



## LA POLÍTICA PENAL. ALGUNAS NOTAS ACERCA DE LAS RELACIONES ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHO<sup>1</sup>

*Luis Raigosa Sotelo\**

### **1** . Introducción

Paralelamente a algunas de las divisiones en que se acostumbra encasillar los conocimientos jurídicos especializados, existen conceptos que no se identifican directamente con el universo jurídico, sino precisamente con el enfoque administrativo o político. Por ejemplo, se habla de política laboral, fiscal, social, sanitaria, etcétera. Estos conceptos vinculan un ámbito particular de normas y prácticas administrativas inteligibles para el especialista en las correspondientes ramas del derecho, con cursos de acción gubernamentales, propiamente denominadas políticas públicas, las que se reconocen como un conjunto de actividades y decisiones en la materia a cargo de personal especializado contratado por el gobierno y que es responsable de la

<sup>1</sup> El presente artículo contiene información utilizada para elaborar el primer capítulo de una investigación más amplia sobre las políticas penales en México (1982-1988). Agradezco en particular a la Maestría en Gobierno y Asuntos Públicos de la FLACSO que, entre mayo y noviembre de 1993, me ha proporcionado una interesante atmósfera de trabajo que hizo posible terminar este ensayo.

\* Profesor titular del Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México, ITAM.

conducción debida de tales actividades y decisiones. Así, en el área específica del derecho penal, se habla de política criminal o política penal. La expresión más difundida es política criminal —quizá por tratarse de un enfoque más cercano a la criminología que al derecho penal—, y con ella se quiere entender cualquier actividad estatal relacionada con el delito, particularmente con su prevención y control.

El parentesco conceptual mencionado es el punto de partida para que en el presente artículo se intenten algunas reflexiones acerca de los puntos de enlace entre algunos conceptos teóricos manejados por la ciencia política y los jurídicos, con énfasis precisamente en el campo jurídico-penal, lo que conduce al campo de la política criminal. El análisis se ha estructurado, en primer lugar, con una ligera revisión de los desarrollos empíricos de la política criminal. Luego se pasa rápida revista a algunos elementos teóricos básicos que ofrece la ciencia política sobre el concepto de política pública. Finalmente se precisan las cuestiones de incidencia del derecho acerca de las mismas realidades a que se enfrenta el analista político cuando se habla de políticas públicas. Se sustenta la tesis básica de que existe una vinculación esencial entre ambos campos del conocimiento: política pública y actos jurídicos, de manera tal que no es posible entender uno sin el otro. Es decir, el camino que debe recorrerse para intentar entender plenamente la acción del gobierno ante los problemas sociales, exige acudir a los conceptos propios de la teoría del derecho, habida cuenta de que toda acción gubernamental tiene necesariamente una forma jurídica, y ésta es estudiada por la teoría del derecho.

## 2. Evolución de la política criminal

Una revisión rápida pero completa de los desarrollos de la política criminal moderna, según la perspectiva que ofrecen los expertos, nos la ofrecen los esfuerzos consumados primero por la Unión Internacional de Derecho Criminal y continuados después por la Asociación Internacional de Derecho Penal. A ella se suma un repaso para el ámbito latinoamericano.

En el contexto internacional en general —la Unión y la Aso-

ciación mencionadas-, puede observarse la evolución que ha cumplido la política criminal en el completo análisis cronológico que sobre el tema ofrece Hans-Heinrich Jescheck.<sup>2</sup> Este profesor alemán separa tal desarrollo en tres etapas:

*a. Los 25 años anteriores a la Primera Guerra Mundial*

Es un periodo caracterizado por “el gran viraje desde la teoría clásica del derecho penal de un Feuerbach, Joseph de Maistre, Pellegrino Rossi y Carrara, a la nueva ideología determinada por las ciencias naturales, que acostumbramos incluir, colectivamente, bajo el concepto de *positivismo*”. Muy someramente, este periodo tendría como puntos sobresalientes de política criminal la promoción mundial de la condena condicional; el rechazo parcial de la pena privativa de libertad; la lucha contra la criminalidad de categorías especiales de autores, por ejemplo, la de la criminalidad habitual; la separación del derecho penal para los jóvenes del relativo a los adultos, que implicó fundamentalmente la elevación de la mayoría de “edad penal”, exigencia de madurez mental y moral, adopción de medidas como instrucción vigilada o educación, tribunales especiales, etcétera.

*b. La etapa de entreguerras*

En donde se abordan nuevos temas tales como la preparación del derecho penal de gentes, que tenía atrás la preocupación por la paz mundial y en la cual se ubican destacadamente los temas de guerra de agresión y su preparación, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, terrorismo y la creación de un tribunal penal internacional; la salvaguardia del estado de derecho de la administración penal de justicia, y sobre todo del cumplimiento de la pena: el derecho penal es un arma de dos filos porque representa un mal para el inculpado pero también para la sociedad y, por tanto, el principio de legalidad se erige en un derecho fundamen-

<sup>2</sup> Cfr., en general, Jescheck, Hans-Heinrich: “La influencia de la Unión Internacional de Derecho Criminal y de la Asociación Internacional de derecho penal en el desarrollo internacional de la política criminal moderna”, en *Doctrina penal*. Año 4, No. 15, Depalma: Buenos Aires, 1981, pp. 455-478.

tal básico; a esto se une la debida reglamentación del cumplimiento de las penas, asunto no meramente administrativo.

*c. La etapa desde el fin de la guerra*

Sobre la cual Jescheck dice que estos años "fueron determinados por la evolución de los grandes principios de la política criminal moderna". Aquí encontramos los siguientes desarrollos: creación de un tribunal penal internacional, precisión del concepto crímenes contra la humanidad, desarrollo del tema del genocidio y el de la tortura, elaboración de un *International Criminal Code*; exigencia de sustituir la pena privativa de libertad por otras sanciones, descriminalización de los delitos contra la moralidad, limitación de la punibilidad por posesión de drogas para consumo propio, investigación de la personalidad previamente a la determinación de la pena, derogación de penas infamantes, fomento de la asistencia al liberado, indemnización de las víctimas de los delitos por el Estado; por último, la salvaguarda de los derechos humanos en el proceso penal prestará atención a: la protección del inculpado en las actuaciones preliminares, garantizar los derechos de la defensa, limitar la detención, subrayar que el principio de culpabilidad es presupuesto de la punibilidad para hechos culposos, y que el punto más importante del principio de legalidad es el principio de certeza de delitos y penas, en fin, que la nueva política criminal fuera humana, salvaguardando la dignidad del hombre y garantizando sus derechos fundamentales.

Esta apretadísima presentación de los contenidos de la moderna política criminal, ofrecida por el profesor Tedesco recién citado, muestra la riqueza y variedad de desarrollos ejecutados por esta forma de la "política general", desde Franz von Liszt. Caben aquí dos observaciones. La primera, que toda vez que se trata de propuestas de política criminal generadas por las asociaciones mencionadas, no siempre han sido adoptadas o adaptadas por muchos Estados -de ello da prueba la alerta puesta por el autor sobre el desánimo que pueda sufrir el investigador "ante la búsqueda de las concordancias con cada punto en la legislación y jurisprudencia de los Estados". Pero ésa no sería razón suficiente para su retiro de este universo de la política criminal,

tomando en cuenta que se trata de categorías precisamente conceptuales pero que con frecuencia sí tienen reflejo empírico.

La segunda observación se refiere a los contenidos asignados a la política criminal por Jescheck. Parece que aquí cabe el señalamiento formulado por el profesor húngaro Denis Szabó acerca de la orientación "juridicista" que para los juristas ostenta la política criminal, no compartida más que en parte por los criminólogos:<sup>3</sup> "La política de lo criminal —dice Szabó— consiste para los juristas en aplicar principios decididos por el legislador en el código penal... para el criminólogo comprende también una parte descriptiva, que es el estudio científico de los mecanismos de represión y de prevención, y una parte evaluativa, que tiene por objeto su eficacia respecto de las normas fijadas por la ley." Vale aquí mencionar que si bien los dos puntos de vista se encuentran en contextos teóricos diferentes, lo que me resulta significativo en este análisis son los campos coincidentes, no sus divergencias.

Sobre la política criminal en el área latinoamericana, Enrique Bacigalupo distribuye los desarrollos de la política criminal también en tres etapas, pero no coincidentes con las de Jescheck.<sup>4</sup>

*a. Desde la independencia hasta 1920.*

*b. Entre 1920 y 1960.*

De esta etapa, significada por la influencia ejercida desde la filosofía positivista, ofrece el autor las siguientes características, que sólo menciono sumariamente: se introduce la condena condicional y la libertad condicional; el catálogo de penas se reduce prácticamente a la de prisión, de reclusión, de multa y de inhabilitación; ante la reincidencia, se agrava sensiblemente la pena; también hay apertura, incipiente, a las medidas de seguridad; la medida justa de la pena la determina la peligrosidad del autor y

<sup>3</sup> Cfr. Szabó, Denis. *Criminología y política en materia criminal*. Siglo XXI: México, 1980, pp. 103 y ss.

<sup>4</sup> Bacigalupo, Enrique: "La moderna política criminal latinoamericana", en *Ilanud al Día.*, Año 1. No.2, San José, Costa Rica, pp. 20 y ss.

no la gravedad del hecho o culpabilidad; la finalidad de la pena es, ante todo, segregar a los delincuentes de la sociedad; los presupuestos de la responsabilidad penal –las características del hecho punible que definen las condiciones para la aplicación de una pena– se mantuvieron inalterables.

*c. A partir de 1960*

La tercera etapa latinoamericana –impregnada de una “actitud de neutralidad político-criminal, (en donde) el centro de gravedad de la reforma se desplaza de las consecuencias del hecho punible, es decir, desde los medios y métodos del derecho penal hacia el problema de la adecuación típica, la antijuridicidad y la culpabilidad”– tendría las siguientes líneas sobresalientes: se mantiene la tendencia hacia la prevención especial ilimitada, privilegiándose la peligrosidad del autor; se acepta como problema del derecho penal –y no sólo del ámbito jurídico-administrativo– el fin de la pena, y su consecuencia: la regulación de normas mínimas para alcanzar el fin resocializador; de la integración como finalidad de la pena privativa de libertad se llega a la unificación de ésta; se introduce el sistema de los días-multa; permanece la pena de inhabilitación: “manifestación de supervivencia de las penas infamantes cuyo objeto era la exclusión del condenado del núcleo social”; introducción de un sistema más orgánico de medidas de seguridad.

Hasta aquí se ha podido revisar el contenido de la denominada política criminal, desde fines del siglo XIX. Esta política ha tenido por cometido dotar de respuesta a la pregunta del quehacer estatal con el fenómeno de la delincuencia. Se retomará el tema posteriormente, pero es importante recalcar desde ahora que el derecho penal está totalmente incorporado en los contenidos de lo que los especialistas denominan política criminal. En efecto, aunque las respuestas estatales a la delincuencia han sido cambiantes, hay una continuidad en todas ellas: la necesidad de expresar las vertientes de acción estatal en enunciados jurídicos, es decir, en normas jurídicas, de dar forma a estas acciones dentro del universo normativo. Los conceptos componentes de la política criminal o penal: normas mínimas, tipicidad, antijuridicidad, multa, prisión, inhabilitación, proceso penal, garantías de la defensa, crímenes contra la humanidad,

tribunal penal internacional, entre muchos más que fueron mencionados, que expresan contenidos específicamente jurídicos y que reflejan puntos de vista también jurídicos acerca de tomas de postura estatales ante la delincuencia, son todos ellos plenamente reconocidos como resultado de la dogmática y de la teoría jurídicas.

### 3. Acerca del concepto *política pública*

Veamos ahora los elementos definatorios del concepto de política pública, en los términos ofrecidos por los expertos en la materia. Creo que aquí se encuentra suficiente sustento para defender la tesis anunciada, en el sentido de que no existe política pública sin expresión jurídica y que, por tanto, tal concepto propio del campo de la ciencia política no es plenamente comprensible hasta que se entiende su aspecto jurídico.

Sostiene el profesor Heclo que las políticas públicas constituyen un área de análisis de la ciencia política que si bien ha gozado de un desarrollo acelerado, a la vez sufre de una insuficiente estructuración conceptual.<sup>5</sup> Se trata, además —dice—, de un campo con vocación interdisciplinaria, más que multidisciplinaria, que se construye a partir de la delimitación del contenido del término *política*. Esa vocación interdisciplinaria justifica ya el intento de análisis del presente estudio, desde una postura juricista, de una de las *políticas*: la penal.

¿A qué le llaman política pública los científicos de política? Conforme al autor recién citado, la política pública —en inglés: *policy*— es una categoría analítica —es decir, es algo que no tiene un referente empírico— que, en principio, es asignada a acciones estatales de dimensiones no precisadas claramente, porque abarcan cursos de acción oscilantes en un espectro del que se excluyen prácticamente sólo sus extremos: las decisiones individuales particulares así como los movimientos sociales generales. Las políticas son cursos de acción o inacción orientadas por fines específicos

<sup>5</sup> Cfr. Heclo, Hugh: "Review Article: Policy Analysis", en *British Journal of Political Science*, 11. No. 1, 1972. Sigo de cerca las ideas que ofrece este autor en los desarrollos siguientes.

que requieren la autoridad gubernamental para conseguirse. Pero no son acciones individuales cumplidas por un único actor político, llámese administrador o legislador, y, por ello, es necesario distinguirlas de los actos que estos actores realizan.

Es importante recalcar el énfasis que desde la ciencia política se pone en la consideración de las políticas como cursos de acción y no precisamente acciones individuales, para contrastarla con el enfoque jurídico, fuertemente divergente. Para el politólogo las políticas son cursos de acción que, como se ha dicho, deben ser distinguidas de las acciones u omisiones que realizan los actores políticos, y sólo así resulta comprensible el contenido del término *políticas individuales*. Tales cursos de acción quizá puedan entenderse como una especie de *vector* resultante del esfuerzo ejecutado por los distintos actos que componen tales cursos de acción. Para el jurista, en cambio, es indispensable conservar la categoría de acción individual, porque sólo a partir de ella pueden sustentarse conceptos jurídicos que se encuentran en la base de toda la construcción del derecho, tales como los de relación o responsabilidad, entre otros, los que, a su vez, harán posible las acciones jurídicamente significativas. Es decir, es imposible hablar de relaciones reglamentadas por el derecho si no se conserva la categoría de acto que genera consecuencias definitivamente jurídicas, o sea, de acto jurídico. En el derecho, no se puede abandonar la atomización de actos estatales, porque es preciso conservar el principio de responsabilidad exigible a los sujetos del derecho, en el caso, a los órganos estatales, administrativos y legislativos. Así, las políticas públicas pueden entenderse, para el derecho, ya no como cursos de acción, sino como conjuntos de actos individuales con significación jurídica. Resalta la divergencia de los puntos de vista al recordar la advertencia de Hecló acerca de los límites asignables a las políticas públicas, y particularmente su contraste con elementos típicamente jurídicos. Hecló advierte que la *policy* "debe ser considerada como algo con mayores dimensiones que las piezas tangibles de legislación y regulaciones que en algún momento son administradas por los órganos administrativos". Creo, en cambio, que la exigencia de un conocimiento interdisciplinario, sí requiere de la incorporación de elementos jurídicos,



específicamente del concepto de acto jurídico legislativo y administrativo.<sup>6</sup>

En el mismo plano teórico, suele considerarse también la importante distinción entre los conceptos *creación* y *ejecución* de políticas públicas. El surgimiento de una cuestión o *asunto socialmente problematizado*<sup>7</sup> sobre el cual el gobierno adopta una posición, es el punto de arranque para dibujar el proceso de *vida* de una política estatal. El proceso de generación de políticas penales, en donde éstas resultan variables dependientes de las conductas de los actores políticos que intervienen en su formulación, sería posible cambiarlo y/o compararlo con otro esquema en donde las políticas intervendrían como variables independientes, y preguntarse cuál es el impacto de éstas en la sociedad, es decir, equivaldría a medir la eficacia de las políticas penales. Creo que puede sostenerse, con relación al primer paso, que las políticas públicas son *resultado* de actos jurídicos. Por ejemplo: el conjunto de acciones anunciadas en el campo de la denominada *política agraria*, a cumplir por el gobierno, como se menciona en el Plan Nacional de Desarrollo (PND), tendrá expresión en la realidad, es decir, serán acciones que podrán dibujar un curso, como se quiere por la teoría, solamente a través de actos jurídicos tales como legislaciones, reglamentaciones, creación y

6 Cabe una observación en relación con una clase de actos jurídicos, vinculados de manera más directa con el mencionado concepto de política pública. Me refiero al denominado Plan Nacional de Desarrollo y a los programas que surgen de él. Como es obvio, el acto jurídico que da origen al documento llamado Plan Nacional de Desarrollo, que contiene el amplio conjunto de propuestas de acción política del gobernante en turno, es un acto que, por una parte, da cumplimiento a las disposiciones normativas que obligan a aquél, pero también, a la vez, señala los caminos de acción que requerirán el concurso de otros actos jurídicos para que esas propuestas políticas puedan convertirse en acciones, como es el caso de las vertientes de coordinación, concertación e inducción y a los correspondientes actos jurídicos que son indispensables para lograr el apoyo de los agentes públicos y privados que intervienen en el proceso de ejecución del PND, diferentes a la Administración Pública Federal. Sobre el problema del concepto de política pública es didáctica la siguiente definición: "un conjunto de acciones y omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores en la sociedad civil". Oszlak, Oscar y Guillermo O'Donnell. "Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación". *Documento CEDES/G.E. CLACSO*, No. 4, 1976, p. 25.

7 *Idem*, p. 22.

también supresión de órganos estatales, integración de programas de acción específicos, contratación de personal capacitado para cumplirlos. Me parece que todo ello son actos jurídicos cuyo conjunto significativo, es decir, el mencionado *curso de acción*, ese resultado es la denominada *política agraria*.

Dentro del mismo plano teórico de distinción entre *creación* y *ejecución* se recuerda otra pareja conceptual similar: *formulación-ejecución*.<sup>8</sup> Esta bipartición incide de especial manera en el tema de los entes creadores de políticas públicas. Se asigna la tarea de formularlas tanto al órgano ejecutivo como al legislativo si se trata de políticas que deban expresarse en forma de leyes, habida cuenta de que ambas ramas del gobierno intervienen en el proceso legislativo.<sup>9</sup> Pero otras formulaciones jurídicas de políticas públicas diferentes a las legislativas corresponderían, en principio, sólo al órgano ejecutivo: reglamentos y otros tipos de ordenamientos jurídicos, así como planes y programas. La realización de políticas públicas, en cambio, suele ser considerada como actividad exclusivamente administrativa, propia de la burocracia, en donde no interviene el Poder Legislativo. Debe señalarse, sin embargo, que este enfoque subraya impropiamente sólo la función legislativa de las asambleas representativas, olvidando las otras funciones, no menos importantes: de control y presupuestaria, por ejemplo, que pueden significar también ejecución de políticas públicas. Aquí, de nuevo, no se habla de otra cosa, desde el campo jurídico, que de actos jurídicos.

La separación anterior entre quién elabora las políticas y quién las ejecuta se acerca al tema de otra distinción académica, que versa sobre las formas en que se *hace política*, revisada por

---

<sup>8</sup> Oszlak, Oscar. "Políticas públicas y regímenes políticos: reflexiones a partir de algunas experiencias latinoamericanas", en *Estudios CEDES*, v. 3, No.2, Buenos Aires, 1980, pp. 6 y ss. La dicotomía -nos recuerda el autor- corresponde con la otra de "política-administración", de origen al parecer decimonónico, que aún es utilizada como categoría de análisis de la actividad estatal.

<sup>9</sup> Aquí sería dable adoptar la distinción que suele ser mucho más clara, al menos, en Estados Unidos y Europa Occidental que en México, entre Poder Ejecutivo y Administración Pública, al entender que la formulación de políticas es una actividad básicamente política, no administrativa. Esta diferenciación es válida tanto para las políticas con expresión jurídica de ley como las de expresión jurídica de rango inferior a las leyes.

Oszlak.<sup>10</sup> Recuerda este autor la también antigua polémica en el análisis de las políticas públicas referente al tipo de racionalidad que es propia de la política. Existen al respecto, dos modelos básicos: por un lado, uno que supone una racionalidad técnica, también llamado de intelección o de planificación, que “presupone que la acción puede subordinarse a la razón y que el comportamiento puede dirigirse hacia el logro de determinados fines eligiendo para ello los medios más racionales”. Por tanto, hace uso de técnicas de planificación, las cuales simbolizan fundamentalmente racionalidad y son definidas como “actividad que intenta ensamblar y orientar la acción social hacia la satisfacción de determinados objetivos (o políticas, en términos más restrictivos), fundamentalmente mediante la aplicación de criterios de racionalidad técnicos”. Al modelo de planificación se enfrenta el de la racionalidad política, de interacción o de negociación, en el cual “la acción es más bien producto de transacciones entre partes y la prosecución del interés individual de cada una realiza el fin colectivo que las vincula”. Pero más que “una trasposición analógica del modelo de mercado al terreno de la acción política”, un simple intercambio o negociación, se defiende la tesis denominada del *incrementalismo* en donde “la negociación, el ajuste mutuo y el cambio incremental son la base del estilo de decisión política”, es decir, las políticas son cuestiones disputadas por distintos grupos sociales, y la interacción va provocando modificaciones a los objetivos originalmente determinados, los que cuentan, por ello, con un valor reducido, habida cuenta de que el contexto en el cual se va desarrollando la acción de los grupos sociales puede conducir a cambios en medios y en fines.

Una breve recapitulación de este apartado indicará que puede sostenerse válidamente la tesis anunciada al principio: los elementos de que se habla desde el campo de la ciencia política adquieren plena significación cuando se incorporan en el análisis las nociones o conceptos propios del mundo jurídico, con la salvedad ya advertida claramente en el sentido de que el enfoque

<sup>10</sup> Oszlak. “Políticas públicas...”. *Op. cit.*, pp. 10 y ss. En lo que sigue me apoyo en el desarrollo de este artículo.

politológico es abstracto, prescinde de acciones individuales. Pero son éstas las que, en conjunto, como un todo le otorgan significado, y tales acciones son necesariamente jurídicas.

#### 4. Algunas consideraciones jurídicas sobre las decisiones políticas

Las relaciones entre los campos jurídico y de las políticas públicas no se agotan en el fenómeno señalado sobre la *forma jurídica* de las políticas. Creo que es muy importante señalar dos aspectos adicionales: uno, referente a los límites jurídicos que tiene o puede tener el decisor político, y otro, acerca del papel que cumple el Derecho como un instrumento social. Sobre esto trata este apartado.

Todas las decisiones políticas, desde las consideradas básicas tienen expresión jurídica. Puede recordarse la frase "decisiones políticas fundamentales" con la que el formidable jurista alemán Carl Schmitt nombró lo que en su opinión constituye el contenido esencial de cualquier constitución. En ésta, algunos artículos establecen las atribuciones del órgano legislativo precisamente en su función legislativa, atribuciones que son, ciertamente, decisiones políticas pero con expresión jurídica en el nivel superior del orden jurídico. Así, se torna obligatorio que las materias de mayor importancia social satisfagan el requisito de tener forma de ley, que alcancen la amplitud de aplicación, la solidez y la durabilidad que estas formas de norma jurídica contienen, y que los contenidos de estas normas sean determinados precisamente por los representantes sociales. Dichas decisiones no son, sin embargo, políticas públicas. En efecto, tales requerimientos jurídicos darán lugar, en su momento, a cursos de acción particulares para materializar en instancias administrativas, en decisiones y en actos específicos tal requerimiento jurídicos.

##### 4.1 *Limitaciones jurídicas al establecimiento de políticas estatales*

El juego de influencias y determinaciones mutuas que se da entre las decisiones políticas y el orden jurídico deriva en la cuestión de las limitaciones del Estado y otros actores para adoptar políticas. La pregunta fundamental es si puede refor-

marse todo el orden jurídico o existen *cotos vedados* para la acción política.<sup>11</sup> Las dos posibles respuestas son ejemplificadas una, la afirmativa, por el jurista mexicano Tena Ramírez: “el Constituyente Permanente puede llevar a cabo por vía de adición o de reforma cualquiera modificación a la Ley Suprema”, y por la negativa el profesor Jorge Carpizo, ante las decisiones políticas básicas, dirá que no es posible reformar todas y cada una de las partes que componen un orden jurídico porque existen algunas áreas vedadas al legislador, es decir, al decisor político.<sup>12</sup>

La pregunta acerca de las limitaciones jurídicas está planteada a la altura del constituyente por tratarse del nivel normativo supremo. Podemos afirmar que el orden jurídico al nivel del soberano, no señala y no puede lógicamente señalar limitaciones a él mismo. Pero con respecto a quien no es soberano pero sí decisor político, el orden jurídico está lleno de limitaciones, las que son tanto de contenido como de forma y suponen además un conocimiento y respeto por la jerarquía normativa. Algunas normas regulan de manera expresa y/o más directa estas cuestiones: es el caso de la Constitución y algunas leyes ordinarias, como por ejemplo la Ley Orgánica del Congreso, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la Ley de Planeación, básicamente, si bien son mencionables otras más, incorporadas al campo del derecho administrativo, tales como la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos o la Ley Federal de Entidades Paraestatales. También cabe hacer mención, junto a las demás, de la Ley Orgánica del Poder Judi-

<sup>11</sup> Cfr. Garzón Valdés, Ernesto. “Representación y democracia”, en *Doxa*, No. 6, 1989, pp. 156 y ss. El profesor Garzón funda esa exclusión, entre otros, en los siguientes puntos: a) deben excluirse de la negociación y compromiso parlamentarios los bienes básicos para realizar todo plan de vida; b) ni los representados ni los representantes determinan ese campo de exclusión; c) la vigencia de los derechos que integran el *coto vedado* de los bienes básicos no supone la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad; d) el *coto vedado* tiene tendencia a la expansión —el ejemplo sería las *generaciones* de derechos humanos—; e) el ámbito de gestión del representante es el del afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos, así como el de la negociación y el compromiso de los intereses secundarios.

<sup>12</sup> Cfr. Tena Ramírez, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*, 16va. ed., México, 1978, pp. 63 y ss., y Carpizo, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*, 5a. ed., UNAM: México, 1982, pp. 280 y ss.

cial de la Federación, de significativa trascendencia si se considera que el órgano intérprete de la Constitución es la Suprema Corte de Justicia, y la interpretación constitucional contiene una actividad estatal que permea todo el sistema político.

De entre las normas jurídicas integrantes de un orden jurídico nacional dado, la Constitución es la fuente principal de limitaciones jurídicas –las más importantes– sobre políticas estatales. Recuérdese que en ella se encuentran, entre otras cuestiones, las normas relativas a qué órganos del Estado pueden establecer otras normas, conforme a ciertas limitaciones, que son básicamente de tres tipos: limitaciones funcionales, constituidas ante todo por requisitos procedimentales, limitaciones de tipo material, integradas por las denominadas garantías individuales, y limitaciones de orden temporal, aquellas que indican los momentos para emitir tales normas.<sup>13</sup> Las normas constitucionales que señalan los límites para el decisor político exigen que en la emisión de otras normas se satisfaga entre otros criterios de validez, el respeto a un orden jerárquico de la totalidad del ordenamiento jurídico, jerarquía no arbitraria sino sustentada en la consideración de principios democráticos y propios del estado de derecho.

Conviene adoptar un concepto de Constitución que permita ubicar estas decisiones. Es claro que una norma jurídica tiene su fundamento de validez en otra norma jerárquicamente superior, y su punto último de identidad en la norma que es el origen de todo el sistema jurídico, en la Constitución. Pero al enfrentar las normas con las decisiones o políticas públicas no resulta suficiente considerar la Constitución como fuente fundante del resto de normas. Quizá sea más apropiada para este ejercicio analítico que intenta ubicar el lugar que les corresponde a las políticas públicas en el contexto del orden jurídico, la concepción que Konrad Hesse ofrece sobre la Constitución, norma a la que le asigna dos objetivos: garantizar la formación y mantenimiento de la unidad política del Estado, y configurar el orden jurídico fundamental de la comuni-

---

<sup>13</sup> Estas tres limitaciones establecidas en la propia Constitución, a los poderes constituidos, fueron recordadas por el profesor Manuel Aragón, en el Curso para Profesores de Derecho que tuvo lugar en la UNAM en el invierno de 1989.

dad, entendiendo por comunidad la suma de lo estatal y lo no estatal. Conforme a este criterio la Constitución garantiza la libre discusión y la libre decisión sobre cuestiones políticas, permite la libre actuación de fuerzas políticas, ya que crea reglas de comportamiento y decisión políticas; pero además crea unidad estatal, confiere forma a la vida de la comunidad, permitiendo su conservación. En consecuencia, la norma fundamental coordina o pretende coordinar correctamente dos principios opuestos, como en una línea continua: la movilidad que resulte indispensable para adecuarse al cambio histórico y, frente a ella, la rigidez necesaria para otorgar seguridad jurídica y para dotar de unidad política al sistema.<sup>14</sup> Desde luego que esta forma de entender la Constitución no sólo como norma fundante del resto del ordenamiento sino también como norma que permite el juego político, necesariamente incompleta para posibilitar la vida histórica que ella regula, acepta más fácilmente la inserción del concepto de política pública. Precisamente el juego de incidencias entre normas jurídicas y políticas estatales encuadra en esa vida histórica que es enmarcada por la Constitución, en la cual ella misma se encuentra involucrada, como una norma más, alterable en su contenido como efecto de las políticas públicas.

Pero esta idea de la movilidad-rigidez constitucionales como principios que permiten el juego social dentro de los cánones que la misma sociedad ha señalado, exige tomar en cuenta los principios materiales que animan la vida jurídico-política. La pregunta es: dentro del orden jurídico-político que posibilita y asegura la vida de una comunidad, ¿cuáles son los principios que orientan esta vida y este orden? La literatura especializada coincide en señalar que el Estado social ha admitido como principios prácti-

<sup>14</sup> Cfr. Hesse, Konrad. "Concepto y cualidad de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1983, pp. 3 y ss. Parece correcto asignar los atributos de rigidez y flexibilidad a todo el sistema jurídico y no solamente a su punto fundante, tal y como lo hace Aulis Aarnio, considerando que la estabilidad "permite que las relaciones sociales puedan ser anticipadas", mientras que la flexibilidad posibilita ajustarse al ritmo de los cambios de la sociedad. Cfr. Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la argumentación jurídica*, versión en prueba fina que me fue gentilmente proporcionada por el profesor Ernesto Garzón con anticipación a su publicación.

camente equiparables a la libertad, que en realidad había ocupado el escenario político-constitucional desde los orígenes dieciochescos franceses y americanos del constitucionalismo, y, junto a ella, a la igualdad.<sup>15</sup> Tales principios entran en crisis al tornarse imposible el cumplimiento cabal de ambos, ya que la libertad y la igualdad chocan, pero el enfrentamiento generó resultados insuficientes e insatisfactorios: los beneficios materiales pretendidos no satisficieron, pues no fueron logrados los niveles deseados, ni tampoco pudieron mantenerse los ámbitos de libertad que habían sido defendidos desde la Ilustración. Así, la dinámica generada por el juego entre estos principios entra en crisis y, por tanto, también el Estado social que funda su acción en ellos.

El enfrentamiento entre los principios o valores materiales predominantes en el Estado social intenta ser superado ya por algún valor superior y relativizante de los valores materiales señalados, como ocurre en el caso de la Constitución española que otorga al valor *dignidad de la persona* el fundamento de la totalidad del orden jurídico (artículo 10.1), fenómeno equivalente en el ordenamiento alemán,<sup>16</sup> o bien mediante la aplicación de las denominadas *reglas del juego democrático*, también consideradas valores constitucionales, que otorgarían contenido a una *teoría de la justicia*, comenzando con el principio de las mayo-

<sup>15</sup> Cfr. por ejemplo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, de Manuel García-Pelayo, Alianza Editorial: Madrid, 1982, pp 26 y ss. También *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, del profesor español Ramón García Cotarelo, editado por el Centro de Estudios Constitucionales en Madrid, en 1986. Revisense en particular para el enfoque jurídico del análisis las páginas 63 a 84 y 159 a 177. Por cierto, no se encuentran en la literatura especializada referencias equivalentes a las de los principios libertario e igualitario que tomen en cuenta el valor *fraternidad*. No parece que este último haya tenido fuerza ideológica equiparable a la de los otros principios lo que, en todo caso, es lamentable. En el ámbito del derecho esta forma estatal provocó importantes cambios en la forma de interacción sociedad-derecho, impulsando que la función social de éste se orientara no solamente al control social *a posteriori* sino también *a priori*, y en paralelo se potenciara un enfoque funcional del derecho como instrumento para el cambio social. Una muy interesante revisión sobre las funciones sociales del derecho se encuentra en Atienza, Manuel. *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcelona, 1985, particularmente todo el capítulo segundo.

<sup>16</sup> Consúltese el análisis que desarrolla el profesor José Ramón Cossío sobre estos temas en su trabajo *Estado social y derechos de prestación*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1989, particularmente las páginas 25 a 42.



rías, pero aceptando dentro del mismo ámbito teórico otras afirmaciones igualmente integrantes de la justicia ya formal ya materialmente considerados.<sup>17</sup>

No se avanza más en la revisión de otras limitaciones que el orden jurídico impone a los actores políticos porque se trataría, en el fondo, de un análisis de la estructura y contenido del derecho y no es éste el sitio y la oportunidad de hacerlo. Pero sí procedé recordar, como se ha intentado hacer, los contornos materiales y formales dibujados en el nivel primario del orden jurídico.

La consideración del derecho como limitante u orientador –formal y materialmente– de decisiones, parece inclinarse hacia la segunda característica de las dos mencionadas por Hesse: la rigidez, al hacer uso de conceptos tales como *límite* o *forma*. Veamos ahora al orden jurídico en cuanto precisa los mecanismos que posibilitan la transformación de esos contenidos formales y materiales a cumplir por los actores políticos, es decir, se encuentran las normas facilitadoras de la movilidad social o vida histórica a que se refiere Hesse. Se quiere con ello cerrar un círculo pues se muestra, por un lado, que el derecho también se vincula con las políticas públicas al mostrarles caminos a seguir para su formulación, esto es, procedimientos, y también algunos contenidos obligatorios. Y por el otro, al considerar el aspecto funcional del Derecho se emprende la tarea de observarlo dinámicamente, no solamente como limitante para el decisor político sino como el camino para expresar sus decisiones, enfoque más cercano al tratado en el numeral 3.

#### 4.2 *El orden jurídico como instrumento social*

Los conceptos de orden jurídico, estructura de las normas, valores materiales y formales y, en general, las limitaciones jurídicas

<sup>17</sup> Cfr. Peces-Barba, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Debate: Madrid, 1988, pp 323 y ss. El profesor Peces-Barba otorgará a los conceptos de tolerancia y pluralismo la categoría de contenidos materiales del valor justicia, que sumará a los de libertad y de igualdad, y adicionalmente, como otro valor formal complementario del principio de las mayorías, la idea de que el derecho justo tiene como fundamento el poder democrático.

para el decisor político caben mejor en un análisis jurídico estructural, es decir, aquel que pretende entender el fenómeno jurídico desde la óptica de su estructura. No es ésta la única forma de aproximarse al derecho pues valen, siguiendo a Bobbio,<sup>18</sup> al menos dos acercamientos más: preguntar no sólo cómo se estructura el derecho, sino también para qué sirve o qué funciones cumple en la sociedad, por un lado, y, además, indagar sobre el deber ser del derecho. Estas dos últimas preguntas conducen a los problemas de las funciones sociales del derecho y a los de la justicia en el derecho. Los dos son ciertamente temas complejos y de sumo interés. Pero de ellos me interesa en particular sólo el primero a partir de la consideración de que en este momento procede revisar un enfoque del derecho, el cual anuncia el nombre del apartado: el derecho como técnica, herramienta o instrumento de ordenación social. En lo que sigue me apoyaré en el desarrollo del tema elaborado por el profesor español Manuel Atienza, ya citado.

Decir que el orden jurídico o el derecho es un instrumento social equivale a intentar contestar inquietudes que surgen a partir de la pregunta para qué sirve el derecho. Es posible agrupar en dos grandes orientaciones los problemas vinculados con la función social o las funciones sociales del derecho considerado éste como un todo, es decir, no una norma o una institución específica cuyo análisis ofrece respuestas concretas, sino intentando asignar contenidos teóricos, más generales a las respuestas, que expliquen precisamente al derecho: el derecho entendido como sistema de control social y cuyo propósito consistiría fundamentalmente en la conservación del equilibrio social, y el derecho como instrumento vinculado al fenómeno del cambio social. Ciertamente, el segundo enfoque supone al igual que el primero la pervivencia del equilibrio en la sociedad, habida cuenta de que ésta no es estática y las alteraciones experimentadas en el seno social exigen aclaraciones orientadas a mantener el equilibrio y, por ende, al control de la sociedad; por ello se indica que el cambio social es en rigor un aspecto del control social.

---

<sup>18</sup> Citado por Atienza, Manuel, véase la nota número 14.

Pero quiero subrayar sus puntos diferenciales, no sus semejanzas para ubicar, finalmente, al campo que más me interesa: el penal.

Ha ocurrido con el derecho un "cambio de función" durante el presente siglo, paralelo al cambio de relación Estado-sociedad. No es pertinente aquí más que subrayar, con Bobbio, que la presencia de las nuevas funciones estatales: la función promocional y la función distributiva, así como el uso de técnicas de control social alternativas al derecho han supuesto, entre otras variables más, la potenciación del *approach* sociológico del derecho. El control social ha supuesto, bajo una óptica restriccionista, el control sobre conductas desviadas únicamente y no sobre la totalidad de las conductas, y el concepto de desviación ha estado fundamentado en el de delito.

Es por ello que se justifica distinguir el control social del cambio social, en particular para el ámbito propio de lo *penal*; porque nombrar la *cuestión penal* parece conducir de inmediato a aceptar la idea o aspecto más represivo del derecho, o la combinación de *conductas más indeseadas* y *actuación a posteriori* del derecho sobre esas conductas. No es difícil aceptar que el lado penal del derecho es el límite de la actuación del Estado ante *conductas indeseadas*: es esta rama jurídica la que debe ponerse en movimiento solamente en los casos en los cuales otros instrumentos de control social no han sido eficientes para mantener el equilibrio, y únicamente cuando se han delineado previa y claramente por el Estado, a través del derecho, cuáles son las conductas indeseadas ante cuya comisión aquél responderá *penalmente*, y lo hará también satisfaciendo formas y procedimientos igualmente determinados de manera anticipada con precisión.

La idea de cambio social, ante la cual el derecho puede presentarse como variable dependiente o independiente, ofrece una perspectiva diferente. Aquí el derecho penal, igual que cualquier otra rama jurídica, se transformará como resultado de alteraciones ya ocurridas en la sociedad, o bien funcionará más bien como instrumento impulsor de cambios sociales. Sobre el primer caso puedo aventurar que no habría objeción en ejemplificar con las etapas que la historia del derecho penal muestra, o bien podría considerarse que la tipificación de una

conducta se realiza precisamente porque la sociedad solicita que esos procedimientos sean tratados penalmente. Es tal vez más difícil exponer al derecho penal como promotor de transformaciones en la sociedad ya directa<sup>19</sup> ya indirectamente, aunque cabría aclarar que esta rama jurídica cumple una función social disuasoria importante. Pero también habría que separar del campo rigurosamente penal al derecho penitenciario o al menos a la pena de prisión habida cuenta del carácter finalista de las medidas materiales de ejecución penal, cuya orientación atiende, por ello, a una función social fundamentada en la idea de cambio.<sup>20</sup>

Quizá no sea posible afirmar de manera definitiva que algunos campos del derecho se ubican con mayor facilidad en la función social de control y otros en la de cambio; sin embargo, el derecho penal ha sido tradicionalmente paradigma del control social, señaladamente de las conductas desviadas –tesis defendida desde una óptica *integracionista*–, y no del cambio; por otro lado, nuevas ramificaciones o áreas jurídicas se inclinan por el segundo enfoque, particularmente los relacionados con la actuación del Estado en esas nuevas funciones, referidas, por ejemplo al derecho económico.

## 5. Reflexiones finales

Volvamos ahora a los aspectos referentes a la *política penal* o *política criminal*. ¿Qué se puede decir acerca de la “política penal”, una vez revisados los elementos teóricos aportados por la ciencia política y cuando ya se han apuntado los múltiples puntos de relación ineludible entre ellos y el derecho?

<sup>19</sup> Tal cambio sería, en todo caso, más factible a partir de la actuación de los órganos legislativo y ejecutivo, y mucho menos desde la judicatura. Aunque precisamente es recogido de la práctica jurídico-penal el ejemplo, ofrecido por Nino, de cambio social a través de la actividad judicial, en el caso de los abortos conocidos por los jueces de Buenos Aires, y transcrito por Atienza en la obra citada, p. 85.

<sup>20</sup> Cfr., en general, a García Ramírez, Sergio. *La prisión*, FCE/UNAM: México, 1975.

### 5.1 *El concepto política penal*

Si una política se genera –se ha dicho– como una respuesta a un problema social, ¿cómo podría plantearse el caso ante la *cuestión penal*? Sería necesario preguntar cuándo ciertas conductas sociales –aunque aquí sea más preciso llamarlas antisociales– se convierten en *cuestión penal* de manera que brote una demanda o necesidad atendible por el Estado a través de los actos que le son propios: legislativos –tipificación–, administrativos y jurisdiccionales, que permitieran consecuentemente la aplicación de herramientas penales y criminológicas. Debe recordarse que el campo de acción estatal que tiene que ver con el delito, desde el surgimiento del derecho moderno, ha estado impregnado de una limitante a la posible arbitrariedad estatal: el principio de legalidad, que exige el señalamiento de los límites y facultades de la acción estatal precisamente en la ley y no en otros niveles normativos. Tal característica, naturalmente, obliga a poner el acento en los actos legislativos, aunque en éstos no se agoten, desde luego, las acciones estatales que llenan el campo de las políticas penales.<sup>21</sup>

Se insiste en que el problema, necesidad o demanda social ante la cual se manifiesta una actitud o una reacción estatal, recordando a Oszlak y O'Donnell, es el delito, el crimen o la criminalidad. Y la toma de posición del Estado son sus acciones y omisiones ante tal situación-problema social. Un par de definiciones confirman la idea: “cualquier proposición de una actividad deliberada que afecte los engranajes de la sociedad, o cualquiera de sus partes, con la finalidad de la prevención o control

<sup>21</sup> El subrayamiento de la importancia del principio de legalidad hace recordar la enorme significación que el elemento *coerción* juega en la construcción de la célebre tipología de las políticas del profesor Lowi. Para él, la determinación de la manera en que se hace política contenida en la expresión *policies determine politics*, adquiere sentido precisamente porque el hecho más significativo acerca del gobierno es que éste tiene fuerza para imponer sus determinaciones de manera obligatoria. Esta expresión se acerca a otra de enorme trascendencia en el campo del derecho, que también se fundamenta en esa imposición obligatoria de conductas, aun en contra de la voluntad del sujeto, pero es una característica que desde la *Dogmática Jurídica* le es asignada a las normas jurídicas, a la cual se le llama *coercibilidad*. Cfr. Lowi, Theodore. “Four systems of policy, politics and choice”, en *Public Administration Review*, julio-agosto de 1972, pp. 299 y 300.

del delito" depende de la política criminal;<sup>22</sup> ésta es genéricamente "la actitud del Estado frente al crimen" que forma parte de "una política general de lucha contra la aparición y el enraizamiento de las diversas formas de patología social".<sup>23</sup>

Las características de la política criminal, se afirma hoy, pueden ser las siguientes:<sup>24</sup>

1. La política criminal es parte de la política general de la colectividad que se ocupa de la criminalidad.
2. Debe integrarse a la política social y enlazarla con los objetivos de democracia, igualdad, seguridad y solidaridad.
3. Debe incluir todo aquello que pueda prevenir la criminalidad.
4. Concierne a la actividad legislativa, administrativa y judicial.
5. Es necesario distinguir entre política criminal, política social y profilaxis social.
6. Debería establecerse un modelo de política criminal.
7. Hay que servirse de la investigación criminológica.
8. Las disposiciones penales deben ajustarse a la escala de valores contemporánea.
9. Debe distinguirse la *política* de las simples prácticas, si bien "no es solamente una filosofía penal, ética social, conjunto de principios, etcétera, sino también tiene lugar en su aplicación diaria, pudiéndose dar una discrepancia entre la política así entendida y la del legislador."
10. Es el *arte de lo posible*.

---

<sup>22</sup> Esta definición finalista es ofrecida por la Secretaría de las Naciones Unidas. Cfr. Versele, Carlos: "Conceptos fundamentales sobre planificación de la política criminal en América Latina", en *ILANUD*. San José, 1976, p. 9.

<sup>23</sup> Cfr. Kellens, George. "Elaboración de una política criminal rentable", en *Capítulo Criminológico*, No. 6, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1978, pp. 271 y 273.

<sup>24</sup> Cfr. López-Rey, Manuel. *Criminología, criminalidad y planificación de la política criminal*, tomo II. Aguilar: Madrid, 1978, pp. 343 y 344.

El listado transcrito que integra la *noción y extensión* de la política criminal provee de algunas precisiones sobre el tema. Vale subrayar, sobre éstas, lo siguiente:

a. Se insiste por los especialistas en la materia en que la política criminal es en realidad un sector de la política general.<sup>25</sup> Esta afirmación, entre otras líneas de desarrollo, llevaría a establecer interrelaciones entre la política criminal y el resto de políticas estatales, señaladamente las que cupieran bajo el rubro *social*: sanitarias, ecológicas, educativas, por ejemplo.

b. La segunda integración a cumplir por la política criminal: la propuesta de enlace entre ésta y los objetivos señalados en el número 2 de la lista de características (democracia, igualdad, seguridad y solidaridad), parece encuadrar en el campo de limitaciones formales y materiales que tiene el tomador y ejecutor de decisiones políticas, a que ya se hizo mención.

c. Quizá sea cierto que pedirle a la política criminal que incluya “todo aquello que pueda prevenir la criminalidad” sea “demasiado prever y pedir”, como afirma el profesor López-Rey; pero vale en la cuenta de quienes defienden esta postura que también se califica esta forma de política como el *arte de lo posible* –revítese la lista transcrita– y, por tanto, no parece defendible una crítica –como la emitida por el citado profesor español– por no tomar en cuenta la limitada disponibilidad de recursos: esta última circunstancia es un presupuesto de la actualización de aquel arte.

d. La política criminal tendrá que ver, al parecer, con la actividad de todos los organismos estatales, e incluso puede presentarse discrepancia entre los órganos *ejecutores* de políticas –quienes

<sup>25</sup> Véanse, entre otros, al recién citado López-Rey, para quien cabe concluir que “por política criminal ha de entenderse simplemente un aspecto de la política de gobierno”; al ya también citado profesor belga Carlos Versele quien sostiene (página 9) que “la política criminal debe ser por tanto –ante todo– una política social, una política de reformas sociales”, revítese la nota a pie de página número 32; igual opinión emite Márquez de Villalobos, Marcela, en “Política criminal y las nuevas formas de criminalidad”, en *Cuadernos Panameños de Criminología*. No. 10. Panamá, 1981, pp.29 y ss; también Mendoza Bremauntz, Emma. “Política criminológica, planificación del desarrollo y libertad”, en *Études internationales de Psycho-sociologie criminelle*. Nos. 34-35. Société Internationale de Prophylaxie Criminelle, París, 1979, pp. 52 y ss.

se encargan de su *aplicación diaria*, siguiendo el texto- y los *tomadores* de ellas. En este punto vale la pena recordar lo que se ha expresado sobre la relatividad de la dicotomía formada por las expresiones *formulación e implementación* de políticas estatales.

### 5.2 *La antinomia derecho penal-política criminal*

Apunta el profesor Núñez Barbero <sup>26</sup> que la contradicción entre derecho penal y política criminal, planteada por Franz von Liszt (1882), evoca la de las concepciones del Estado, pues mientras el derecho penal, como quería von Liszt, se orienta a la protección del individuo rebelado frente a la sociedad, la política criminal se esfuerza por prevenir el delito. Hay aquí el germen del problema que se encuentra atrás de los esfuerzos de políticos y académicos por ajustar armónicamente una antinomia que al parecer se ha mantenido hasta hoy: se trata de equilibrar las exigencias surgidas de la realidad del hombre como individuo y como ser social. En el fondo, aquí se muestra el enfrentamiento a que se ha hecho referencia al tocar el tema de los valores materiales de la Constitución, que no es otro que la misma oposición entre Estado liberal y Estado social. La actualidad de la cuestión no está en duda: el Código penal alemán (1975) y su antecedente Proyecto Alternativo la reflejan e intentan superar. <sup>27</sup>

Si bien el influyente profesor germano planteó la distinción derecho penal-política criminal en términos que parecen irremediamente opuestos: "El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal", tal distinción es hoy subsumida dentro del concepto *sistema de derecho penal*, integrado por el

---

<sup>26</sup> Núñez Barbero, Ruperto. "Derecho penal y política criminal", en *Doctrina penal*, Año 4. No. 15, Depalma: Buenos Aires, 1981, p. 482.

<sup>27</sup> El citado profesor Núñez Barbero señala que "Los objetivos del PA (Proyecto Alternativo) y, en general, siquiera sea más restrictivamente, en el nuevo Código penal alemán, tienen de común con el programa que Liszt propuso, el considerar que la función del derecho penal es, principalmente, limitar el poder de interacción estatal y combatir el delito. Protege, por una parte, al individuo de una represión ilimitada del Estado, pero también a la sociedad y a sus miembros de los abusos del individuo. Son dos componentes: uno comprende al Estado de derecho y protege la libertad individual y el otro comprende al estado social; preserva, por tanto, el interés social, aun a costa de la libertad del individuo." *Idem*, p. 484.



aspecto lógico-formal, o dogmático, y por el que ofrece la realidad social, que serían valoraciones político-criminales. Esta síntesis se aborda a partir de las categorías del delito, como lo presenta Roxin: "en la tipicidad la motivación básica radica en la necesidad de determinación de las previsiones normativas, pues los tipos delictivos se coordinan hacia un principio básico: el de legalidad. En el ámbito de la antijuricidad, en cuanto que en éste se desarrollan los conflictos sociales (colisiones entre intereses individuales y sociales), y la normativización de los conflictos entre intereses opuestos debe estar ligada a la modificación de la realidad social y, por tanto, a las valoraciones político-criminales. Finalmente, en relación a la culpabilidad, Roxin niega la concepción retributiva de la pena, resaltando que el comportamiento antijurídico debe ser punible en virtud del principio de resocialización, siendo, además, la culpabilidad considerada como límite de la medida de la pena, que se aplica no ya por necesidades retributivas, sino por necesidades preventivas".<sup>28</sup>

La integración del derecho penal y la política criminal quizá configure uno de los temas más atractivos y sugerentes de estos campos del conocimiento. Atrás de este enfoque integracionista parece encontrarse, por una parte, el problema en torno a la pena, y más concretamente al fin resocializador de ésta, motivante de la crisis contemporánea de la pena privativa de la libertad.<sup>29</sup> No es, por tanto, banal sino exactamente de enorme significación la construcción de los sustentos de los fines de la pena, como lo

<sup>28</sup> *Idem*, nota a pie de página número 95.

<sup>29</sup> Crisis que es recordada bien como ejemplo de una *función social negativa* —mas no disfunción, y, por tanto, el enfoque es especialmente crítico— que algunas instituciones jurídicas pueden llegar a cumplir, habida cuenta de que los resultados que ellas generan, son contrarios a los esperados: la prisión no corrige al infractor social, sino que, al revés, es una institución generadora de delincuencia; *cfr.* Atienza, Manuel. *Op. cit.* en la nota número 15, p. 86; pero también como una institución que se orienta a capacitar para vivir en libertad: "el reforzamiento del propósito de libertad, el interés sobre esa mira exterior, puesto ya en el curso del encarcelamiento, apareja una de las diferencias mayores entre los sistemas clásicos y el régimen moderno... (por ello) cuando el penitenciarismo pone la vista en la libertad quiere, en cierto modo, sacar a la prisión de sí misma, la subvierte, la pone en crisis una vez más y la obliga a vivir dentro de una grave contradicción interna." *Cfr.* García Ramírez, Sergio. *Op. cit.* en la nota número 20, p. 90.

expresa Bacigalupo: “para nosotros, el problema fundamental de la ciencia penal de hoy consiste en la elaboración de los principios jurídico-penales de la política criminal de la resocialización”,<sup>30</sup> y es aquí en donde se ubica precisamente ese difícil equilibrio entre la defensa de la dignidad del individuo y los principios de la sociedad pluralista, en términos equivalentes a los vertidos por el profesor Núñez Barbero.

Mas, por otro lado, esta óptica con pretensiones de superación de la antinomia derecho penal-política criminal también exige lograr una suma conceptual que no se ofrece sencilla: una armoniosa –o, al menos, práctica– interrelación entre una ciencia normativa, con las características que ésta conlleva, y las ciencias sociales –en donde caben las políticas públicas–, que son las que ofrecen contenidos al campo de la política criminal. Si bien el aprovechamiento de otros *saberes jurídicos* tales como la sociología del derecho o la lógica jurídica, además del de otras ciencias o campos del conocimiento, es un fenómeno común a las distintas parcelas en que suele dividirse al derecho, parece que en este rubro específico, el penal, la vinculación es patente y, tal vez, condicionante de sus progresos.

*Ciudad de México, octubre de 1993.*



<sup>30</sup> Bacigalupo, Enrique. “Significación y perspectivas de la oposición. Derecho penal y política criminal”, en su obra *Estudios de Derecho penal y política criminal*. Cárdenas Editor y Distribuidor: México, 1989, p. 46.