pertenecientes a pueblos originarios, ii) de la libertad, iii) de la igualdad, iv) de la estructura del Estado, v) de los fines del Estado de social y democrático de derecho.

La subordinación de la ley a los principios constitucionales representa un aporte importante en la construcción permanente de la democracia contemporánea, impone límites a los derechos constitucionales de las mayorías y configuran otras garantías de los derechos de todos, entre ellos los de los pueblos originarios.

En este esquema el Derecho alcanza su más alto desarrollo [...] *por la sujeción a la ley, incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación ya no sólo del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de <<existencia>>, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de <<validez>>* [...] <sup>14</sup>

Al margen de estas consideraciones, de facto, el papel garantista de la Constitución es afectado entre otras circunstancias por: i) las peculiaridades de la democracia representativa, ii) la injerencia de los centros de poder económico en las decisiones de los estados nacionales <sup>15</sup> y iii) [...] *la incapacidad de los gobiernos democráticos de dominar convenientemente los conflictos de una sociedad compleja [...]* <sup>16</sup> circunstancias que requieren alinear las respuestas con los principios fundamentales del modelo político-jurídico occidental contemporáneo: el Estado Constitucional.

Además, en las democracias contemporáneas la supremacía de los humanos se caracteriza por que en su ley fundamentales éstos poseen i) máximo rango, ii) máxima fuerza jurídica, iii) máxima importancia del objeto y iv) máximo grado de indeterminación <sup>17</sup>, características del núcleo duro de un Programa Penal Constitucional.

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

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi: "Pasado y futuro...".

<sup>15</sup> CAMOU, Antonio: *Gobernabilidad y democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática No. 6, México, 1995.

<sup>16</sup> Bobbio identifica tres circunstancias: i) sobrecargo, incremento de las demandas sociales y la capacidad -limitada- de respuesta del sistema político, ii) conflictualidad propia de las democracias, y iii) distribución del poder. BOBBIO, Norberto: *Liberalismo y democracia*.: Trad. José F. Santillana, Fondo de Cultura Económica, Breviarios No. 476, México, 1989, p. 103.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert: "Los derechos fundamentales...".

por antonomasia no se enuncian limitativamente sino con pretensiones extensivas, hasta lograr el reconocimiento estatal.<sup>18</sup>

Respecto de la segunda tesis, por ser los derechos humanos vinculantes para los ámbitos del ejercicio del poder y para los niveles de gobierno de la administración pública están dotados de la máxima fuerza jurídica. Para el legislativo ya no sólo es necesario reconocer los derechos fundamentales en el marco de las leyes, es imprescindible cambiar el paradigma legislativo, es menester enmarcar la ley en los derechos fundamentales;<sup>19</sup> para el ejecutivo se demandan líneas de actuación consistentes éstos, por ser derecho positivo y vigente; y para el judicial, los principios constitucionales representan la guía de interpretación y aplicación de la ley.

Por estas circunstancias, en el ámbito de la política criminal permiten generar soluciones *límite* en casos específicos en los que en conflictos jurídico-penales se encuentren involucradas personas pertenecientes a pueblos originarios. Se requiere que el control sea puntualmente observado por todos los tribunales, del inferior al superior; ya que con una sola disposición constitucional no controlable judicialmente se abre la puerta para la pérdida de su obligatoriedad.<sup>20</sup> Los derechos fundamentales permean al derecho en su totalidad como juicios de valor objetivos, no obstante de las críticas de su constitucionalización garantizan la realización plena de los fines del Estado.

---

<sup>18</sup> Previsto en el artículo 30 de la Ley Fundamental del Estado Alemán al señalar la prioridad del derecho federal frente a las competencias estatales. *Idem*.

Igualmente identificado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que señala la supremacía constitucional y la jerarquía normativa de Leyes Federales y Tratados Internacionales, así como la sujeción de las Entidades Federativas a dichas disposiciones. Las recientes reformas, del 10 de junio del 2011, constitucionales en materia de derechos humanos en México, puntualizan aún más esto, en el artículo 105 se refiere:

“Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: [...] g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal [...] (D.O.F., 10, junio de 2011).”

<sup>19</sup> El propio modelo de Estado constitucional limita la producción legislativa en contra de los derechos fundamentales de todos, por ello, para evitar la tiranía de las mayorías, incluso de las unanimidades, el Tribunal Constitucional se erige como árbitro máximo en los conflictos que atenten contra los derechos humanos.

Respecto al problema de la aparente paradoja que plantea el binomio mayoría-minoría [...] *el control de un poder no-mayoritario, sujeto exclusivamente a la constitución, es imprescindible para dotar de eficacia la subordinación a las disposiciones constitucionales de los poderes mayoritariamente [incluso los unánimemente] legitimados* [...] GÓMEZ, ROMERO: Luis, “¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda”, en: *Juez*, Cuadernos de investigación sobre la judicatura, Volumen II, No. 4, primavera 2004, Universidad Iberoamericana, México, 2004, p.29.

<sup>20</sup> El poder vinculatorio para el ejecutivo es evidente desde el Derecho positivo, el problema radica en el control del legislador. FERRAJOLI, Luigi: “Pasado y futuro...”

La tercera tesis, la máxima importancia del objeto, está referida a la estructura básica de las sociedades y al fin del propio Estado, su relevancia estriba en la regulación de derechos específicos considerados como fundamentales, por tanto objeto de protección y reconocimiento constitucional. En este mismo contexto Rawls<sup>21</sup> concibe a la justicia como equidad, como un modelo democrático, como un sistema de cooperación social constituido por ciudadanos que se conciben como libres e iguales; parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactúan bajo condiciones equitativas de orden constitucional y político que da forma a la estructura básica de la sociedad.<sup>22</sup> Con esta definición Rawls enuncia dos principios: el de la libertad y de la diferencia; el primero, establece que las personas que participan o son afectadas por alguna práctica social tienen el derecho a la más amplia libertad. En el caso de los pueblos originarios a ejercer el derecho a la identidad cultural y política, por tanto a ejercer plenamente jurisdicción penal conforme a sus sistemas jurídicos.

La cuarta tesis, El máximo grado de indeterminación constituye una de las características fundamentales de este modelo y de los cometidos del Estado. No es posible identificar los derechos fundamentales sólo en la literalidad del texto de la Carta Magna,<sup>23</sup> éstos se vislumbran a través de la interpretación, [...] *la interpretación de la ley fundamental no s[ó]lo suscita meditaciones serenas, sino también confrontación en la arena política. En este sentido, cabe hablar de una lucha por la interpretación de los derechos fundamentales [...]*<sup>24</sup> Los principios de la norma constitucional no se restringen al texto, son la idea general, no existe un significado único previo a la interpretación.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> RAWLS, John: "Justicia como equidad", en *Revista Española de Control Externo*, Vol. 5, Nº 13, 2003, pp. 129-158, [en línea], disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>, consulta 16 de julio de 2010, 2003.

<sup>22</sup> CACHUMBÉ HOLGUGÍN, Nelson: "John Rawls: La justicia como equidad", en: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, Nº 3, pp. 7-33 2003, [en línea], disponible en: [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09\\_225\\_nelson\\_cuchumbe\\_jhon\\_rawls.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf), p.73, [consulta: julio 16 de 2010]

<sup>23</sup> [...] *en relación con las estructuras de los catálogos no siempre resulta claro si a las diferencias terminológicas puede vincularse una diversa posición respecto de las garantías o jerarquía en cuanto a los niveles de tutela [...]*

ROLLA, Giancarlo: "La actual problemática de los derechos fundamentales", en: *Investigaciones Jurídicas*, Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, Vols., XXII y XXIII, Nums., 80-81, Enero-Diciembre 2006, México, 2008, p. 32.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert: "Los derechos fundamentales..."

<sup>25</sup> En torno a la interpretación *in abstracto* o *in concreto* Guastini menciona la necesaria la concurrencia de las dos características, ser *in concreto* y estar vinculada con la constitución y no *in abstracto* e inconstitucional, a lo que denomina interpretación adecuada por ser armónica con el ordenamiento supremo, pero requiere un serio y comprometido ejercicio de reflexión y apego a los principios constitucionales. GUASTINI, Riccardo: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, Trota, Madrid, España, 2005, pp. 56 y 57.



Por lo que la interpretación de los Derechos Fundamentales de los pueblos originarios, en términos de las disposiciones de política criminal posibilita soluciones *ad hoc* cuando para los conflictos jurídico-penales en los que se encuentren involucradas personas de los pueblos originarios.

Si bien la democracia se fortalece día a día por medio del reconocimiento de Derechos Humanos y de la creación de condiciones y mecanismos que posibiliten su ejercicio pleno, estas cuatro máximas revelan, de facto, la solidez de las pretensiones constitucionales de los estados contemporáneos.

Por otro lado, los derechos humanos son conquistas irretroactivas que pertenecen a las democracias contemporáneas, al modelo de Estado occidental, son su fundamento y límite, por ello, los estados nacionales que adoptan este modelo político jurídico no pueden apelar a la soberanía, a la supremacía de la autodeterminación estatal para inclinar la balanza a favor de la seguridad en detrimento de los Derechos Humanos, incluso ante las aparentes antinomias entre derechos positivo y sistemas jurídicos autóctonos.<sup>26</sup>

#### 4. POLÍTICA CRIMINAL EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL

La política criminal es una política más de Estado, como tal ha de estar dirigida a cumplir los fines del mismo inscrita en el modelo político-jurídico que orienta el sentido de actuación del poder y del aparato público. Esta política pública, referida a lo penal, define las conductas delictivas y los mecanismos de reacción institucional contra ellas a través del Sistema de Justicia Penal.

La política criminal orienta y conforma a un sistema jurídico penal, en el que se integran las tres esferas del poder público y los tres niveles de ejercicio del mismo, en donde la criminología<sup>27</sup> aparece indisolublemente ligada a ella, particularmente por su

---

<sup>26</sup> Los derechos humanos ahora constituyen un régimen internacional, constituido alrededor de tres documentos y conjuntos de estándares principales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales, vigente desde el 3 de enero de 1976; y el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, vigente desde el 23 de marzo de 1976.

<sup>27</sup> Al amparo del término criminología coexisten, actualmente en México, diversas concepciones en torno al análisis de la actividad delictiva, algunas de ellas mutuamente excluyentes, por ello, "Decir, en efecto, que la Criminología es aquella parte de la ciencia que se ocupa del estudio empírico de la criminalidad es no decir mucho o casi nada si no se dice antes qué es lo que se entiende por criminalidad. Y aquí es donde empiezan las dificultades de todo tipo" HASSEMER, Wilfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989. Aunado a esta problemática, tradicionalmente se le ha asignado a la criminología la tarea de examinar las conductas sociales desviadas, incrementando así doblemente la complejidad de su objeto de estudio, en un sentido, por la doble acepción de la definición de caso GORENC, Klaus-Dieter; KALA, Julio César, PEREDO RIVERA, Sandra y TENORIO TAGLE, Fernando: "Teoría cum praxis: ensayos sobre la estadística criminal nacional (1987-1992)", en: *Alter, Revista internacional de teoría, sociología y filosofía del derecho*, volumen

análisis, en términos del fundamento teórico y operación de las instituciones que conforman este sistema

“[...] la dogmática está traspasada por la política criminal, pues no es más que la derivación conceptual del instrumento formal de definición. Por eso y en forma más precisa, la dogmática penal no puede pensarse como algo autónomo y válido en sí mismo, sino sólo desde la política criminal. Más aún su sentido desde la política criminal es hacer transparente y con fundamentación racional el proceso penal, en cuanto el proceso es uno de los ámbitos básicos en que se ejecuta la política criminal. [...]”<sup>28</sup>

Los estados con pretensiones constitucionales fincan sus relaciones con las personas en el reconocimiento de éstas como entes autónomos, consideración válida para los pueblos originarios y para las sociedades accidentales, con derechos y garantías, por ello, su programa político criminal ha de estar dirigido a establecer el máximo de espacios para el ejercicio de la libertad; no puede partir de la premisa del imperativo de la norma penal y de su función motivadora, ya que esto revelaría el fracaso del contrato social y el imperio de la violencia institucionalizada, el precepto jurídico simplemente instruye o informa sobre los modelos de comportamiento y sus consecuencias jurídicas. En las democracias constitucionales, la política criminal no puede configurarse para limitar el ejercicio de los derechos de una persona o eliminarlo en cuanto tal.<sup>29</sup>

## 5. CONSIDERACIONES SOBRE EL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL

Entorno a la Justicia Popper señala:<sup>30</sup>

“[...] ¿Qué queremos decir, en realidad, cuando hablamos de “Justicia”? No creo que las cuestiones verbales de esta naturaleza sean de particular importancia, o que sea posible responder de forma definida, dado que dichos

---

triple, núms. 7, 8 y 9, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Campeche, México, 1999. Así como el delito/conducta desviada y en otro, por la relatividad propia del referente de ambos significados.

<sup>28</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Política criminal y estado”, en: *Revista ciencias penales*, [en línea], disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>, [consulta: julio 20 de 2010].

<sup>29</sup> *Idem*.

Es por eso que una política criminal referida a la seguridad pública como condición básica de libertad no puede servir para afectarla BARATTA, Alessandro: “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en: *Nuevo Foro Penal*, 1985. La seguridad pública no puede esgrimirse, como en la exposición de motivos de las reformas constitucionales en materia penal de 2008 en México, para enfrentar situaciones de emergencia y justificar violación a los derechos de los habitantes, independientemente de su membresía cultural o política.

<sup>30</sup> POPPER, Karl: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, 2010, pp. 95-96.

términos siempre son utilizados con diversos sentidos. Sin embargo, creo no errar al sostener que la mayoría de nosotros, especialmente aquellos que tenemos una formación general humanitaria, entiende por “Justicia” algo semejante a esto: a) una distribución equitativa de la carga de la ciudadanía, es decir, de aquellas limitaciones de la libertad necesarias para la vida social; b) tratamiento igualitario de los ciudadanos ante la ley, siempre que, por supuesto, c) las leyes mismas no favorezcan ni perjudiquen a determinados ciudadanos individuales o grupos o clases; d) imparcialidad de los tribunales de justicia, y, e) una participación igual de las ventajas (y no solo en las cargas) que puede representar para el ciudadano su carácter de miembro del estado.”

También es posible identificar en su pensamiento, otros principios garantistas, por ejemplo la evitación del sufrimiento evitables, es tanto un a principio garantistas, por ello constitucional. Al respecto, la orientación y las funciones de la pena, son construidas culturalmente, por ello, son cimentadas diferencialmente en las sociedades occidentales y en los pueblos originarios.

Por otro lado, los avances en la materia, fortalecimiento de la democracia, representan los logros de un Programa Penal Constitucional; en términos de Lakatos (2007), sería por un lado, el avance en la construcción teórica de un modelo de organización social, y por otro, en su operacionalización en el diseño e implementación de la política criminal, puesto que el andamiaje teórico se ha construido paulatinamente a través del tiempo.

Así, en un Estado con pretensiones constitucionales declaradas resulta incuestionable defender y alinear los principios y los Derechos Humanos aludidos en la constitución con el derecho penal puesto que el derecho, desde la perspectiva ilustrada, es preponderantemente una institución racional con la que se pretende resolver las tensiones y conflictos sociales a través de un reajuste ordenado y pacífico de las pretensiones razonables de individuos y grupos, incluso entre grupos culturalmente diferentes como las sociedades occidentales y los pueblos originarios, cuando ambas organizaciones sociales forman parte del mismo país.

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

El núcleo constitucional, supone también un constante ejercicio de análisis académico propio, pues sólo desde la reflexión es posible avanzar en la conformación de teórica y la

evaluación empírica de un programa penal con anhelos constitucionales.

Un análisis de la política criminal, o como se ha mencionado aquí de un programa penal está referido en primera instancia a los fundamentos de un Estado y a su consistencia, en términos de coherencia y congruencia con los principios y fenomenología operativa de sistema de justicia penal. En este contexto, el modelo de Programa de Investigación Científica de Lakatos<sup>31</sup>, ofrece una opción comprensiva que permite contextualizar, en términos de desarrollo teórico y político la construcción y dinámica del Sistema Penal contemporáneo.

En el ámbito de la teoría de la ciencia, también aplicable al análisis teórico de la política criminal y al examen empírico de los datos del sistema penal. Sobre los avances o retrocesos de teóricos de los programas de investigación, entre ellos el Penal Constitucional, los progresivos permiten descubrir hechos nuevos y ofrecer alternativas de solución a problemas hasta entonces desconocidos, mientras que los regresivos, como la actual política criminal, únicamente permiten acomodar los hechos a los supuestos conocidos. Es decir, pretender resolver conflictos jurídico-penales de los pueblos originarios con el derecho positivo, sin considerar que estos eventos son situaciones límite, no solo del derecho penal, sino de la teoría constitucional incluso y como tal deberán de ser analizados y enfrentados.

## 6. PALABRAS FINALES

Los estados que se supongan democráticos, deben orientar la política criminal hacia el garantismo.

En términos de Ferrajoli<sup>32</sup>

“Las garantías -no sólo penales- son vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad de los derechos subjetivos y más en general a los principios axiológicos sancionados por las leyes, en el derecho penal donde tutelan la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y a las condenas arbitrarias [...] En todos los casos la elaboración de las garantías, es decir, de los mecanismos institucionales dirigidos a asegurar la máxima correspondencia entre normatividad y efectividad en la tutela o en la satisfacción de los derechos, constituye la tarea más importante y difícil tanto de una teoría como de una política garantista del derecho. Se comprende que así entendido el garantismo no tiene

---

<sup>31</sup> LAKATOS, Imre: *Escritos filosóficos 1. La metodología de los programas de investigación científica*, Ed. Alianza Editorial, 2007.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, pp. 28 y 29.

nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales; los cuales - de la vida a la libertad, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales se subsistencia de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos que fundan y justifican la existencia de aquéllos 'artificios' -como los llamó Hobbes- el derecho y el Estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base fundamental de la democracia.”

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. Alonso García Figueroa, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.

BARATTA, Alessandro: “Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal”, en: *Nuevo Foro Penal*, 1985.

BOBBIO, Norberto: *Liberalismo y democracia.*: Trad. José F. Santillana, Fondo de Cultura Económica, Breviarios No. 476, México, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: “Política criminal y estado”, en: *Revista ciencias penales*, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>, consulta, julio 20 de 2010.

CACHUMBÉ HOLGUGÍN, Nelson: “John Rawls: La justicia como equidad”, en: *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Colombia, N° 3, pp. 7-33 2003, disponible en: [http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09\\_225\\_nelson\\_cuchumbe\\_jhon\\_rawls.pdf](http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/09_225_nelson_cuchumbe_jhon_rawls.pdf), Consulta, julio 16 de 2010.

CAMOU, Antonio: *Gobernabilidad y democracia*, Instituto Federal Electoral, Cuadernos de divulgación de la cultura democrática No. 6, México, 1995.

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

\_\_\_\_\_ “Criminalidad y globalización”, en. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 115, enero-abril 2006, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/115/inf/inf10.htm>

\_\_\_\_\_ “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, trad. Pilar Allegue, en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell, Editor, Trota, 2005.

\_\_\_\_\_ *El garantismo y la filosofía del Derecho.*: trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estada y José Manuel Díaz Martín, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho no. 15, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.

\_\_\_\_\_ *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad.: Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, y Rocío Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995.

GORENC, Klaus-Dieter; KALA, Julio César, PEREDO RIVERA, Sandra y TENORIO TAGLE, Fernando, "Teoría *cum praxis*: ensayos sobre la estadística criminal nacional (1987-1992)", en: *Alter*, Revista internacional de teoría, sociología y filosofía del derecho, volumen triple, núms. 7, 8 y 9, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Campeche, México, 1999.

GÓMEZ ROMERO, Luis: "¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda", en: *Juez*, Cuadernos de investigación sobre la judicatura, Volumen II, No. 4, primavera 2004, Universidad Iberoamericana, México.

GUASTINI, Riccardo: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en: *Neoconstitucionalismo(s)*, Ed. Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, España, 2005.

HASSEMER, Wilfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989.

HOBBS, Thomas: *Leviatán*, Losada, Argentina, 2003.

KANT, Immanuel: *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, selección, prólogo y notas de Arnoldo Córdoba, Universidad Nacional Autónoma de México, Dirección General de Publicaciones, Col. Nuestro Clásicos, no. 33, Serie Filosofía, México, 1968.

KUHN, T. S.: *Estructura de las revoluciones científicas*, F.C.E., México, 2007.

LAKATOS, Imre: *Escritos filosóficos 1. La metodología de los programas de investigación científica*, Ed. Alianza Editorial, 2007.

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

POPPER, Karl: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós 2010.

RAWLS, John: "Justicia como equidad", en *Revista española de control externo*, Vol. 5, N° 13, 2003, pp. 129-158, disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1069286>, [consulta: 16 de julio de 2010].

ROLLA, Giancarlo: "La actual problemática de los derechos fundamentales", en: *Investigaciones Jurídicas*, Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato, Vols., XXII y XXIII, Nums., 80-81, Enero-Diciembre 2006, México, 2008.

ROSSEAU, J.J.: *El contrato social o principios de derecho político*, Libuk, México, 2008.

SOUSA DE, Santos Boaventura: *Sociología jurídica crítica*, Trotta/ILSA, 2006.