

POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA CRIMINALIDAD. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REALIDAD MEXICANA

SERAFÍN ORTIZ ORTIZ
JOSÉ ZAMORA GRANT
Coordinadores



**CRIMINOLOGÍA
Y EDUCACIÓN SOCIAL
SERIE MENOR**



POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA CRIMINALIDAD

TERMINA 1991

POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA CRIMINALIDAD. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REALIDAD MEXICANA

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar la realidad de las políticas públicas de la criminalidad en México, desde una perspectiva crítica. Se examina el marco teórico y conceptual que sustenta estas políticas, así como el contexto social, económico y político en el que operan. Se describen las principales estrategias y programas implementados por el Estado mexicano para combatir la criminalidad, y se evalúa su efectividad y alcance. Se discuten los desafíos que enfrenta el sistema de justicia penal mexicano y se proponen algunas alternativas para mejorar la respuesta del Estado frente a este problema social. El análisis se basa en fuentes secundarias de información, incluyendo literatura académica, informes oficiales y datos estadísticos. Se concluye que las políticas públicas de la criminalidad en México requieren un enfoque integral que considere no solo la aplicación de la ley, sino también la prevención, la rehabilitación y la reintegración social de los delincuentes. Se sugiere fortalecer la coordinación entre los diferentes niveles de gobierno y promover la participación ciudadana en la lucha contra la criminalidad.



POLÍTICAS PÚBLICAS DE LA CRIMINALIDAD. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REALIDAD MEXICANA

SERAFÍN ORTIZ ORTIZ
JOSÉ ZAMORA GRANT
Coordinadores



tirant lo blanch

Ciudad de México, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Director de la colección:
VICENTE GARRIDO GENOVÉS

© Serafín Ortiz Ortiz, José Zamora Grant
y otros

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
ISBN: 978-84-1113-730-0
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Este libro se terminó de imprimir en mayo de 2022 en los talleres de Litográfica Ingramex, S.A. de C.V. Centeno 162-1, Col. Granjas Esmeralda, 09810, Ciudad de México.



CONSEJO EDITORIAL

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO EN DERECHO CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO-POLÍTICAS CIJUREP

DR. CARLOS GONZÁLEZ BLANCO

DR. FERNANDO TENORIO TAGLE

DR. GENARO SALVADOR CARNERO ROQUE

DR. JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ

DR. JOSÉ ZAMORA GRANT

DR. LEOPOLDO ROLANDO ARREOLA ORTIZ

DR. LUIS ARMANDO GONZÁLEZ PLACENCIA

DRA. MARLA DANIELA RIVERA MOYA

DR. PAOLO COMANDUCCI

DR. RAFFAELE DE GEORGI

DR. RAÚL ÁVILA ORTIZ

DR. SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

DRA. SUSANA THALÍA PEDROZA DE LA LLAVE

Esta obra colectiva fue sometida a un proceso de rigurosa dictaminación en modalidad «doble ciego» por pares académicos externos en su conjunto y en cada capítulo en particular.

Índice

PRESENTACIÓN	15
--------------------	----

SERAFÍN ORTIZ ORTIZ.

JOSÉ ZAMORA GRANT.

POLÍTICA CRIMINAL

<i>CRIMINOLOGÍA CRÍTICA. EXACERBACIÓN DE LAS POLÍTICAS REPRESIVAS HACIA LA TERCERA DÉCADA DEL SIGLO XXI</i>	21
---	----

JOSÉ ZAMORA GRANT

1. LA SOCIEDAD Y EL DELITO	22
2. LOS DERECHOS Y EL CONTROL	25
2.1. El derecho como herramienta jurídica para el control	25
2.2. Dicotomía entre los derechos de las personas y las potestades públicas.....	28
3. LOS PARADIGMAS PUNITIVOS PARA EL CONTROL	31
3.1. Retribucionismo penal	32
3.2. Utilitarismo penal y primeras postulaciones garantistas	33
3.3. Determinismo criminológico.....	34

4. LA IDEOLOGÍA DE LA DEFENSA SOCIAL	35
5. TRANSICIÓN O PERMANENCIA: LOS ANHELOS DE UN FRUSTRADO NUEVO PARADIGMA.....	39
5.1. Progresividad e interdependencia: hacia la consolidación democrática	44
6. CRÍTICA CRIMINOLÓGICA: REGRESIÓN Y CONTRADICCIÓN. A MANERA DE CONCLUSIÓN.....	45
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	48

<i>LA POLÍTICA CRIMINAL DEL GOBIERNO FEDERAL MEXICANO 2018-2020. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ENFOQUE HISTÓRICO-EMPÍRICO Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS (PRIMERA PARTE)</i>	51
---	----

RAÚL ÁVILA ORTIZ

INTRODUCCIÓN.....	52
1. ENFOQUE HISTÓRICO-EMPÍRICO Y DE POLÍTICAS PÚBLICAS APLICADOS A LA INVESTIGACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL... 54	
1.1. El enfoque histórico-empírico	54
1.2. Políticas públicas	57
1.3. Política criminal como política pública	61
2. APROXIMACIÓN A LA POLÍTICA CRIMINAL Y EL SISTEMA PENAL MEXICANO EN SU CONTEXTO MEDIATO E INMEDIATO	65
2.1. El contexto mediato	65
2.2. El contexto inmediato.....	68
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	70

SEGURIDAD PÚBLICA Y FUNCIÓN POLICIAL

REFLEXIONES SOBRE SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD HUMANA.....	75
--	----

SERAFÍN ORTIZ ORTIZ

1. INTRODUCCIÓN.....	76
2. LA SEGURIDAD PÚBLICA.....	78
3. LA SEGURIDAD HUMANA.....	86
4. AFIRMACIÓN DE LAS LIBERTADES: PROTECCIÓN Y POTEN- CIACIÓN.....	88
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	90

CONTROL SOCIAL Y FUERZA POLICIAL. EL VERDADERO IUS PUNIENDI.....	95
---	----

EDUARDO LOZANO TOVAR

1. INTRODUCCIÓN.....	96
2. EL CONTROL SOCIAL DEL ESTADO.....	97
3. POLICÍA, ARTÍFICE DEL <i>IUS PUNIENDI</i> EN MÉXICO.....	102
4. LAS PARADOJAS DEL ESTADO MEXICANO ANTE LA CRIMINA- LIDAD.....	107
5. NEOLIBERALISMO Y SEGURIDAD PÚBLICA.....	111
6. REFLEXIONES FINALES.....	115
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	116

GUARDIA NACIONAL

<i>LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO Y LA MILITARIZACIÓN DE LAS POLICÍAS. EL CASO DE LA GUARDIA NACIONAL</i>	121
---	-----

FRANCISCO JAVIER DONDÉ MATUTE

INTRODUCCIÓN	123
1. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO	125
2. CONSIDERACIONES DE POLÍTICA CRIMINAL	130
3. REFLEXIONES SOBRE A LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO CIVIL	135
4. LA SEGURIDAD PÚBLICA COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS DE LA GUARDIA NACIONAL	140
5. CONCLUSIÓN	144
FUENTES DE INFORMACIÓN	146

<i>LA TRANSICIÓN HACIA LA GUARDIA NACIONAL</i>	151
--	-----

JOSÉ ROBERTO ARMANDO ESPINOZA JUÁREZ

1. INTRODUCCIÓN	153
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA POLICÍA EN MÉXICO	154
3. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN POLICIAL	159
4. SUSTENTO POSITIVO	160

5. FUNDAMENTO LEGAL DE LA POLICÍA Y SU CONTEXTO	163
6. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y GARANTISMO.....	173
6.1. Comparativa de salarios entre elementos de la Policía Nacional Española y la Guardia Nacional	176
6.2. Comparativa de salarios entre elementos de la Policía Nacional del Paraguay y la Guardia Nacional.....	178
7. TRANSICIÓN A LA GUARDIA NACIONAL	180
7.1. Normatividad	180
7.1.1. Acuerdo del 30 de septiembre.....	180
7.1.2. Ley de la Guardia Nacional.....	183
8. EXPERIENCIAS DE LA TRANSICIÓN PF A GN	185
9. CONCLUSIONES ALREDEDOR DE LA TRANSICIÓN DE LA PF A LA GN	189
APÉNDICE.....	193
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	197
<i>LA GUARDIA NACIONAL CONTRA LA PARED</i>	<i>201</i>

PABLO ALBERTO LIMA PAÚL

INTRODUCCIÓN.....	201
1. ¿DÓNDE SURGE LA GUARDIA NACIONAL?.....	202
2. ¿QUÉ ES EL PLAN NACIONAL DE PAZ Y SEGURIDAD PÚBLICA?....	207
3. POSTURAS Y CUESTIONAMIENTOS SOBRE LA GUARDIA NA- CIONAL	210
4. DESAFÍOS PARA LA GUARDIA NACIONAL.....	214

5. CONCLUSIONES.....	217
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	218

CORRUPCIÓN

<i>LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA ANTICORRUPCIÓN.....</i>	<i>223</i>
--	------------

GENARO SALVADOR CARNERO ROQUE

1. INTRODUCCIÓN.....	224
2. LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES.....	226
3. EL MESICIC.....	228
4. CONCLUSIONES.....	254
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	255

Presentación

Desde los orígenes del derecho penal en la naciente modernidad hacia el siglo XVIII, los problemas en torno al delito han sido motivo de reflexión y estudio desde el saber penal, así como las formas de reaccionar ante el mismo, formas y fórmulas que hoy día arrojan un sinnúmero de hipótesis y explicaciones de difícil sistematización, que engrosan lo que genéricamente se identifica como las teorías de la criminalidad.

Estas teorías son una colección abundante que muestran el recuento sociohistórico del cómo se ha entendido al delito y la manera de reaccionar ante él por las instancias de lo que se denomina el Sistema Penal principalmente; son teorías que reflejan a su vez, el contexto histórico en el que se construyeron, y que muestran en su conjunto, la evolución que ha tenido tanto el fenómeno delictivo en cuanto tal, así como las políticas públicas de reacción, reflejo a su vez de la propia evolución social.

Siguiendo a Nils Christie, hay muchas formas de denominar a los actos deplorables, y una de ellas es como delitos, pero también diversas formas de reaccionar ante ellos, como las que se manifiestan a través de las instancias públicas del Sistema Penal. Así, la denominación de ciertas conductas como delitos, es el presupuesto de actuación de todo el andamiaje punitivo con fines de contención, control, represión, prevención y sanción, entre las principales justificaciones de la reacción que es violencia, legítima, sí, pero finalmente violencia.

Las pretensiones teleológicas del quehacer punitivo, también son parte del desarrollo de las teorías criminológicas, las que —una vez aceptadas en la comunidad científica de la especialidad—, eventualmente son llevadas a la legislación penal para operarse desde las políticas públicas concretas. De este modo, el saber penal contenido no sólo en aquellas teorías, sino en la legislación misma y en las resoluciones tanto administrativas como de los tribunales en la materia, se nutre con el análisis de las variables teóricas y con los resultados empíricos de su aplicación, cuando logran impactar en la legislación, y por ende, en las políticas públicas de la criminalidad.

Un marco teórico tan vasto como el que ofrece el saber penal, se traduce en un abanico de posibilidades en el análisis, reflexión y discusión sobre la realidad del delito y la de su reacción, de forma holística en un momento y lugar determinados, en diversos sentidos y perspectivas, muchas veces concordantes entre sí y otras tantas antagónicas, pero siempre como reflejo de una pluralidad de intereses, perspectivas, tendencias ideológicas, y un largo etcétera, que enriquece el propio saber penal y ofrece alternativas a la complejidad con la que el fenómeno delictivo se nos presenta hoy.

En México —como en muchos países latinoamericanos—, el modo de reacción institucional frente al delito, está determinado por ese sinfín de variables, sí, pero con una inercia que la ha caracterizado desde hace ya muchas décadas: cada vez que una nueva administración asume el ejercicio del poder político —y, por tanto, del poder punitivo—; esa asunción del poder suele estar “arropada” de una especie de legitimación centrada en el “todo se ha hecho mal, pero ahora todo estará mucho mejor”, inercia que se ha arraigado incluso culturalmente sexenio tras sexenio, no importando si se trata del mismo partido político o de la así denominada alternancia en el poder y que, en materia de reacción al delito, cobra especiales matices, dignos de identificar cuando se pretende un análisis objetivo —pero también crítico—, de algunas variables para el entendimiento de la realidad, cuando de políticas de la criminalidad se trata.

Los trabajos del Cuerpo Académico *Garantismo y política criminal*, son producto de ese esfuerzo reflexivo y analítico que caracteriza a quienes, preocupados en torno a la disciplina, disertamos —desde nuestra muy concreta especialidad y línea de investigación—, acerca de la realidad del delito, y sobre todo, a las formas de su reacción, tanto para explicar como para describir, y sin duda para analizar y reflexionar, y por supuesto, también para criticar y proponer.

El universo de perspectivas de análisis frente al sinfín de variables en juego cuando de la reacción al delito se trata, exige de una definición metodológica concreta que, respetando la línea de investigación de cada uno de los participantes en esta obra y de lo que tenemos en común —*la reacción al delito mediante las así denominadas y no siempre homogéneas ni congruentes políticas de la criminalidad*— delinea los puntos de vista particulares, sí, pero da sentido en su conjunto

para ofrecer al lector herramientas de reflexión sobre *la reacción al delito*, con la intención de desmitificar la inercia pendular de un latente “volver a empezar” cada vez que lo anterior acaba siendo definido como erróneo y el futuro a corto plazo se presenta con infundado optimismo, que siempre acaba por “legitimar” la irracionalidad de una reacción al delito exacerbada de violencia, lesiva e incompatible con la dignidad humana y, por ende, sistemáticamente vulneradora de los derechos de las personas involucradas en y frente al Sistema Penal.

Así, en esta obra se describen cuatro rubros temáticos: las dos primeras colaboraciones que se refieren al tema de la *Política criminal*, que cumplen con el objetivo de ofrecer un marco teórico y una perspectiva de análisis que da sentido a las siguientes colaboraciones, enfatizando en esto que ya se reflexiona en líneas anteriores, y que dan un sentido de objetividad, pero también crítico del objeto de estudio: las políticas de la criminalidad. Las interpretaciones laxas —y sin duda crudas— de la realidad del delito, “legitiman” la reacción exacerbada de violencia, aunque sin una línea estratégica precisa, más que la mera represión carente de sentido; así ha sido en esta parte geográfica del mundo, y no muy diferente a las tradiciones occidentales europeas de las que ha sido receptora.

Los dos siguientes rubros temáticos, *Seguridad pública y función policial* y *Guardia Nacional*, se entrelazan con cinco colaboraciones que en suma reflexionan respecto de las áreas donde las políticas de la reacción al delito cobran mayor visibilidad en sus contenidos y pretendidas estrategias, y por lo tanto, donde la violencia tiene un matiz de materialidad difícilmente reflejado en su magnitud en cualquiera del resto de los ámbitos del Sistema Penal y de sus formas de reacción. En particular, es relevante la Guardia Nacional como fórmula reciente de organización de las funciones de seguridad, anclada en el foco del análisis y de la crítica en las muchas de sus variables, tanto por su latente estructura e inercia militarizada, como por otras no menos importantes, aunque quizá menos visibilizadas, como la de la relación laboral y los derechos de quienes le dan vida y le operan. Desde el punto de vista de cada autor, cada colaboración reflexiona sobre el impacto de su objeto de estudio en la actualidad, alrededor de las instituciones o políticas públicas recientes.

Finalmente, la última aportación incluida en este volumen, aborda una temática que ha supuesto una estrategia particular y su visibilización —quizá como nunca antes en la actual administración—, y de ahí el interés por incluirla en la presente obra, con la intención tanto de no ser omisos en el tema como de abonar al entendimiento del núcleo central de la obra: las políticas de seguridad pública como forma particular de reacción frente al delito en donde, en la vigente administración, se centran las expectativas de éxito en el denominado control del delito.

En el saber penal —como en cualquier otro saber—, no hay verdades absolutas ni soluciones *mágicas* o definitivas; la reflexión académica, producto de la investigación, el estudio y la experiencia, nutre y enriquece ese saber, para ir encontrando explicaciones a las siempre cambiantes realidades, nuevas respuestas a las siempre reformulables preguntas, nuevos cuestionamientos ante las así presentadas y asumidas políticas de la criminalidad, e interpretaciones y reinterpretaciones constantes alrededor del delito, sus causas y a las razones y presupuestos de su reacción.

En este sentido, esta obra pretende abonar al saber penal, a la reflexión, análisis y discusión sobre temas de actualidad y particular interés, en la expectativa de que a la postre, pueda consolidarse un paradigma punitivo en México, totalmente compatible con la dignidad humana.

SERAFÍN ORTIZ ORTIZ.

JOSÉ ZAMORA GRANT.

CRIMINOLOGÍA CRÍTICA, EXACERBACION DE LAS POLÍTICAS REPRESIVAS HACIA LA TERCERA DÉCADA DEL SIGLO XXI

PAUL ZEMBLER (LONDRES)

Resumen. Este artículo discute el uso de la criminología crítica en el estudio de la criminalidad y las políticas represivas. Se argumenta que la criminología crítica ha sido utilizada para justificar la expansión de las políticas represivas en la tercera década del siglo XXI.

POLÍTICA CRIMINAL

En los últimos años, la criminología crítica ha ganado terreno en el estudio de la criminalidad y las políticas represivas. Este enfoque teórico ha sido utilizado para cuestionar las políticas represivas y para argumentar que estas políticas son el resultado de un sistema de poder que busca mantener el statu quo. En este artículo, se discute el uso de la criminología crítica en el estudio de la criminalidad y las políticas represivas. Se argumenta que la criminología crítica ha sido utilizada para justificar la expansión de las políticas represivas en la tercera década del siglo XXI. Este enfoque teórico ha sido utilizado para cuestionar las políticas represivas y para argumentar que estas políticas son el resultado de un sistema de poder que busca mantener el statu quo. En este artículo, se discute el uso de la criminología crítica en el estudio de la criminalidad y las políticas represivas. Se argumenta que la criminología crítica ha sido utilizada para justificar la expansión de las políticas represivas en la tercera década del siglo XXI.

Este artículo discute el uso de la criminología crítica en el estudio de la criminalidad y las políticas represivas. Se argumenta que la criminología crítica ha sido utilizada para justificar la expansión de las políticas represivas en la tercera década del siglo XXI. Este enfoque teórico ha sido utilizado para cuestionar las políticas represivas y para argumentar que estas políticas son el resultado de un sistema de poder que busca mantener el statu quo. En este artículo, se discute el uso de la criminología crítica en el estudio de la criminalidad y las políticas represivas. Se argumenta que la criminología crítica ha sido utilizada para justificar la expansión de las políticas represivas en la tercera década del siglo XXI.

Keywords: Criminology, Critical Criminology, Repressive Policies, Third Decade of the 21st Century.

CRIMINOLOGÍA CRÍTICA. EXACERBACIÓN DE LAS POLÍTICAS REPRESIVAS HACIA LA TERCERA DÉCADA DEL SIGLO XXI

JOSÉ ZAMORA GRANT

Sumario: 1. La sociedad y el delito. 2. Los derechos y el control. 3. Los paradigmas punitivos para el control. 4. La ideología de la defensa social. 5. Transición o permanencia: los anhelos de un frustrado nuevo paradigma. 6. A manera de conclusión.

Resumen

*En este documento, se aborda una serie de conceptos que identifican la forma en la cual el Estado en diferentes estadios de la historia —sobre todo a partir de la época moderna—, ha pretendido desde sus instituciones, legitimar el control de las sociedades, en función de materializar los fines del contrato social. Y uno de esos argumentos lo constituye el *ius puniendi*, que por las características que reviste, se encuentra en no pocos momentos entre la necesidad ética de responder al imperativo de la dignidad humana, y la necesidad empírica de responder al imperativo del orden social, y esa disyuntiva estructural, ha buscado su justificación en los diferentes modelos criminológicos que han influido en la visión que hemos tenido, en distintos periodos, del fenómeno delictivo.*

Palabras clave: Criminal, control social, Estado, instituciones, sociedad.

Abstract

*In this document, a series of concepts is approached that identify the way in which the State in different stages of history —especially since modern times—, has tried from its institutions, to legitimize the control of societies, in function of materializing the purposes of the social contract. And one of these arguments is constituted by the *ius puniendi*, which due to its characteristics, is found in many moments between the ethical need to respond to the imperative of human dignity, and the empirical need to respond to the imperative of social order, and This structural dilemma has sought its justification in the different criminological models that have influenced the vision that we have had, in different periods, of the criminal phenomenon.*

Keywords: Criminal, social control, State, institutions, society.

La criminalidad es un estatus social atribuido a alguien por quien tiene el poder un poder de definición.

Austin T. Turk.

1. LA SOCIEDAD Y EL DELITO

Las relaciones entre las personas, en las muy diversas fórmulas de organización social que la historia de la humanidad arroja, se han caracterizado siempre por el control de unas respecto de las otras; un control siempre pretendidamente justificado, por un sinnúmero de razones en donde las reglas, sí han jugado —como lo hacen— un papel preponderante, y las justificaciones para su legitimación, un papel crucial. De entre las reglas, destacan aquellas que dotan al poder político de fuerza: las punitivas, que han sido y son las más utilizadas, pero también las más lesivas.

La manera en cómo se despliegan las potestades punitivas y cómo se justifican, engloba un modelo punitivo en alguna época y lugar determinado. Visto desde esta perspectiva, las narrativas del derecho penal podrían ser vistas como una colección de justificaciones respecto del quehacer punitivo, para su legitimación. Entender ello, supone entender que cada modelo responde a una particular concepción de la realidad misma y de lo social. Así, el estudio de determinado modelo punitivo, exige entender el contexto socio-cultural, con todas aquellas variables que de él derivan, como las de tipo económico, por ejemplo. Entender las definiciones respecto del delito y las formas de reacción estatal y social supone, luego entonces, entender esa cosmogonía que dé sentido y razón a aquellas concepciones.

En palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni,¹ estas justificaciones y legitimaciones —desde el derecho penal—, se han caracterizado por su indeterminación o por su determinación, ya sea porque se reconozca o no la libertad de afectar intereses hegemónicos, o se les asigne una causa patológica anclada en el ser y no en el hacer. Justificaciones

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y DIAS DOS SANTOS, Ílison, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, Editorial KAOS, Aguascalientes, México, 2019, pp. 5 y ss.

ambas, sin embargo, legitimantes del control de unas personas sobre otras, y lesivas sin excepción de su dignidad y a las que se les niega su condición de personas.

En la historia de la humanidad se debaten siempre estas dos variantes de legitimación del control que, a la postre, darían forma a dos modelos punitivos, epistémicamente antagónicos, pero legitimantes al fin de la misma pretensión: el control de los otros, de los diferentes, de los que están al margen del desarrollo y de la riqueza, de los que contravienen los intereses hegemónicos, o simplemente de los que no cumplen con las definiciones de quien encasilla y, en consecuencia, discrimina.

La justificación que ambos modelos punitivos han tenido en común, siempre ha sido la protección de la sociedad y lo que ello implica: los intereses sociales como intereses públicos, la cohesión social, los valores sociales —universalizados y soportados bajo un argumento de atemporalidad.

El bagaje de conocimiento con el que hoy se cuenta, permite esa necesaria lectura de lo punitivo, de base objetiva sí, pero también analítica y crítica, que, considerando aquella cosmogonía, arroje conclusiones de lo que es viable —y también sensato— para el quehacer punitivo, y no caer en lo que Nietzsche denominó como el «eterno retorno a lo idéntico».²

² La pregunta de Federico Nietzsche, del párrafo 341 de *La gaya ciencia* (1882): «¿Cómo te sentirías si un día o una noche un demonio se deslizara furtivamente en la más solitaria de tus soledades y te dijera: “Esta vida, tal como la estás viviendo ahora y tal como las has vivido [hasta este momento], deberás vivirla otra vez y aún innumerables veces?”», no se trata, para para Felipe Botero, “...de un creencia epistemológica sobre el universo, sino más bien de una motivación ética, de un desafío intelectual [...] es posible —se pregunta y afirma al citar a una película donde la ciencia y la tecnología encabezan un régimen político totalitario y radicalmente opresor— que su mensaje —el de Nietzsche en aquél párrafo— sea que a nivel colectivo hemos fracasado en el reto ético promulgado por Nietzsche: de vivir una y otra vez esta vida, seguiríamos jodiéndola enteramente al perpetuar una configuración política y social injusta que nos llevará ineluctablemente a vivir en un estado de infelicidad y de insuficiencia o a matarnos los unos a los otros o morir en el intento”. BOTE-RO, Felipe, “El eterno retorno de Nietzsche: párrafo 341 de *La gaya ciencia*”, artículo publicado en versión digital del semanario Arcadia, el 5 de septiembre de 2018. Disponible en <https://www.revistaarcadia.com/agenda/articulo/>

Los procesos de transformación social, la evolución de las sociedades mismas, han exigido procesos de interpretación de la realidad también distintos, de metodología acorde y de actualidad, que considere la acelerada realidad y su permanente cambio.

Esto no es poca cosa si se considera que la cosmogonía en general y la cultura en lo particular de países como México, responden a los poco mutables patrones culturales de las sociedades conservadoras del siglo pasado y para atrás. Hemos desarrollado una capacidad “natural” para adaptarnos a los desarrollos tecnológicos y a las inercias de una vida de consumo, pero el conservadurismo de las definiciones hegemónicas, ancladas en soportes de universalidad y atemporalidad de aquellas concepciones valorativas, de lo que es justo y de lo que no, determina nuestra manera de entender, ser y también de actuar, al borde de lo incongruente e incompatible que pueden resultar aquellas definiciones, propias de esas sociedades, con la pluralidad y la complejidad con las que hoy las sociedades se suelen integrar.

Estas definiciones culturales, esta manera de entender el mundo y ser en él, se traducen siempre en la manera de organizarnos socialmente y del quehacer del derecho en ese fin —y del derecho penal, por supuesto—. Las políticas públicas, como es lógico, son el reflejo de esa cosmogonía que, anclada en aquellas definiciones, pretenden impactar —eficazmente— en sociedades que ya no existen más o que cada vez existen menos. Es eso lo que me parece está sucediendo con las políticas de la criminalidad: pretenden resolver problemas para los que no fueron creados, bajo las definiciones y los parámetros propios de aquellas sociedades que, por el devenir evolutivo, se diversificaron con celeridad.

Las transformaciones sociales hacia la pluralidad responden a múltiples causas, pero hay dos principales: el aumento desmedido de la población y el acelerado desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación. Así, respecto de los aspectos demográficos, la población mundial que en los años 70 del siglo pasado ascendía a un aproximado de 3 mil 500 millones de personas, y casi medio siglo

el-eterno-retorno-de-nietzsche-paragrafo-341-de-la-gaya-ciencia-filosofia-alemania/70850. Consultado el 11 de noviembre de 2019.

después, se duplicó³ —y un poco más—; y en torno a la evolución tecnológica en el plano de la informática —sobre todo en el almacenamiento y procesamiento de datos—, un *smartphone* en estos días, tiene más información que las computadoras de la NASA, aparatos de aquellos años del tamaño de una habitación. La posibilidad de conocer el mundo está en la palma de la mano, sí, pero los satisfactores no alcanzan y la conflictividad social, como es obvio, se exagera.

No es sensato pensar que una realidad así, se puede entender y también aprender, desde las definiciones y metodologías de antaño, y tal asimetría sólo exige irse medio siglo atrás para entender que son obsoletas; sin embargo, en buena medida, así ha sucedido.

2. LOS DERECHOS Y EL CONTROL

2.1. *El derecho como herramienta jurídica para el control*

Los sistemas jurídicos sin duda, cumplen con la finalidad de organizar la vida social, al disponer reglas que garanticen el ejercicio de derechos para las personas y hagan posible la vida social. Empero, distinguir de manera prioritaria entre lo social como bien común —y por tanto público— y los intereses particulares, resulta de sí complejo, pero históricamente cargado hacia lo social por encima de lo particular, una razón también histórica por la que se ha protegido a lo social, por encima de los intereses particulares. La sociedad, en este sentido, ha sido un bien superior y, en cuanto tal, ha debido priorizarse su protección y defensa.

El derecho así, ha tenido la principal función de preservar el orden social, incluso a costa de las personas en lo individual, y en ese objetivo el derecho penal ha cumplido un papel fundamental: defender al bien «sociedad» del mal «delito».⁴

³ Según el contador de población mundial del sitio web *PopulationMatters*, en 2019 se superó la cifra de 7 mil 600 millones de habitantes. Disponible en <http://populationmatters.org>. Consultado el 10 de diciembre de 2019.

⁴ A esta tesis se circunscriben tanto los modelos punitivos del liberalismo clásico como los de arraigo positivista, a los que Alessandro Baratta identifica como de

Ya sea bajo el reconocimiento de la igualdad como fundamento del orden jurídico, o basándose en el argumento “médico-científico”⁵ de clasificación de personas —unas menos evolucionadas que otras—, el derecho ha sido utilizado como herramienta para el control de quienes atentan contra el orden y la paz sociales.

Se trata luego entonces de una única forma de legitimar el uso del derecho —la defensa de la sociedad— bajo explicaciones epistémicamente distintas, y mediante fórmulas punitivas —también distintas—, unas más severas que las otras, pero con una misma finalidad.

El recuento histórico muestra con claridad que el control de unos respecto de los otros siempre ha sido desde quien tiene el poder de utilizar —incluso manipular— el derecho; por tanto, los diferentes, los otros, generalmente los marginados, han sido —y son— objeto del control por el derecho. Una visión crítica⁶ de esta inercia —y por su puesto del derecho mismo— observa al derecho como un instrumento parcial utilizado a favor de las clases hegemónicas y en detrimento de quienes atentan contra la estabilidad de las mismas; por supuesto el derecho penal no sólo no sería la excepción: sería el brazo más fuerte del Estado para el control social⁷ en función de la pretendida estabili-

defensa social. BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica al Derecho penal*, Editorial Siglo XXI, México, 1993, pp. 35 y ss.

⁵ Ya en la Modernidad, una vez ascendida la burguesía, los argumentos indeterminados que reconocían la libertad de las personas sólo habría sido útil para su ascenso, pero la creciente urbanización y la necesidad de control policial de los marginados en las grandes urbes, permitieron que el discurso médico en alianza con el creciente poder policial, encontrarán en la causalidad evolucionista, el argumento legitimante para el control “racista”, a través de aquel discurso integrado; era el auge del positivismo criminológico. En este sentido, *vid.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl y DIAS DOS SANTOS, Ílison, *La nueva crítica...*, *op. cit.*, pp. 11-13.

⁶ La influencia de los planteamientos marxistas en la revisión crítica de la criminología ha sido muestra y claro ejemplo de un derecho de clases y, por lo tanto, de la determinación de lo que es criminal por parte de las clases en el poder. En este sentido, *vid.* BERGALLI, Roberto, MIRALLES, Teresa y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Editorial Temis, Bogotá, 1983, p. 46.

⁷ “[...] sostengo —afirma Melossi— que los conceptos de Estado y de control social pertenecen a tradiciones intelectuales distintas y que están empotrados en situaciones históricas diferentes. En estas situaciones disímiles, dichos conceptos fueron utilizados con el propósito de lograr mantener el orden político y social,

dad y paz sociales. Este argumento evidencia lo que ha sido la historia del derecho penal en la Modernidad, y que no es muy diferente de lo ocurrido en otras épocas de la historia, acaso bajo razones y legitimaciones diversas, y mediante acciones también diferentes, pero con las mismas variables de siempre: las reglas —del derecho— utilizadas para el control de unos y en beneficio de otros.

La Modernidad sin embargo, se caracteriza —así nace— por el reconocimiento de la igualdad ante la ley, igualdad formal, que no sustantiva o material,⁸ que significó un proceso muy lento de incorporación de igualdad en las leyes, pero hasta hace muy poco —y aun de manera incipiente—e implicó la eliminación latente de obstáculos en la ley y la consignación de obligaciones tendientes a generar las condiciones para promover y proveer lo necesario para garantizar el goce y ejercicio de derechos para las personas.

En este sentido la Modernidad se ha caracterizado, sí, desde una de las ópticas, por la lucha constante en abatir las diferencias provocadas por las desigualdades sociales —económicas y, por ende, socio-culturales—, donde el derecho ha debido cumplir un papel fundamental, aun cuando insuficiente; pero, desde la otra de las ópticas, la Modernidad también se ha identificado por el intento velado de mantener las cosas a favor de ciertos sectores y en detrimento de otros, generalmente no favorecidos, y allí el derecho —y sobre todo el derecho penal—, habría cumplido de igual modo un papel fundamental. Ambas ópticas —no excluyentes una de otra—, en gran medida han cumplido ambas funciones; por ello el derecho, desde una mirada sociológica, puede ser visto —y entendido— como un factor de cambio o como

y no simplemente con el de describirlo”. “La forma de control social que se desarrolló dentro de las sociedades que se caracterizaron por el uso generalizado del concepto de Estado, fue la de control social reactivo [...] situación [que] favoreció el desarrollo de formas de control basadas en gran medida en la *hegemonía* y proporcionó la posibilidad de una unidad fundada en el consenso, así como en la comunicación. Este tipo de control social, como lo ilustraron tanto Tocqueville como Durkheim, es más vigoroso que cualquier otro”. MELOSSI, Darío, *El estado del control social*, Siglo XXI Editores, México, 1992, pp. 13-18.

⁸ BERGALLI, Roberto, MIRALLES, Teresa y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El pensamiento criminológico...*, *op. cit.*, p. 43. Un argumento crítico de Juan Bustos Ramírez lo ex presa de manera clara: “...la Revolución francesa no ha sido suficiente para implantar la libertad, la igualdad y la solidaridad”.

un obstáculo del mismo.⁹ Pero principalmente, el derecho penal, no obstante, ha sido utilizado para el control y la represión de los otros, en especial en la naciente Modernidad y durante todo el siglo XIX y gran parte del XX —si no es que todo—. El derecho penal ha sido así, en estas etapas, la herramienta sustantiva para el control de quienes han sido definidos —y también tratados— como delinquentes.

2.2. Dicotomía entre los derechos de las personas y las potestades públicas

El derecho penal es de orden público, justo porque así se concibió —en la incipiente Modernidad— para la protección y preservación de los intereses públicos: los sociales. El Estado que tiene tales obligaciones, utiliza al derecho para ese fin, sobre todo al derecho penal. Bajo aquella premisa de proteger al bien «sociedad» del mal «delito», el derecho penal surgió justo para la defensa social.

Luego entonces, el derecho penal nace con el Estado y el derecho en la era moderna, es aquel que se base en la igualdad ante la ley sin distinciones de ningún tipo y que surgió en el iluminismo clásico.¹⁰ Influenciado por la filosofía de la época —la contractualista—, se establece un compromiso para la organización social bajo la fórmula del Contrato Social, por el que se limitan las libertades naturales para generar un Estado organizado; por ello, es delincuente quien se coloca en contra del contrato social, pues rompe con ese compromiso de organización que mantiene unidos los vínculos entre las personas; delincuente, delito y pena, son producto, luego entonces, de la sociedad organizada, y es el propio contrato el que da legitimidad al poder punitivo.¹¹ Tal escenario hizo del derecho penal una rama del derecho público y no del derecho privado, en el que el conflicto es entre el así denominado delincuente y el Estado, y no entre los particulares. Así

⁹ Cambio en el sentido de progreso, de mejora, de consolidación democrática.

¹⁰ La crítica de los iluministas respecto del estado de cosas "...necesariamente desemboca en una posición política, que engloban la consideración del delito y la pena, en tanto que son también producto de ese Estado". Juan Bustos Ramírez en BERGALLI, Roberto, MIRALLES, Teresa y BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El pensamiento criminológico...*, op. cit., p. 29.

¹¹ *Ibidem*, pp. 27-28, Juan Jacobo Rousseau, citado por Juan Bustos Ramírez.