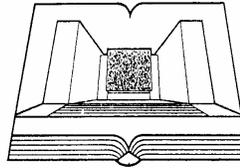


DE LA UNIÓN



Secretaría General

Secretaría de Servicios Parlamentarios

CEDIA

**RED DE INVESTIGADORES PARLAMENTARIOS EN LINEA
(REDIPAL)**

**Colaboración de:
Edgar Iván Colina Ramírez**

Título:

“¿Hipostenia o Hipertrofia del Legislador Penal?”

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

Mayo 2010

Av. Congreso de la Unión N°. 66, Colonia El Parque; Código Postal 15969,
México, DF, 15969. Teléfonos: 01 55 50360000 Ext. 67032, 67031
e-mail: jorge.gonzalez@congreso.gob.mx

SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

DIRECCIÓN

¿Hipostenia o Hipertrofia del Legislador Penal?

Por Edgar Iván Colina Ramírez¹

Abstract

En el presente artículo se abordan las posibles causas y fenómenos sociológicos que existen en la actualidad sobre la inflación legislativa en materia penal, pues resulta innegable que hoy en día diversos grupos sociales operan como grupos de presión para que se legisle en materia penal, situación que en gran medida trae aparejado el surgimiento de un populismo punitivo, que se ve reflejado en una legislación simbólica. Por otra parte se presenta un nuevo modelo que pretende erradicar legislaciones estériles que no corresponden o no dan el tratamiento adecuado a las necesidades sociales o en gran medida no resuelven el problema, este modelo es el denominado el «*modelo dinámico de legislación penal*».

This article presents the possible causes and sociological phenomena approached that exist nowadays on the legislative inflation in penal matter, because it is undeniable that today , different social groups operate as groups of pressure so that it is legislated in penal matter,.This situation brings in great measure harnessed the emergence of a punitive populism that is reflected in a symbolic legislation. On the other hand ,a new model is presented that seeks to eradicate sterile legislations that don't correspond or they don't give the appropriate treatment to the social necessities or in great measure.They don't solve the problem,. This model is the one denominated «*Dynamic model of penal legislation*»

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Miembro de la REDIPAL.

Sumario: *I. Status questionis, II. Posibles causas de la expansión modernizadora del Derecho penal (Teoría de SILVA SÁNCHEZ), A) Los nuevos intereses, B) Aparición de nuevos riesgos, C) Institucionalización del miedo, D) Sensación social de inseguridad, E) El resurgimiento de las víctimas, F) El descrédito de otras instancias de protección, G) Gestores atípicos de la moral y regulación legislativa, III. Propuestas del Derecho penal de la seguridad ciudadana, A) Tolerancia cero (las ventanas rotas), B) Ley «a la tercera va la vencida», IV La nueva Reforma Constitucional en México el caso específico de la Ley Federal de Extinción de Dominio ¿expansión irracional del Derecho penal?, V. Propuestas de lege ferenda. Un modelo dinámico de legislación penal (Tesis de DÍEZ RIPOLLES, A) Fase prelegislativa, a) Acreditada disfunción social, b) Malestar social, c) Opinión pública, d) Un programa de acción, e) Un proyecto o proposición de ley, B) Fase legislativa, C) Fase postlegislativa, a) Activación de un interés, b) Evaluación, c) Transmisión de resultados. Conclusiones. Fuentes de consulta.*

I. Status questionis

Corren tiempos de Derecho penal. En los últimos años hemos podido ver como el discurso penal ha aumentado en prácticamente todos los discursos: políticos, legislativos, medios de comunicación, en general en toda la sociedad. Sin embargo, esta cuestión no nace *ex nihilo*, sino que tiene una construcción fáctica de la criminalidad actual, ello en gran medida a qué la delincuencia o mejor dicho las formas de delinquir han tomado dimensiones insospechadas hasta ahora². Ello bien, por el aprovechamiento de nuevas tecnologías y la complejidad de las nuevas relaciones sociales, lo que en gran medida conlleva a una drástica modificación de las condiciones de vida para miles de personas, así como el trastorno de nuestras instituciones. Por ejemplo en la actualidad se discute sobre

² Vid. ampliamente SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Tiempos de Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pág. 18.

las tareas que realizan nuestras Fuerzas Armadas³, pues como todos sabemos han tomado funciones que constitucionalmente no les competen, como lo son las operaciones contra el narcotráfico, seguridad pública, etc., y que el artículo 129 de nuestra Constitución establece que: «...ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar...».

Que la sociedad solicite de manera contundente la injerencia de los poderes públicos con el fin de garantizar la seguridad pública, no resulta sorprendente, pues es obligación del Estado garantizar la seguridad de sus ciudadanos⁴. Sin embargo, lo que sí llama la atención son los medios que utiliza el Estado para satisfacer tales demandas, pues el legislador amplía en manera excesiva el marco de la legislación penal, así como el incremento abusivo de la gravedad de las penas tradicionales, por lo que ha añadido una amplia intervención policial tanto dentro como fuera del proceso penal⁵.

II. Posibles causas de la expansión modernizadora del Derecho penal (Teoría de SILVA SÁNCHEZ)

Resulta ampliamente reconocido y discutido por algunos sectores de la doctrina, la expansión en el ámbito jurídico-penal es una especie de perversidad del legislador, en la que se busca una aparente solución sencilla a los problemas de la sociedad⁶, lo que conduce en gran medida a la creación de una legislación simbólica (que se caracteriza principalmente en que más que dar una solución

³ MOLOEZNIK, Marcos Pablo, en «Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito», en Nueva Sociedad No 213, enero-febrero de 2008, México, *passim*.

⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del contrato social Discurso sobre las ciencias y las artes Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, trad. prólogo y notas, ARMIÑO, Mauro, Alianza Editorial 9ª, reimp., Madrid, 1994, *passim*.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *o.u.c.*, pág.19.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª, ed., revisada y ampliada, Civitas, Madrid 2001, pág. 21.

directa al problema, se concretiza a la producción en la sociedad de una impresión tranquilizadora de un legislador decidido y atento)⁷.

Esta representación de expansión, muestra de manera general una franca coincidencia de todos los sectores sociales de las bondades del Derecho penal como instrumento de protección. Consideramos que, el problema es más complejo que el simple aumento de la delincuencia. A continuación, trataremos de señalar *grosso modo*, cuáles son algunas de estas causas, sin embargo cabe aclarar que dichas causas no son las únicas o que no se puedan configurar o añadir diversas a las aquí mencionadas, pues ello depende obviamente en la sociedad en concreto, es decir no nos enfrentamos ante una fórmula inequívoca.

A) Los nuevos intereses

Generalmente se le ha atribuido al Derecho penal la función de protección de bienes jurídicos⁸, ello nos lleva a la reflexión de que en parte exista una ampliación a la protección de bienes *ex novo*, esto tiene su razón de ser, en las nuevas realidades sociales que antes no existían, sirva de ejemplo, la regulación del tipo penal de alteración del genotipo, la regulación del comercio electrónico, etc., asimismo, debemos de tener en cuenta al deterioro de los bienes tradicionalmente abundantes y que en nuestro días comienzan a escasear, por lo que se les atribuye un valor que con antelación no se les confería, por ejemplo la regulación de los delitos medioambientales⁹. Hasta aquí podemos decir que la regulación de estos nuevos intereses corresponden a una expansión razonable del Derecho penal.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, JM Bosch, Barcelona, reimp. 2002, págs. 304 y ss.

⁸ Función que en gran medida no compartimos, pues consideramos que la función fáctica del Derecho penal, es la protección de la vigencia de la norma. *Vid.* ampliamente JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Ediciones jurídicas cuyo*, Buenos Aires, 2001, *passim*.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión...*, 2001, pág. 25

B) Aparición de nuevos riesgos

Si bien es cierto que la compleja vida social es razón de un aumento cuantitativo de acoplamiento de individuos, esto supone de igual manera que las relaciones sociales se tornen más complejas y el aumento de esta hace que sea la propia sociedad quien cree instituciones que la defiendan de los nuevos peligros¹⁰, en palabras de SILVA SÁNCHEZ «. . .nuestra sociedad puede definirse todavía mejor como la sociedad de la «inseguridad sentida» (o como la sociedad del miedo)¹¹» (cursivas añadidas).

En esta segunda revolución industrial en la que nos encontramos inmersos, se caracteriza por relaciones económicas y sociales altamente cambiantes. El amplio desarrollo industrial en el que nos movemos tiene consecuencias más o menos directas en el incremento del bienestar individual¹². A pesar de las bondades de esta sociedad industrial, nacen junto a ella consecuencias (negativas) de diverso cariz. Las nuevas amenazas a que la sociedad esta expuesta nacen de decisiones que otros adoptan en el uso de avances técnicos, de los que se desprenden riesgos directos para los ciudadanos, ya sea como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc., que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc.

C) Institucionalización del miedo

El miedo ejerce sobre los individuos una importante función psicológica, ya que éste se institucionaliza y se convierte por tanto en un fenómeno masivo¹³. El miedo asume un rol determinante tanto en la vida social, *verbigratia* las

¹⁰ MONGARDINI, Carlo, *Miedo y sociedad*, trad. LINARES, Pepa, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pág. 105.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión*. . ., 2001, pág. 32.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión*. . ., 2001, pág. 27.

¹³ MONGARDINI, Carlo, *Miedo*..., 2007, pág. 15

enfermedades (solo basta recordar los episodios no tan pasados de la Gripe A1HN1), la delincuencia, así como en la vida política (por ejemplo el establecer a la delincuencia organizada específicamente al narcotráfico como una forma de terrorismo, recordemos el señalamiento del 13 de septiembre pasado del discurso de la cadete del Colegio Militar).

El miedo se institucionaliza de tal que forma empuja a la intolerancia, a las nuevas formas de expansión irracional del Derecho penal, para este nuevo malestar social, no existen al menos no de manera institucional soluciones para poder erradicarlo. El riesgo y la inseguridad son características endémicas de una sociedad enferma de valores, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, cuantas veces hemos escuchado del ciudadano de a pie las siguientes expresiones: «nos están matando, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quién ni cómo ni a qué ritmo¹⁴. Este temor, se trasmite de igual manera a las instituciones del Estado. La presencia y manipulación de los riesgos han sustituido a la función de segregación de los valores, y tal componente ha ganado terreno a la dirección política de los Estados, en consecuencia el gobierno busca *prima facie* la estabilización de la sociedad, pero ello tiene la desventaja de caer en una involución de una cultura que cambia pero no deviene¹⁵.

En términos generales la inseguridad social termina por destruir la creatividad de la política y la certeza del Derecho, por lo cual ha este último lo hacemos elástico, en nombre de la lucha en la cual el legislador descuida los fundamentos de un Estado social y democrático de Derecho¹⁶.

¹⁴SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión...*, 2001, pág. 29.

¹⁵MONGARDINI, Carlo, *Miedo...*, 2007, pág. 126.

¹⁶*Vid.* ampliamente MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, *passim*.

D) Sensación social de inseguridad

Resulta frecuente escuchar o ver a diario en los medios de comunicación, noticias que en gran medida nos dejan perplejos, no hay día que en nos despertemos y escuchemos las atrocidades que genera la delincuencia en todos sus niveles, desde un simple robo, hasta las calamidades más atroces, ello incide obviamente en que ver el telediario por la mañana, ya nos crea una sensación inconsciente de inseguridad, con lo anteriormente dicho no pretendo minimizar los problemas que la delincuencia genera o que ésta no exista, sino simplemente hacer ver la influencia de determinados medios de control social sobre el tema de la seguridad ciudadana. Cabe mencionar en este rubro que según el Instituto para la Seguridad y la Democracia AC (Insyde) en México (2008), por cada secuestro se cometen 6 homicidios dolosos, 11 violaciones, 48 fraudes y 750 robos; sin embargo, el tratamiento mediático en torno al secuestro se realiza desde una perspectiva alarmista¹⁷.

Los medios de comunicación por una lado, desde la posición privilegiada a la que conduce la sociedad de la información, transmiten una imagen parcial de la información, esto da lugar en gran medida a percepciones inexactas y por otro lado a una sensación de impotencia, la repetición de los telediarios sobre un mismo acontecimiento y la propia actitud de dramatización y morbo con la que se presentan algunas noticias actúa de modo multiplicador de los ilícitos y catástrofes, generando con ello una sensación de inseguridad subjetiva que no corresponde con el nivel de riesgo objetivo. En este sentido no podemos quitar la razón a GARAPON, cuando afirma que: *«los medios, que son el instrumento de la indignación y de la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos»*¹⁸

¹⁷ Vid. versión online <http://www.insyde.org.mx/shownews.asp?newsid=67>

¹⁸ GARAPON, Antoine, *Juez y democracia: una reflexión muy actual*, Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 1997, pág. 94.

Las soluciones que se adoptan para desterrar el miedo o la inseguridad colectiva, no se constriñen al Derecho de policía que es en gran medida su lugar natural, sino más bien tiene su repercusión en el Derecho penal, Bajo este análisis se puede claramente vislumbrar que frente a movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, emergen demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad¹⁹. Sin embargo el riesgo que nace al establecerse demandas de este cariz, es que se trastoca o pasa de largo en el respeto de los derechos fundamentales, ya que estos en muchas de las ocasiones resultan incompatibles para los fines propuestos, pues resultan demasiado rígidos, por lo que se abona su flexibilización.

E) El resurgimiento de las víctimas

En la actualidad, existe un resurgimiento de la víctima²⁰ en la mayoría de las legislaciones de corte occidental, esta nueva tendencia en el ámbito victimológico tiene consecuencias directas en el Derecho penal, pues en gran medida se tiende a perder de vista la función que tiene éste (de defensa de los ciudadanos) y se radica en una masificación de la intervención coactiva del Estado.

La identificación social con la víctima trae aparejado el cambio de paradigma de la pena, ya que se ve a ésta como un mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito, puesto que la sociedad no ha sido capaz de evitarle a la víctima el trauma a que conduce el delito, al menos tiene como mínimo una deuda frente a la propia víctima, que se

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión* 2001, pág. 41.

²⁰ Para ello sólo basta la ver las abundantes reformas constitucionales que versan sobre la materia. De igual manera *vid.* reforma publicada en el DOF (Diario oficial de la federación) del 21 de septiembre de 2000, referente al apartado B de nuestra Constitución.

resarce con el castigo del autor²¹. En este sentido, el cumplimiento de esta deuda social sólo se resarce a través de la pena de prisión y la de multa. La pena en esta perspectiva significa mucho para la víctima, no tanto porque satisface necesidades de venganza, ya que en muchos de los casos no lo hace. Sino más bien porque la pena manifiesta la solidaridad del grupo social con la víctima. La pena deja fuera al autor y, con ello, reintegra a la víctima²².

F) El descrédito de otras instancias de protección

En la sociedad actual en la que se han roto los criterios tradicionales de evaluación de lo bueno y lo malo, no funcionan instancias autónomas de moralización, de creación de una ética social que redunde en la protección de los bienes jurídicos. Por lo que al convertirse una conducta no contraria a Derecho como socialmente inmoral, tiende a adoptar el propio desarrollo de la delincuencia²³. Cuando una sociedad pierde sus puntos de referencia, cuando los valores compartidos -y sobre todo una definición elemental del bien y el mal- se desvanecen, son reemplazados por el Código penal. Si usted habla con los magistrados, le dirán que se les está pidiendo una tarea imposible: no sólo aplicar el derecho, que es su función, sino también producir valores, para lo que no se sienten cualificados. Corresponde a la sociedad trazar la frontera entre el bien y el mal, entre lo que está permitido y lo que no lo está. En una palabra, le corresponde plantear la cuestión de lo prohibido, a lo que ha renunciado desde hace mucho tiempo²⁴.

En general el resultado del descrédito de otras instancias de protección (como por ejemplo la administrativa o civil), resulta desalentador, pues la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como

²¹ SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión* 2001, pág. 61.

²² SÁNCHEZ, Jesús María, *loc. cit.*

²³ SÁNCHEZ, Jesús María, *o.u.c.*, pág. 62

²⁴ GUILLEBAUD Jean-Claude, citado por MARINA, José Antonio, en *Crónicas de la ultramodernidad*, Anagrama, Madrid, 2000, pág. 196.

mecanismo de socialización, de civilización, encierra en gran medida una expansión *ad absurdum* de la otrora última *ratio*. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar²⁵. El Derecho penal no constituye *per se* el mecanismo adecuado para una gestión razonable de las patologías sociales, sino antes bien es un instrumento más por no decir final en la solución de conflictos.

G) Gestores atípicos de la moral y regulación legislativa

Los gestores atípicos de la moral son aquéllos grupos generalmente organizados (como las asociaciones de víctimas, ecologistas, feministas, consumidores, Ong, etc.), que protestan de manera generalizada y constante contra la vulneración de Derechos fundamentales²⁶. Estos grupos más que determinantes tanto en la adopción como en el contenido de decisiones legislativas penales²⁷ que atiendan de manera puntual a sus problemas, justificándolo por el bien de la sociedad. Bajo esta perspectiva se adopta de manera generalizada una franca expansión irracional del Derecho penal, en aras de la creación de protección de sus respectivos intereses. Esta dinámica de populismo punitivo, gana cada día terreno entre los legisladores, que en gran medida otorgan un trato de privilegio o dan prioridad a ciertos proyectos de ley. Podemos afirmar que en la actualidad estos gestores atípicos de la moral presentan una franca fascinación por el Derecho penal.

Esta coyuntura es aprovechada por ciertos sectores políticos (generalmente de izquierda) para el uso irresponsable de satisfacción de demandas punitivas de la sociedad, pues con ello en gran medida aseguran buena parte de los votos para las siguientes elecciones. Cabe aclarar que en la diversa conformación de los partidos políticos se caracterizaban por ideologías

²⁵ SÁNCHEZ, Jesús María, *o.u.c.*, pág. 65.

²⁶ SÁNCHEZ, Jesús María, *o.u.c.*, pág. 67.

²⁷ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia 2009, pág. 67.

irreconciliables una de tantas era que mientras los partidos denominados como de «derecha» asumía *ex ante* la tesis de incremento de la seguridad a través de una mayor pena privativa de libertad, los grupos políticos de «izquierda» defendían aparentemente la postura contraria, situación que en la actualidad ha cambiado, pues hoy en día tanto los partidos de izquierda como de derecha llegan al mismo consenso, es decir más derecho penal.

III. Propuestas del Derecho penal de la seguridad ciudadana.

A) Tolerancia cero (las ventanas rotas)

En los últimos tiempos, los métodos disuasorios y las políticas de tolerancia cero han suscitado el apoyo tanto de los políticos como de algunos sectores de la sociedad, métodos que en gran medida no abordan las causas subyacentes de la delincuencia, sino más bien protegen y defienden ciertos elementos de la sociedad²⁸.

Desde hace más de diez años, hemos escuchado en algún discurso político o en los medios de comunicación sobre la famosa teoría de «tolerancia cero», «modelo Nueva York» o «modelo Giulliani». Esta teoría de la «tolerancia cero», nace de diversa teoría de control social denominada **teoría de las ventanas rotas**²⁹, esta teoría surge en 1982 en la *Monthy Review*, creada por KELLING y WILSON, se centra en explicar la relación que existe entre la aparición de desordenes y el surgimiento de la autentica delincuencia. Si se permite en un barrio una sola ventana rota siga sin arreglarse, se está lanzando un mensaje a los posibles infractores, que dice que ni la policía ni los residentes de la zona se preocupan por mantener la comunidad en buenas condiciones. Con el tiempo, a la

²⁸ GIDDENS, Anthony, *Sociología*, con la colaboración de Karen BIRDSALL, trad. CUELLAR MENEZO, Jesús, 4ª, ed., Alianza editorial, 2004, pág. 281.

²⁹ *Vid.* ampliamente GIDDENS, Anthony, *o.u.c.*, pág. 282 y id. GIORGI, Alessandro de, *Tolerancia cero. Estrategias y practicas de la sociedad de control*, trad. Iñaki RIVERA BEIRAS / Marta MONCLÚS MASÓ, Virus editorial, Barcelona, 2005, págs. 157 y ss.

ventana rota se le unirán otros signos de desorden: pintadas, basura, vandalismo y vehículos abandonados. La zona, barrio o colonia comenzará a sufrir un proceso de deterioro gradual en el que los residentes «respetables» intentarán irse y serán sustituidos por recién llegados «desviados», como los traficantes de droga, los indigentes y personas en libertad condicionada, entre otros³⁰.

La teoría de las ventanas rotas ha sido la base de las denominadas **políticas de tolerancia cero**, un enfoque que recalca la idea de que la clave para reducir el número de delitos graves es un proceso continuo de mantenimiento del orden. Las políticas de tolerancia cero se centran en pequeños delitos y formas de conducta perturbadora como el vandalismo, holgazanear en la calle, pedir dinero a la gente, estar borracho en lugares públicos, por solo citar algunos de ellos. Se cree que las ofensivas de la policía contra las desviaciones menores tienen efectos positivos como puede ser que produce la reducción de formas de delincuencia más graves. Las políticas de tolerancia cero se han introducido en muchas grandes ciudades estadounidenses, después de su aparente éxito en Nueva York. El departamento de policía de esta ciudad, a partir de una agresiva campaña orientada a recuperar el orden en el metro, aplicó después el mismo enfoque de tolerancia cero a las calles, imponiendo más restricciones a mendigos, indigentes, vendedores callejeros y propietarios de librerías y clubes que ofrecieran productos de índole sexual. No sólo disminuyeron de forma espectacular los índices de criminalidad más habituales (los atracos con intimidación y los robos), sino que la tasa de homicidios también registró su nivel más bajo en casi un siglo³¹.

Sin embargo, uno de los fallos importantes de esta teoría de las «*ventanas rotas*» es que deja que la policía identifique, del modo que quiera, los «*desórdenes sociales*». A falta de una definición sistemática de lo que constituye desorden, la policía tiene autorización para considerar que casi cualquier cosa es un síntoma

³⁰ GIORGI, Alessandro de, *loc. cit.*

³¹ GIDDENS, Anthony, *Sociología...2004*, pág. 282.

de éste y que cualquiera es una amenaza. De hecho, junto a la reducción de los índices de delincuencia durante toda la década en Nueva York, se produjo un incremento del número de quejas referentes a los malos tratos policiales y al acoso por parte de estas fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado³².

B) Ley «a la tercera va la vencida»

La ley denominada a la tercera va la vencida nace en el Estado de California EE.UU., esta ley fue propuesta por un fotógrafo padre de una víctima de asesinato, y miembro de un grupo de víctimas. Esta ley *grosso modo* establece que tras la comisión de un tercer delito cualquiera, una persona ha de ser obligatoriamente condenada a una pena efectiva de 25 años a reclusión perpetua, sin posible libertad provisional antes de cumplir el 80% de los 25 años; además, ya la comisión de un segundo delito cualquiera conlleva a la duplicación de la pena para él prevista; no siendo preciso que los delitos hayan sido violentos aunque si graves. Dicha iniciativa encontró el apoyo además de los grupos de víctimas, de dos grupos de presión, uno corporativo, la asociación de funcionarios de prisiones, y otro ligado a potenciales víctimas, la asociación nacional del rifle. La iniciativa estuvo fuera de la agenda política hasta que ocurrió el asesinato de una niña de 12 años, tras ser raptada y violada, asunto que tuvo gran repercusión en los medios de comunicación durante su desaparición, atención social que se vio potenciada porque no hubo negligencia por parte de nadie y afectar una familia típica de clase media, lo que facilitó la identificación de los *mass media* y ser el autor del delito un reincidente de delitos violentos en libertad condicional bajo prueba. Se avecinaba la elección del gobernador (que se iba a reelegir), comprometiéndose éste a aprobar la citada ley y así lo hizo la asamblea legislativa en marzo de 1994. Esta ley no fue objeto de análisis de expertos de ninguna

³² GIDDENS, Anthony, *Sociología...*2004, pág. 283.

significación, ni por profesionales de la justicia penal, ni por burócratas ministeriales o partidistas, ni siquiera por las fuerzas parlamentarias³³.

IV. La nueva Reforma Constitucional en México el caso específico de la Ley Federal de Extinción de Dominio ¿expansión irracional del Derecho penal?

Las últimas reformas a la Constitución, vienen a cambiar en gran medida no solo el paradigma del Derecho penal y procesal penal, sino también de la política criminal. No podemos dejar de reconocer que nuestros legisladores intentan estar a la vanguardia sobre estos tópicos, pero cabe preguntarnos ¿era necesaria una modificación tan drástica a la Constitución? ¿Estos nuevos modelos van a reducir los índices de criminalidad?, o nos encontramos de nuevo ante un Derecho penal simbólico.

Parce que los antiguos modelos de un Derecho penal liberal, se empiezan a desquebrajar en aras de un modelo más efectivo de combate contra el crimen, especialmente con aquéllos delitos que azotan al país. Bajo este marco social de grandes cambios no sólo en la delincuencia sino también en la vida política y económica, nace la Ley Federal de Extinción de Dominio³⁴.

Esta ley nace con la firme vocación de quitar los recursos económicos a la delincuencia organizada, no obstante que presenta de suyo, algunos inconvenientes que es necesario señalar. En primer lugar cabe hacer referencia a su naturaleza jurídica pues como se desprende del propio texto de la ley no es materia penal, tampoco civil, ni administrativa entonces ¿cuál es su naturaleza jurídica?. Asimismo resulta preocupante la franca vulneración al principio de

³³ DíEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico de legislación penal» en AA.VV., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 307 y ss.

³⁴ Vid. ampliamente COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones Generales sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*, Colección Sistema Acusatorio, Editora Ubijus / Félix Cárdenas S.C., México, 2010, *passim*.

culpabilidad, pues la cita ley señala que no obstante que la parte implicada haya salido absuelto del proceso penal, ello no es óbice para seguir un procedimiento de tal naturaleza. Por otro lado, la cooperación internacional resulta escasa, pues si bien México ha firmado una multiplicidad de Tratados internacionales referentes a la delincuencia organizada, estos no son aplicables a la Extinción de Dominio, pues como se dijo con antelación, su naturaleza no es penal, no obstante que dicho juicio se haya iniciado bajo actuaciones penales.

Finalmente, en relación a la técnica legislativa resulta cuestionable que se deroguen diversos artículos de la ley de Amparo, en la propia Ley Federal de Extinción de Dominio, pues en vez de adaptar esta ley a las exigencia de la Ley de Amparo, máximo garante del respeto a los Derechos fundamentales, se suprimen sin más, parece obvio que en base a esta nueva forma de legislar, todo aquello que se interponga en el cumplimiento de una ley de dudosa procedencia y eficacia, hay que suprimirlo.

V. Propuestas de lege ferenda. Un modelo dinámico de legislación penal (Tesis de DÍEZ RIPOLLES)

Con lo hasta aquí señalado, es conveniente reorientar la atención hacia la forma de legislar, pues en los últimos tiempos la ley penal a acumulado funciones que no le competen, a falta de mejores alternativas. Lo urgente es proponer un modelo de legislación que aproxime a la teoría de la decisión racional³⁵. Dicha propuesta teórica se integra bajo dos conceptos primordiales, el primero un modelo dinámico que tendrá como misión la descripción y análisis crítico del concreto funcionamiento el proceder legislativo. El segundo constructo obedecerá a un plano descriptivo que establezca modelos racionales que serán tomados en cuenta en todo proceder legislativo³⁶.

³⁵ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», pág. 292.

³⁶ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, *loc. cit.*

Según la concepción de DÍEZ RIPOLLES, un claro y adecuado reflejo de la dinámica legislativa penal necesita un modelo que, se estructure en tres fases: que podemos denominar **prelegislativa**, **legislativa** y **postlegislativa**, que tendrían lugar sucesiva y circularmente en el tiempo³⁷.

A) Fase prelegislativa

Esta fase se iniciará cuando se problematice socialmente una falta de relación entre una realidad social o económica y su correspondiente respuesta jurídica, y concluiría con la presentación de un proyecto o proposición de ley ante las Cámaras Legislativas. Esta fase a su vez se compone de cinco etapas sucesivas.

a) Acreditada disfunción social

Todo proceso legislativo debe nacer en la existencia de una disfunción social³⁸ necesitada de algún tipo de intervención penal. Dicha disfunción social debe ser detectada *prima facie* por agentes sociales que deberán aportar datos, reales, que permitan sentar las bases de una discusión al respecto, y estar además en condiciones de suscitar esa discusión en ámbitos comunicacionales relevantes en la sociedad³⁹.

Estos agentes sociales son muy plurales: como las fuerzas políticas, sociales o económicas institucionalizadas, *verbigratia* el gobierno, los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, corporativas o profesionales, confesiones religiosas oficiales o semioficiales, etc. También grupos sociales organizados pero no institucionalizados, como asociaciones medioambientales,

³⁷ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, *o.u.c.*, pág. 294.

³⁸ Por tal disfunción social se ha de entender, en términos generales, una falta de relación entre una determinada situación social o económica y la respuesta o falta de respuesta que a ella da el subsistema jurídico, en este caso el Derecho penal. *Vid.* en DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», pág. 295.

³⁹ DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», pág. 296.

feministas, pacifistas, religiosas, culturales, científicas, de opinión, de víctimas o de impulso de cualesquiera intereses.

Acreditada la disfunción social, esta fase concluye con la inclusión en la agenda temática del desajuste colectivo identificado, y la apertura de la posibilidad de que el subsistema jurídico-penal tenga que modificarse para adaptarse a la nueva realidad.

b) Malestar social

Una vez incluida en la agenda temática social, es necesario que el conocimiento de esa disfunción social se disemine de manera generalizada en la sociedad, acompañado de dos características. En primer lugar es la estabilización cognitiva, es decir, una cierta resistencia a desaparecer de la agenda social. En segundo término en su capacidad de involucración emocional de la población⁴⁰.

c) Opinión pública

Para que se pueda concretar un malestar social es menester que se realice a través de un proceso comunicativo de intercambio de opiniones e impresiones, un constructo que podrá reforzar la visibilidad social del desajuste y del malestar que éste crea, así como otorgar a esa disfunción social la sustantividad y autonomía precisas para que se considere un auténtico problema social.

Bajo este contexto resulta incuestionable que, los medios realizan diversas actividades en pos de lograr el reconocimiento y delimitación sociales del problema. Ante todo, exponen los contornos de éste, lo que se lleva acabo a través del reiteramiento de informaciones sobre hechos similares, actividad que con frecuencia ya vienen ejecutando desde la etapa anterior, como la agrupación

⁴⁰ DíEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», pág. 298.

hechos hasta entonces no claramente conectados, incluso realizando concepciones nuevas de hechos criminales ya conocidos⁴¹.

La opinión pública, así considerada, es un estado de opinión, esto es, una interpretación consolidada de cierta realidad social y un acuerdo básico sobre la necesidad y modo de influir en ella. Lo que no suele ser, todavía, es un programa de acción, legislativo o de otro tipo, debido a que aún se mueve en un excesivo nivel de generalidad. Ello implica que no tiene capacidad por sí sola para acceder a la fase legislativa, ni siquiera para desencadenar la última y decisiva etapa prelegislativa, la de activación de las burocracias. Sin embargo, ese estado de opinión prejuzga ya a grandes rasgos los programas de acción que ulteriormente van a ser sometidos a consideración y, por tanto, las opciones expertas o políticas subsiguientes.

d) Un programa de acción

El programa de acción consiste primordialmente en que un estado de opinión se ha de transformar, para ello es necesario que supere el nivel de generalización de la etapa anterior, este programa ha de estar dirigido explícitamente a ofrecer propuestas de resolución del problema social planteado. Supone una profundización en el conocimiento de ese problema; una identificación del objetivo u objetivos que se estima que conllevarán su resolución; y un aporte de los medios o instrumentos que harán posible la obtención de esos objetivos, lo que, ya implica la adopción o abstención de ciertas decisiones legislativas, sin perjuicio de otras decisiones sociales o institucionales complementarias o sustitutivas de aquéllas⁴².

e) Un proyecto o proposición de ley

⁴¹ DíEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», pág. 301.

⁴² *Vid.* ampliamente DíEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», págs. 303 y ss.

Los programas de acción señalados *ex ante* sólo tendrán acceso a la fase legislativa si adquieren la cualidad de proyectos o proposiciones de ley. Sin embargo cabe señalar que tal cualidad no supone una reestructuración de acuerdo a determinados formatos, sino que implica asimismo la apropiación del programa de acción por unos nuevos agentes sociales, las burocracias gubernamentales o partidistas, las cuales desarrollan la mayor parte de su labor inmediatamente antes de entrar en la fase legislativa, por más que no dejan de actuar también en esta última, aunque ya de forma secundaria o por vías interpuestas⁴³.

Tales burocracias, son agentes sociales institucionalizados, lo que conlleva una estabilidad y especialización de sus actividades; ello sin perjuicio del notable mayor grado de institucionalización de las burocracias gubernamentales frente a las partidistas. Esta etapa prelegislativa se ha convertido en la práctica en el momento determinante de las decisiones legislativas, en detrimento de la fase legislativa, la única formalmente competente para tomar la decisión. Las Cámaras no sólo se han convertido en asambleas de sujetos colectivos en los que se reserva la mayor parte de las iniciativas a los grupos parlamentarios, que a su vez reflejan a los partidos políticos, sino que además se han transformado en buena medida en meros notarios de las decisiones políticas extraparlamentarias adoptadas con anterioridad. Por otro lado, las burocracias son precisamente el brazo ejecutor de las decisiones políticas tomadas por los partidos, y eso también es aplicable para la burocracia gubernamental, ya que el gobierno se apoya en un determinado partido político, a quien ciertamente con no escasa frecuencia condiciona en sus actuaciones, pero es en cualquier caso a través de él que traslada sus decisiones al ámbito parlamentario⁴⁴.

B) Fase legislativa

⁴³ ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio «De la jurisprudencia a la legislación» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°15-16, 1994, págs. 786 y ss.

⁴⁴ DíEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», págs. 312.

Abarca el conjunto de actuaciones que tienen lugar en el Congreso desde que se recibe en alguna de las Cámaras la propuesta legislativa hasta que se aprueba, publica y entra en vigor la ley. Se puede dividir en tres etapas en el Congreso, las de **iniciativa legislativa, deliberación y aprobación**. Cabe destacar que sólo interesa un análisis dinámico de todo ese decurso parlamentario, al objeto de identificar los momentos decisionales clave y sus actores, así como su peso relativo frente a las etapas prelegislativas precedente, por lo que no entraremos en concreción en los aspectos técnico jurídicos.

C) Fase postlegislativa

Esta fase se compone del conjunto de actividades de evaluación de los diversos efectos de la decisión legal tras su entrada en vigor, y perdura hasta el momento en que se cuestiona de modo socialmente creíble su adecuación a la realidad social o económica que pretende regular⁴⁵. Se han de incluir aquellos efectos relacionados con alguna de las diversas racionalidades que, sin ser objetivo de la ley, se han producido, con independencia de si han sido en mayor o menor medida previstos o han resultado imprevistos. En esta fase se va a desarrollar bajo tres etapas diversas:

- a) Activación de un interés:** Se trata de que ciertos agentes sociales suficientemente influyentes se muestren interesados en conocer las consecuencias de la intervención legislativa correspondiente⁴⁶.
- b) Evaluación:** En esta fase se debe de contar tanto con los medios materiales y metodológicos para poder llevar acabo el estudio de impacto y repercusión fáctica de la nueva ley.

⁴⁵ DíEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», págs. 322.

⁴⁶ DíEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico...», págs. 323.

c) Transmisión de resultados: Una vez hecha la evaluación, es necesario una formulación contextualizada de los resultados obtenidos, más allá de la imprescindible referencia a los índices de fiabilidad o validez de los hallazgos.

CONCLUSIONES.

En relación a todo lo expuesto, ahora si cabe plantearnos y la vez contestar la interrogante de si en la actualidad existe una hipertrofia o hipostenia en la legislación penal.

Si por hipertrofia entendemos como un desarrollo excesivo de algo, en este caso la legislación penal, obviamente diremos que sí. No obstante considero que el problema si bien reside en la abundante legislación, no se puede desconocer que debe existir una expansión **racional** del Derecho penal, para poder estar en condiciones de dar respuesta a los nuevos intereses dignos de protección. Sin embargo, muchos de estos intereses no se deben de regular a través del Derecho penal sino más bien en su lugar natural el Derecho de policía.

En medida de que no logremos entender que el Derecho penal *per se* no arregla nada, sino antes bien su limitación es más sencilla y modesta que es a saber la confirmación de la vigencia de la norma, pues éste interviene una vez que se ha dañado el bien jurídico protegido, por lo que querer implementar, al Derecho penal sin acompañarlo con otras medidas como pueden ser las educacionales, asistenciales entre otras, como un mecanismo de prevención, resulta erróneo.

Ahora bien, por cuanto hace al cuestionamiento de si existe una hipostenia –disminución del *ius poenale* estatal- en el caso específicamente de México, no es

así, no obstante que muchas propuestas pseudo liberales europea como la Escuela de Frankfort o en Italia con el garantismo penal en Italia, en el que han deformado y trasgiversado la frase de Gustav RADBRUCH relativo a la sustitución por algo mejor que este, no obstante que estas teorías no presentan los límites en los que se halla este Derecho penal mínimo. Sin embargo cabe decir que hasta en tanto no encontremos algo mejor que el Derecho penal, éste seguirá aplicándose en la sociedad, pues no podemos inadvertir que el Derecho penal, es un baluarte de los principios inspiradores del respeto a los Derechos fundamentales de los ciudadanos, pues para muestra solo es necesario ver los principios que rigen en esta materia, como son: el de tipicidad, legalidad, irretroactividad, etc., por sólo mencionar algunos de ellos.

Por último, quiero terminar con aquélla frase que dice: «Allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedian con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad – pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo mas ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: *Pessima respublica, plurimae leges*»⁴⁷

⁴⁷ Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrecht und der Strafrechtstheorie*, Berlín, 1882 (reimpr. Aalen, 1929, pág. 334, citado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal...*2001, pág. 17, cita 1.

Bibliografía.

COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones Generales sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*, Colección Sistema Acusatorio, Editora Ubijus / Félix Cárdenas S.C., México, 2010.

DÍEZ RIPOLLES, José Luis, «Un modelo dinámico de legislación penal» en AA.VV., *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Dr. Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.

GARAPON, Antoine, *Juez y democracia: una reflexión muy actual*, Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 1997.

GIDDENS, Anthony, *Sociología*, con la colaboración de Karen BIRDSALL, trad. CUELLAR MENEZO, Jesús, 4ª, ed., Alianza editorial, 2004.

GIORGI, Alessandro de, *Tolerancia cero. Estratégias y prpacticas de la sociedad de control*, trad. Iñaki RIVERA BEIRAS / Marta MONCLÚS MASÓ, Virus editorial, Barcelona, 2005.

GUILLEBAUD Jean-Claude, citado por MARINA, José Antonio, en *Crónicas de la ultramodernidad*, Anagrama, Madrid, 2000.

JAKOBS, Günther, *¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, trad. CANCIO MELIÁ, Manuel, Ediciones jurídicas cuyo, Buenos Aires, 2001.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia 2009.

MIR PUIG, Santiago, *Estado, pena y delito*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

MOLOEZNIK, Marcos Pablo, en «Las Fuerzas Armadas en México: entre la atipicidad y el mito», en *Nueva Sociedad* No 213, enero-febrero de 2008, México.

MONGARDINI, Carlo, *Miedo y sociedad*, trad. LINARES, Pepa, Alianza Editorial, Madrid, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jeacques, *Del contrato social Discurso sobre las ciencias y las artes Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, trad. prólogo y notas, ARMIÑO, Mauro, Alianza Editorial 9ª, reimp., Madrid, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Tiempos de Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

ID. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, JM Bosch, Barcelona, reimp. 2002.

ID. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª, ed., revisada y ampliada, Civitas, Madrid 2001.

Von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrecht und der Strafrechtstheorie*, Berli, 1882 (reimpr. Aalen, 1929).

ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio «De la jurisprudencia a la legislación» en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 15-16, 1994.

Otras fuentes de consulta.

Diario oficial de la federación del 21 de septiembre de 2000

<http://www.insyde.org.mx/shownews.asp?newsid=67>