

20761  
1  
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
PLANTEL ACATLAN**

**“ FUNCION Y FICCION DEL SISTEMA  
PENAL ”**

**T E S I S**  
**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE**  
**MAESTRO EN POLITICA CRIMINAL**  
**P R E S E N T A**  
**LEOBARDO MIGUEL MARTINEZ SORIA**



ACATLAN, EDO. DE MEX:

1995

**FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Dedico este trabajo a mis profesores Augusto Sánchez Sandoval y Alicia González Vidaurzi, a quienes por su ayuda y consejos se hizo posible su elaboración y conclusión.*

**GRACIAS**

## **"FUNCION Y FICCION DEL SISTEMA PENAL"**

### **INTRODUCCION.**

#### **I.- PODER Y CONTROL SOCIAL.- FACTORES ESENCIALES DEL SISTEMA SOCIAL.**

1. El Poder .....	1
2. Control social y manifestación de poder.....	7
3. El Sistema Penal y la Política Criminal .....	12
3.1. Marco conceptual .....	16
3.2. Derecho Penal - El instrumento punitivo formal de control social .....	19

#### **II.- DESARROLLO DEL PENALISMO**

1. La cuestión de la ideología .....	23
2. Panorámica Penal .....	28
3. Escuelas Penales .....	32
3.1 Naturaleza ideológica de las Escuelas Penales ..	36
4. Los modelos básicos del Derecho Penal .....	39
5. El sendero de la criminología ( de lo tradicional a lo crítico ) .....	48
5.1. Teoría del Estructural funcionalismo .....	51
5.2. Interaccionismo Simbólico .....	53
5.3. La postura crítica .....	55

5.4. Las propuestas actuales .....	57
6. Tendencia contemporánea del penalismo .....	58

### III.- ESTRUCTURA Y OPERACION DEL SISTEMA PENAL.

1. Planeación y operatividad .....	62
2. Creación de las normas penales .....	70
2.1 La Ley en la maduración de la criminología .....	75
2.2 La ley en los modelos sociológicos .....	80
3. Los creadores de la ley .....	82
4 Inicio fáctico de la maquinaria punitiva .....	84
4.1 Sector policial .....	85
4.2 La formalización de la criminalización de facto ...	91
5. La fase judicial .....	94
6. La agencia ejecutora .....	102
6.1 Evolución de la prisión .....	107

### IV FUNDAMENTO Y REALIDAD DE LAS AGENCIAS DEL SISTEMA PENAL EN MEXICO.

1. El Estado y la distribución del Sistema Político ..	111
2. Fundamento y función del Ministerio Público .....	123
2.1 El Ministerio Público y la Averiguación Previa ...	131

3. La intervención judicial en el sistema penal .....	138
3.2 La construcción de la realidad judicial .....	142
3.3 Juez frente a Juez.....	147
4. El principio de la peligrosidad en la justicia penal .....	151
5. El manejo de la prisión .....	157
6. Confrontación del sistema penal .....	165
7. Reflexión final .....	172
8. Conclusiones .....	176
9. Bibliografía .....	180

## INTRODUCCION

Frente a la realidad, con toda la crudeza que se nos presenta, en ocasiones resulta ineludible realizarnos cuestionamientos sobre las verdades erigidas como indiscutibles que han determinado nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos.

Esa inquietud se torna dramática cuando comienzan a derrumbarse dogmas, cuando se desarrolla un espíritu crítico y se buscan principios y fundamentos más válidos y más correspondientes con la vida misma.

Para quienes les atrae el estudio del sistema penal, y que de algún modo han podido conocer el funcionamiento de éste en alguna de sus agencias penales, o bien se han podido percatar de la forma en que éstas operan no puede dejar de reiterarse la conocida descripción de la operatividad real de los sistemas penales que en nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídico penales presuponen que operan.

Los estudiosos del "nuevo penalismo" o mejor dicho de las nuevas corrientes críticas del penalismo han señalado en reiteradas ocasiones que el discurso jurídico penal en el que se sustenta el sistema penal es falso, y que ello se pone en evidencia cuando se realiza un enfrentamiento de éste con la realidad, en la que el discurso tradicional se desmorona sin remedio ante la impotencia de los juristas quienes desde la trinchera del derecho han agotado y desgastado los argumentos en que han fundamentado la utilización de penas y la operación del sistema punitivo.

Desde nuestra perspectiva se debe tener como norma tratar de integrar la teoría y la práctica, ya que la discordancia entre lo que se dice y lo que se practica es la mayor deshonestidad; por ello, todas las teorías que han servido de base para la aplicación del sistema penal no valen nada (como ciencia propiamente dicha) si no se aplican y comprueban en la práctica y por tanto se transforman en mera ideología.

Nuestro propósito en este trabajo es el de mostrar el sendero teórico que ha recorrido el penalismo, haciendo un repaso



de sus posturas más relevantes; presentando un panorama general del discurso penal tradicional y del desarrollo de posturas críticas del mismo.

Asimismo, nos interesa ubicar al sistema punitivo como parte del sistema penal de control social en general y atender la forma en que opera nuestro sistema de justicia penal para que se demuestre la incorrespondencia del mismo con la forma en que se dice opera.

Atendiendo a la naturaleza del trabajo, el método utilizado consiste en la revisión teórica de las escuelas penales y el desarrollo de la llamada criminológica crítica. Del mismo modo, se realizó una revisión de los fundamentos legales de la operación del sistema punitivo mexicano y se analizó la operancia real en cada una de las agencias del mismo, resaltando sus características funcionales predominantes y más representativas.

Uno de los principales propósitos del trabajo es el de buscar bases para la reconciliación entre la teoría y la práctica, pretendiendo la transformación del sistema penal y de la sociedad,

misma que se debe dar sin esperar el día apocalíptico del cambio, a efecto de desvanecer ese divorcio entre lo que se dice y lo que se hace, circunstancia que vuelve imposible la no violencia del sistema, y si bien no somos idealistas en la búsqueda de una ilusión, de un ideal, nuestra ambición es la de encontrar formas que hagan menos penosa y más franca la coacción social y que con base a producir un discurso que no justifique una ficción, sino que explique y fundamente la aplicación de la violencia organizada, la aplicación de una función estatal real, en el que se puedan sentar los cimientos para la construcción de un sistema penal congruente y racional.

## PODER Y CONTROL SOCIAL - FACTORES ESENCIALES DEL SISTEMA

### SOCIAL.

1.- EL PODER. En toda la gama de conductas humanas posibles de concebir, observamos que los hombres se expresan y asumen diversas actitudes dentro de una serie de funciones sociales y personales. El hombre se ha tratado de ocupar en explicar su entorno mediante la ciencia y la técnica; trata de explicar su realidad intangible a través de la religión y la filosofía, procura regular su interacción utilizando al derecho, la moral, la propia religión, etc..

Todas las funciones mencionadas constituyen notas constantes en la vida humana y social. Sin embargo, hemos de advertir que el contenido de las tareas humanas (la ciencia, la filosofía, el derecho, etc.) ha variado históricamente según pueblos y épocas, y si bien el contenido de tales áreas puede ser diferente, persiste en ellas un mismo sentido funcional.

Esas actividades que conforman una constante en la existencia humana, articuladas entre sí, constituyen lo que se denomina un sistema de vida social.

En la realización de sus actividades cotidianas, el hombre interacciona con el resto de los miembros de la comunidad. Como un ente vivo que es la sociedad tiene la función primaria de mantenerse con vida, de sobrevivir a pesar de todas las contradicciones que guarda en su seno y debe mantener cierta armonía con los procesos de interacción de sus integrantes y en esa medida, las tareas humanas también deben ser encauzadas para que el resultado de las mismas sea funcional para la supervivencia del grupo.

Así pues, la sociedad ha debido instrumentar formas de resolver los conflictos que se originan en su seno y en razón de ello se ha configurado toda una complicada estructura de poder en la que irremisiblemente hay un sector de dominadores y otro de dominados (1).

Tenemos que reconocer que un aspecto esencial de la vida social lo constituye el poder. El poder es la autoridad y la capacidad de dominación. Poder y autoridad son dos hechos inherentes a las relaciones entre los individuos.

---

(1) Saffroni Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*, Cárdenas Edit, 1980, pág 22.

Podemos definir al poder social como la capacidad de controlar los actos de otros, y éste, está presente en todas las partes de la vida social, en la familia, en la religión, en la escuela, en el derecho, en la política, en el propio Estado. Resulta evidente que el poder se manifiesta en todos los ámbitos y al respecto Max Weber señala que: "el poder es la oportunidad que tiene uno o varios hombres para realizar su propia voluntad, aún contra la resistencia de otros hombres, cuando conjuntamente participan en una acción" (2).

Ese aspecto medular de la sociedad que determina las relaciones de dominación, no la da el sistema jurídico o político, sino la capacidad de sometimiento de los demás y a partir de esa capacidad se finca toda la estructura social con sus consecuentes instrumentaciones jurídico político económicas; instrumentaciones que están supeditadas a las premisas del poder.

En un repaso por la historia nos damos cuenta de que en las distintas formaciones sociales identificables, se han

---

(2) Weber Max. "Ensayos de Sociología". Edit. New York, 1976, p. 180.

dado diversas estructuras sociales y su composición se ha caracterizado básicamente por aspectos socio económicos. Podemos detectar sectores de poder en los cuales se observan élites de poder como dominadores (económica y políticamente fuertes) y gruesos grupos poblacionales generalmente desposeídos, como dominados.

Ante la obvia y natural contradicción de intereses entre los sectores aludidos, resulta también evidente que la posibilidad de establecer las normas y pautas de convivencia social no se da de una manera armónica y espontánea, sino que se origina en el seno de una pugna de clases, en el seno de la lucha del poder.

Ese poder social puede estar apoyado en la fuerza bruta o bien puede estar encubierto por ideologías que niegan su existencia o disminuyen su importancia. Cuando el poder está legalizado se convierte en una autoridad y ello se traduce en un derecho de determinar políticas a seguir, de juzgar y dirimir las controversias (3).

---

(3) Mac Iver Robett. "The Web of Government". Edit. New York 1947. pág. 83

De tal suerte, que el poder social se puede encontrar de manera sutil y disfrazada o también puede ser impuesto por la espada de manera clínica y descarada. El Sociólogo Roberto D. Agramante señala que el poder es el atributo esencial del Estado y se ejerce por medio de la fuerza, y al respecto Anatole France pretendiendo aclarar que no se debe identificar al estado con la violencia apuntó que "el estado es la violencia institucionalizada" (4).

Nadie puede negar que la violencia, institucionalizada o no, forma parte del estado y aunque hay un consenso general de que la violencia debe ser la última "ratio" en la política estatal, esta apreciación parece parcial y sólo se encuentra referida a la aplicación de las medidas represivas (punitivas) institucionalizadas, empero hay otras formas de violencia ajenas a la punitiva estatal que deben ser consideradas muy seriamente, porque forman parte del poder de dominación y en mayor o en menor medida, de manera velada o descarada, se encuentran presentes en toda sociedad.

---

(4) Agramante Roberto D. *Sociología*, p. 105.  
Edit. Trillas

Al igual que Agramante, pero con óptica diferente, Marx sostenía que el poder político es la violencia organizada, pero en este caso dicha violencia se manifiesta para que una clase social oprima a otra (5).

En las ideas del Marxismo se sostiene que las manifestaciones de poder, particularmente en las sociedades industriales, se externalizan con el propósito de explotar a la clase desfavorecida (denominada proletariado), encausando el poder a la defensa de la propiedad privada, la concentración de capital, la explotación de la fuerza de trabajo y la marginación de la clase trabajadora. No podemos dejar de advertir que la subordinación y explotación de una clase por otra es común denominador de las complejas comunidades organizadas.

Como quiera que sea, con la imperiosa necesidad de sobrevivir, la comunidad requiere de un orden social y el Estado tiene en sus manos el poder político y la responsabilidad formal de organizar y armonizar (en medida de lo posible) la

---

(5) Marx Carlos. *Manifiesto del Partido Comunista*. Edit Siglo XXI. México. 1975, p. 86.



vida social, y es en función de ello que se presenta lo que Faulcaut denomina "economía del poder" fenómeno en el cual, explica el autor, el estado ejerce el poder, distribuye y administra su capacidad de sometimiento en diversas instituciones jurídico políticas o en otro tipo de empresas con funciones específicas, todas ellas encaminadas a reactivar el poder para mantener un orden y al mismo tiempo consolidarse en su posición (6).

2. CONTROL SOCIAL Y MANIFESTACION DEL PODER.

Como ya lo habíamos apuntado con la necesidad de dominio y control se ha estructurado un sistema de poder con la finalidad de mantener cierta armonía en los procesos de interacción de sus componentes. Este requerimiento de un orden, sin duda es un fenómeno natural en cualquier comunidad organizada. El poder se detecta de manera clara, pero no exclusiva en el Estado, quien es el encargado de proveer a la sociedad la estabilidad a través del control social.

---

(6) CFR. Poulcaut M. Vigilar y Castigar. Edt. Siglo XXI. p. 83. México 1976.

El control social suele ser concebido (en su aspecto represivo) como el conjunto de mecanismos instrumentados por el Estado que conducen y obligan al individuo que se desvía de las normas establecidas socialmente, a respetarlas y a conformarse con ellas.

Como aspecto social de los grupos organizados el control social se ha manifestado desde las formas primitivas, no es difícil imaginar que en la antigüedad los que eran los más fuertes o los que poseían una mayor sabiduría, eran los que resolvían o aplacaban los conflictos de sus pequeños grupos y conducían sus destinos. Podemos imaginar que la forma de control social primitiva era informal y simple, pero ésta cumplía con sus finalidades.

Es común que se identifique el control social con todo el sistema represivo institucionalizado, pero resulta importante advertir que el control social no sólo se circunscribe al ámbito de aplicación de un sistema coercitivo sino que es mucho más vasto y ambiguo de lo que a simple vista parecería, y para apreciarlo, habría que observar las características y funciones que cumplen en nuestra sociedad la

educación, la familia, la moral, el trabajo, la religión, los medios de comunicación, etc.

De manera genérica el control social es el medio por el cual se ejerce presión en la conducta de los individuos y encauza sus comportamientos sobre pautas a veces imperceptibles, de valores y directrices sociales.

El control social se expresa a través de una acción combinada de presiones, que a veces imperceptiblemente moldean nuestra conducta y otras veces constituyen un arrastre que imperantemente nos conduce la presión ejercida por la acción del poder es a veces intensa y se concentra en un sólo medio, que puede identificarse generalmente en instituciones represivas; mientras que cuando se ejercita de manera velada podemos detectar en aspectos ideologizantes de la sociedad (educación, religión, moral, etc.).

En este juego de presiones ejercidas sobre los miembros de la comunidad es que encontramos lo que se conoce como control social formal, que se ejercita a través de las instituciones oficiales y del mismo control social informal que se ejerce en toda la gama de injerencias de la vida humana que

son ajenas a tales influencias institucionales como la religión, educación, moral, etc., antes aducidas.

Con relación a esa apreciación señalada, Zaffaroni dice que por un lado se encuentra una forma de "control social explícito", y por el otro encontramos un "control social difuso", comprendido en el primer plano al control punitivo institucional, mientras que en segundo término al que se da de manera encubierta y para descubrirlo hay que analizar la estructura familiar, la educación, los partidos políticos, la actividad artística, la investigación científica y otras áreas similares (7).

El control social que Zaffaroni denomina explícito es aquél que es fácilmente observable y que a veces se concibe como el único existente, lo detectamos en la actividad de las llamadas instancias oficiales, es decir por todo el aparato burocrático que el estado monta para tal fin.

Por su parte Pavarinni también distingue dos formas de control social: Control Social Duro y Control Social Blando.

---

(7) Zaffaroni E. op. cit. p. 23.

Señalando que el control social "Duro" es aquél basado en la cárcel; mientras que el control social "Blando" es el que maneja por medio de otras formas de control social (8). Sin duda al referir el control social "Duro", se alude al aspecto represivo de la manifestación del poder; mientras que al haber control social "Blando" se podrían incluir en el todo ese juego de presiones sobre los individuos que se da a través de instancias oficiales o no, pero de manera sobre todo ideologizante.

Particularizando en nuestro punto de interés, podemos señalar que toda la estructura jurídico-política-económica del estado es la que compone el sistema de control social formal o institucional, y sin embargo, parecería que el sector policial, judicial o carcelario, son la parte del estado que exclusivamente se dedica a la consecución del orden social; ésto se debe a la presentación formal e ideológica que del sistema represivo institucional y a la minimización de la importancia de las otras áreas que cumplen igual función y que

---

(8) Pavaronni Massimo. "Control y Dominación" Edit. Siglo XXI México.  
pp. 73 y 55.

son la que ya aludimos.

Al igual que todas las distintas áreas políticas, el llamado sistema de justicia es un subsistema específico en el universo de los procesos de control social formal, como parte de una red capilar del universo de los procesos de socialización y tal como se nos presenta hoy día, constituye parte esencial de la supervivencia del sistema social.

### 3.- EL SISTEMA PENAL Y LA POLITICA CRIMINAL.

El estado que tiene en sus manos el monopolio del ejercicio de la fuerza, es quien implementa ese aspecto del control social que se presenta como un arrastre irresistible sobre los individuos. El poder y la autoridad se localizan con toda la claridad en el Estado, puesto que éste es el que ha creado las instituciones, ha determinado las competencias y la forma en que se ha de utilizar el poder en sus manos.

El poder estatal se manifiesta con toda su omnipotencia en el sistema penal que es el sector de control social que constituye la más compleja manifestación de poder.

Con relación a este sistema Zaffaroni escribió que éste es "el control social punitivo institucionalizado" (9), y que ha de entenderse por él, lo que en la práctica se comprende desde que se detecta una conducta delictiva hasta que se impone y ejecuta la pena.

En este sentido hemos de entender que el ejercicio de ese sistema comprende desde la actividad del legislador que crea las normas jurídicas que determinan los delitos y las penas, la del persecutor penal, la del juzgador, así como del ejecutor de las sanciones.

Esa estructura de poder referida, como la conocemos hoy día se ha ido configurando a lo largo de la historia, las distintas instituciones y los papeles protagónicos de sus miembros no se han manifestando claramente desde las sociedades primitivas, se han ido configurado conforme se ha presentado la necesidad de administrar el poder (10).

El sistema penal es apenas un subsistema en el universo social se encuentra encaminado a la socialización

---

(9) Zaffaroni. E. R. ob.cit. p 30.

(10) Ely Chinoy. "La sociedad". Fondo de Cultura Económica México 1966.

global, el sector punitivo es parte imprescindible y complementaria del control social global. Estamos de acuerdo con Rosa Del Olmo, cuando señala que no puede afirmarse que el sistema penal sea un fenómeno aislado sujeto a sus propias leyes y desarrollo teórico, forma parte de un todo, el sistema social, y comparte sus aspiraciones y defectos (11).

Como en todo ordenamiento se distinguen en el sistema penal diferentes sectores. Los sectores del sistema penal son fácilmente detectables y se diferencian por el rol institucional que tienen.

De conformidad con la estructura del Estado, podemos distinguir en los distintos estadios Legislativos, Ejecutivo y Judicial, sectores del sistema penal de control social y en la operatividad de las unidades penales, se conforma lo que se ha llamado "Agencias del Sistema Penal" y éstas se encuentran encargadas de las tareas de crear normas penales perseguir al delito, aplicar la ley y ejecutar las penas.

---

(11) Del Olmo Rosa "América Latina y su Criminología". Edit. Siglo XXI. México, 1981. pp. 43.



Hemos observado que al hacer alusión al "sistema penal" se tiende, y con sobrada razón, a asociar ese concepto con el de "derecho penal", sin embargo, esa asociación no es imprescindible. Al respecto, aclarando ese comentario, Baratta expone que tanto la experiencia histórica como la observación de lo que sucede en las sociedades actuales, demuestran que anterior y paralelamente a las formas de reacciones punitivas existían otras formas de control social no vinculadas al derecho penal, ni a ningún tipo de derecho (12). Nosotros nos concentraremos en el estudio del sistema penal institucional compuesto por las agencias del control social, en el conjunto de principios jurídicos y políticos, y en las reglas sustantivas y procesales que fundamentan su reacción represiva.

No pasa desapercibido para nuestra concepción del sistema penal, la otra cara del sistema penal institucional que no es declarativamente punitivo, pero igualmente represivo, y que es conformado por instituciones tales como los hospitales

---

(12) Baratta Alessandro. "Viejas y Nuevas Estrategias de Legitimación del Sistema Penal" Tercer Encuentro de Criminología. 1982.

psiquiátricos, los asilos, los cuerpos paramilitares y las instituciones de menores infractores; sin embargo concentraremos nuestra atención a los que son declarativamente punitivos.

### 3.1 MARCO CONCEPTUAL.

No podríamos desarrollar un trabajo sobre el sistema penal sin que nos ubicáramos en un campo de interés. Ahora bien, una vez establecido el aspecto institucional declarativamente punitivo de dicho sistema, advertiremos que como parte de la estructura de poder, las condiciones en que se ejerce el sistema punitivo y sus decisiones, son de naturaleza eminentemente político criminal, a la que Heinz Zipf define como la actividad estatal encargada de la obtención y realización de los criterios directivos en el ámbito de la justicia penal (13). Aunque existe un sinnúmero de concepciones sobre esa área política, la definición anterior nos permite captar la naturaleza de dicha política que facilita nuestro campo de estudio.

---

(13) Zipf Heinz. "Kriminalpolitik". B.C.P. Neuller, Grossdruckerei und Verlag, 1973.

No es difícil que alguien se pierda en una confusión conceptual entre la política criminal, el sistema penal y el derecho penal. Desde una óptica simplista pero útil, podemos tratar de clarificar la idea sobre los conceptos mencionados; la política criminal es la decisión de poder orientada hacia la consecución de determinados fines mediante la reacción social punitiva; y el sistema penal es la creación e instrumentación del aparato ideológico y burocrático para el desarrollo de los fines programados en el área política correspondiente; y el derecho penal es el instrumento con que cuenta el estado, para que en esa esfera política, se cumplan con los fines específicos concebidos dando vigencia a su poder represivo formal.

Aunque en todas las oportunidades de tratar el tema se aduce el argumento de que la política criminal no echa mano exclusivamente del derecho penal y que su utilización se da procedimentalmente en la fase represiva del delito (aunque en algunas de sus consecuencias sean declarativamente preventivas), esgrimiéndose también dicha línea política, se ocupa también de la fase preventiva del delito; tales

razonamientos los acotamos como parte del marco teórico en que se ha desarrollado el tópico de la política criminal, ya que por consideraciones que más adelante haremos sobre la "justicia criminal" estimamos que la reacción punitiva constituye la esencia de la política criminal, y si bien se pudiera hablar de otros instrumentos que confluyan en un momento dado con la actividad represiva formalmente declarada, tales instrumentos ajenos al derecho penal, más bien corresponderían a aspectos de política en materia social, laboral, etc., parte de una política general de gobierno.

En nuestro concepto, la política criminal es la forma de administrar la violencia institucionalizada. Obviamente esa actividad política tiene determinadas metas que alcanzar y sus fines deben representar cierta "utilidad" para la sociedad, para el Estado mismo; es decir, retomando la idea que al inicio del trabajo desarrollamos sobre las actividades humanas, debemos comprender que la política criminal tiene un contenido funcional en el Estado y aunque el derecho penal tenga contenidos y discursos diferente según el tipo de sociedad de

que se trate, persiste el mismo sentido funcional de tales instituciones: "El control social".

Por otro lado, el derecho penal como el instrumento de violencia oficial debe estar orientado a las metas políticas y debe ser útil para cumplir sus finalidades, y esas son las premisas que le dan su contenido funcional y establecen sus directrices.

### 3.2 DERECHO PENAL - EL INSTRUMENTO PUNITIVO FORMAL DEL CONTROL SOCIAL.-

Referirse al derecho penal de manera general, involucra diversos aspectos de un mismo fenómeno. Por un lado, ese instrumento social puede ser estimado como un conjunto de leyes, es decir la legislación penal. Por otra parte también puede ser considerado como el sistema de comprensión e interpretación de dichas leyes. Cuando se menciona el derecho penal, a pesar de estar refiriéndose a uno solo de los aspectos aludidos, se involucran ambos extremos de su concepción ya que uno es producto del otro. Al mismo tiempo y en razón de que el derecho penal es el instrumento punitivo utilizado por el Estado a través de las distintas instituciones que integran el

sistema estructurado para tal fin, se debe de concebir también al derecho penal como al instrumento formal punitivo del control social por excelencia.

La particular naturaleza del derecho penal, que estriba en la característica punitiva de éste, requiere una justificación y legitimación de ese poder de dominación social ejercido por medio de las penas, que generalmente son privativas de la libertad, es decir dominación a través de la prisión.

En el proceso de consolidación del poder social, el Estado legitima su reacción punitiva con la capacidad de asegurar el orden social. De esa manera se origina el "ius puniendi", que se desarrolla como el fundamento y límite de la intervención coercitiva estatal.

Con relación al origen del "ius puniendi" Zaffaroni señala que "la idea del ius puniendi" como derecho subjetivo del Estado, se desarrolla con el objeto de ponerle un límite, es decir para responder a la siguiente pregunta: ¿hasta dónde se

puede institucionalizar la coerción penal? (14).

Por su parte y con relación al mencionado derecho a castigar por parte del Estado, Baratta apunta que "la autolimitación al uso de la represión física en su función punitiva, por parte del poder central, a través de las definiciones legales de los delitos y de las penas, es un fenómeno reciente en la historia del Estado moderno. A este fenómeno corresponde la nueva ideología legitimante que constituye el núcleo del Estado de derecho y del pensamiento liberal clásico, así como en particular de las escuelas liberales clásicas del derecho penal"(15). Por lo que es dable esperar una ideología que lo legitime y lo justifique.

El principio de legalidad es aquél en el que se ha basado la legitimación del uso del poder represivo del Estado para mantener el orden social. Esa legitimación (para mantener el orden social) ha implicado la definición de los delitos y el establecimiento de las penas, lo que ha propiciado el

---

(14) Saffaroni. E.R. op. cit. p. 45.

(15) Baratta. op. cit. p. 4.

surgimiento de una ideología legitimante de la existencia y naturaleza de esas figuras del derecho penal.

De tal suerte, el Derecho Penal y particularmente el principio de legalidad, tienen subyacente la ideología justificante y racionalizante del sistema de control social en general y represivo en particular. Y por otro lado, la legitimidad de tal institución, que implica una cuestión ético-jurídica, se encuentra basada en la defensa de bienes que históricamente han sido calificados como los más altos, y son comunes a todos los individuos, como la vida, la propiedad privada, la libertad, etc.

En ese sentido funcional, al derecho penal se le concibe como una aspiración ética, la de evitar la comisión y repetición de conductas que afectan en forma intolerable los bienes jurídico penalmente tutelados. De esa forma el derecho penal ha sido utilizado como el estandarte institucional en la defensa de la sociedad y pocas veces se le ha concebido como el instrumento de dominación y represión de que lo acusan sus detractores modernos.



## II

## DESARROLLO DEL PENALISMO

## 1.- LA CUESTION DE LA IDEOLOGIA.

En la bibliografía penal y criminología contemporánea, resulta común la utilización de conceptos tales como "manipulación ideológica", "ideología racionalizante", "versiones teóricas", etc., y sin lugar a dudas debemos detenernos un momento para atender la cuestión ideológica dentro del penalismo, entendido éste como una amalgama de disciplinas sociales e ideológicas de naturaleza política, jurídica y criminológica predominantemente, que confluyen en el ámbito punitivo institucionalizado de la sociedad.

Así pues, cuando se hace referencia al saber, a las teorías y a los discursos, sean éstos de carácter jurídico o no, de manera ineludible se aduce a un sistema de ideas, es decir a una determinada ideología. Esta, la ideología, es un conjunto de concepciones, sean religiosas, científicas, filosóficas, etc., y este sistema no se presenta aislado, se vincula con el resto de sistemas ideológicos que le sustentan o complementan.

Sin duda un problema epistemológico fundamental es el esclarecimiento de la relación entre el conocimiento científico con la ideología, especialmente cuando hay una idea de independencia entre cada una de ellas, y sobre todo porque la ciencia, en rigor científico, se entiende que debe ser objetiva.

Ese problema se ha particularizado cuando se plantea la diferencia entre ciencias naturales y entre ciencias sociales; y hablando de la ideología de las Ciencias Sociales cabe preguntarse si hay neutralidad ideológica en ellas. La cuestión principal de tal interrogante se centra para nosotros en las siguientes preguntas: ¿Es posible hablar de objetividad de las ciencias sociales?; y, ¿El científico social no es un sujeto comprometido ideológicamente respecto de una óptica de clase social?.

Nosotros encontramos cierta luz a tales cuestionamientos al considerar que la ideología es el punto de partida y toda la ciencia; se hace siempre desde y con cierta ideología, es decir, surgen desde un punto ideológico dado. Por lo tanto resulta válido considerar que ninguna teoría social es

absolutamente autónoma respecto de la ideología y por ello no se puede hablar de una ciencia (social sobre todo) que sea ideológicamente neutral. (16).

No podemos tajantemente asegurar que el hecho de que haya carga ideológica en los científicos y en las ciencias sociales implique ausencia de objetividad en sus conocimientos, ya que implicaría anular la veracidad de todo trabajo científico social. Lo que nos interesa es denunciar esa carga ideológica que ha pasado desapercibida, o no se ha querido abordar, en la mayor parte de las teorías vinculadas al sistema represivo de la sociedad.

En todo caso, cuando esa tendencia derivada de la formulación ideológica del pensador ha sido atendida, generalmente se le ha vinculado a cierta estructura económica y de poder que condiciona y conduce el devenir y la visión del observador.

Sea cual fuera la naturaleza de esa ideología fundamental, los cuestionamientos sobre la objetividad de las

---

(16) Cfr Sánchez Vázquez Adolfo. "La ideología de la Neutralidad Ideológica". *Textos de antología sobre problemas filosóficos*. Morelia, Michoacan. 1975. pp. 55 y 5.

ciencias forman el centro del debate para todas las ciencias sociales en general y aún se pretende encontrar una vía solución coherente de tal problema.

La objetividad que es cuestionada es la del propio científico, entendiéndolo por ésta la voluntad del pensador para sustraerse de su propia subjetividad. Como ciencia, la ciencia social debe seguir un método objetivo, lo cual es requisito para calificar de científico el conocimiento, ya sea en el proceso de obtención, su exposición o su verificación.

Nuestras propias observaciones al tratar de captar nuestra realidad se ven, si no determinadas, si afectadas o dirigidas por nuestra propia experiencia y esa concepción cultural se presenta como el crisol de la racionalidad y objetividad sobre lo verdadero y universal, sobre lo bueno y lo malo, sobre lo normal y lo desviado o anormal.

Sin embargo, en la medida de lo posible se debe perseguir, la "objetividad científica" en las disciplinas sociales que confluyen en el área que a nosotros corresponde estudiar, es decir en el área de justicia penal, porque el que se conforma con la apreciación parcial, individualista y

unilateral, renuncia tácitamente a la pretensión de objetividad y su conocimiento se reduce a simple ideología, y aún con la convicción de que la neutralidad ideológica no existe, le corresponde al científico social, (ya que no es posible desideologizarse o neutralizarse ideológicamente), someter sus observaciones y teorías a la crítica científica general.

La empresa científica es un conjunto de bases metodológicas sucesivas. Básicamente existen dos momentos privilegiados que originan y coronan el proceso de investigación: el de la teoría o construcción del objeto y el de la metodología o reflexión crítica sobre la validez, alcances y límites de sus teorías.

Toda teoría requiere verificación y en esa medida, se adquiere la comprobación de la objetividad de los datos obtenidos rebasando el compromiso interpretativo de la propia ideología del pensador (17).

Por tales razones y atendiendo a la naturaleza social del derecho penal, la criminología y otras disciplinas que

---

(17) Marcos Patricio S. "El diseño de la investigación y la usurpación de la teoría". *Estudios Políticos* número 9. Vol. II. Julio Septiembre. FCP y 1976. pp 67,54.

participan en el desarrollo del penalismo, es que al hablar de ideología penal o ideología criminológica, habremos de referirnos a un conocimiento nacido con ciertas bases ideológicas; y dependiendo del sometimiento de sus teorías, a la fase comprobativa de las mismas, es decir, a un enfrentamiento con la realidad es así como se logrará la superación de esa influencia ideológica y se rebasará el límite existente entre una simple ideología y un conocimiento científico, por eso no habremos de caer en el discurso simplista, en la proclamación de determinada teoría o discurso punitivo como hasta hace poco se venía haciendo, basándose sólo en razonamientos lógicos, filosóficos y políticos, sino que deberá apreciar su realización pragmática para descubrir su veracidad o mito, su carácter teórico o científico.

## 2.- PANORAMICA PENAL.

A lo largo de la historia de la sociedad hemos advertido que en torno al instrumento de poder denominado derecho penal se han vertido una serie de versiones teóricas

que predominantemente han presentado un contenido eminentemente jurídico y como aspecto colateral se han desarrollado justificaciones político criminales de cada una de las posturas.

El derecho penal ha sido el núcleo a través del cual se han enarbolado en su apoyo conocimientos de disciplinas auxiliares (predominando la llamada criminología tradicional) y los enfrentamientos entre sus seguidores a originado una serie de tendencias cuyas tentativas de aplicación en la realidad social, han resultado altamente cuestionadas desde el interior de las materias jurídicas y criminológicas.

En virtud de la imposibilidad en que se han encontrado los dedicados a la materia para encontrar un discurso cuya confrontación con la realidad les resulte correspondiente, se ha podido detectar un desarrollo en el penalismo moderno, y si bien la ideología desarrollada en los últimos años ha sido igualmente criticada por sus tendencias políticas radicales, quizá su mayor mérito ha sido que ha puesto en evidencia la deficiencia del modelo de justicia penal y cierta complicidad entre su discurso y el poder, provocando

la inquietud crítica del sistema de justicia, que se ha basado exclusivamente en las teorías jurídicas a las que se les exige una superación real, ya sea desde el interior de su propia área jurídica, o bien, partiendo en las posturas críticas, incluyendo las tendencias abolicionistas de las ideas clásicas sobre la justicia penal.

Resulta claro que para entender y superar al sistema no basta con estudiar los cuerpos legislativos y las estructuras de sus normas, es menester estar al tanto de su desarrollo teórico, del pensamiento de dominación que ha dado origen a las teorías legitimantes de la reacción estatal por medio de penas jurídicamente impuestas.

Las teorías que legitiman al derecho penal y justificantes en particular de las penas han servido para establecer un discurso de limitación formal al empleo de las sanciones penales. Sin embargo, esa barrera de autolimitación ha sido un límite confuso e impreciso que se ha presentado a toda forma de manipulación ideológica y que ha sido enarbolada en función de las políticas de control social adoptadas en momentos históricos determinados.



Al mismo tiempo que el Estado se autolimita formalmente en su intervención penal, se confirma su derecho a castigar lo que estima antisocial desviado. En el discurso jurídico del "ius puniendi", el delito ha sido un ente que depende directamente de la conceptualización legal de mismo, y resulta relevante advertir que en la mayor parte del mundo los juristas han concebido a la materia penal pura y desvinculada de los conflictos que involucran al poder de dominación.

Ante esa desvinculación del derecho penal con el poder de dominación y el control social, se ha advertido que el derecho penal se ha encontrado sumergido en un universo justificador de existencia y aplicación, de naturaleza eminentemente técnico jurídica, sin enfrentarlo con el contexto histórico, político social en que se produce y aplica.

Para establecer el discurso justificante y autolimitativo del sistema penal, es necesario enfrentar el problema de señalar los contenidos y finalidades de su aplicación, de tal suerte que debe adquirirse una ideología racionalizante de dicho sistema. De cualquier manera, en esencia, el "principio de legalidad" es el que se ha

pronunciado en razón y función de los criterios utilitarios de la aplicación del sistema penal; y esa necesidad ha dado contenido y fines al derecho penal, apreciándose ello en los postulados de principales escuelas penales que veremos a continuación.

### 3. ESCUELAS PENALES.

En torno al derecho penal se ha desarrollado un enfrentamiento teórico, entre lo que básicamente se ha denominado "escuelas clásicas y positivistas". Ha habido una separación en la ideología penal generándose un discurso eminentemente jurídico y otro con matices criminológicos.

Para Enrico Ferri, a quien se atribuye el cuño de "escuela clásica", ésta se encontraba fundada por Beccaria y Carrara era su máximo exponente.

Por otro lado, la corriente positivista fue fundamentada principalmente en autores como Lombroso, Ferri y Garófalo; principales representantes de la criminología positivista.

Respecto de la denominada escuela clásica Zaffaroni opina que jamás hubo una escuela "clásica" y que su

denominación fue por mera comodidad de Ferri, quien clasificó como clásicos a todos los penalistas que no compartían sus puntos de vista (18). Ha de decir verdad es indiscutible que si ha habido un enfrentamiento entre los positivistas y los que no comporten sus puntos de vista. Sean considerados clásicos o no.

En el desarrollo de estas escuelas la filosofía liberal clásica de los siglos XVIII y XIX, desarrollada en Europa particularmente por las obras de Feurbach, Beccaria y Bentham; con sus postulados sobre el contrato social, la división de poderes y el libre albedrío, son la fuente de la llamada "Escuela Clásica".

Para esta tendencia los hombres se consideran libres e iguales ante la ley y son responsables de sus conductas, y su acción imputable tiene como medida de reacción el daño causado, y su límite será la necesidad o utilidad de la pena para efectos de la prevención (general) del delito.

Posteriormente a fines del siglo XIX y a principios

---

(18) - Jaffaroni Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Cárdenas Edit. 1988

del siglo XX aparece la corriente positivista del pensamiento jurídico en la cual sus principios básicos son los de considerar al delincuente como un sujeto enfermo, y la existencia de un determinismo bio-psico-sociológico hacia el cual se enfocó la búsqueda de la etiología de la delincuencia, proponiendo un sistema más que represivo, educativo y curativo.

Los seguidores de la corriente positivista estiman indispensable descubrir la personalidad del delincuente, pretendiendo en función de ello, emitir un pronóstico de conducta, estableciendo un grado de peligrosidad y realizando un tratamiento reeducativo o resocializador que lo cure de su "enfermedad". Esta postura niega que el infractor tenga conciencia y que su conducta posea significación social o ideológica.

Para este sistema de ideas se requiere una infraestructura curativa y educativa, de tal suerte que la cárcel se torna una institución no sólo necesaria, sino también útil.

De naturaleza también positivista pero con circunstancias en el área psicológica, las teorías psicoanalíticas conciben la criminalidad desde la óptica de una etiología de carácter psicológico respecto del sujeto, proponiendo terapias combativas de esas causas criminogénicas.

Para los psicólogos, el delito es un síntoma de los individuos y el desarrollo de esta teoría se dio a partir de las ideas de Freud.

La exposición más elaborada del positivismo se da con la llamada "nueva defensa social" y sus más destacados expositores son Marc Ancel y Filippo Gramattica.

En esta concepción positivista se admite el estado peligroso de los sujetos y se apela a la reacción contra el delito, en el sentido de que no debe ser una manera de retribución, sino que en función de la demanda de una resocialización y reeducación en defensa de la sociedad, diluyéndose la diferencia entre penas y medidas de seguridad, por lo que conforma un criterio unitario de la reacción social represiva (19).

---

(19) Baratta A. ob. cit. pp. 35 y 55.

### 3.1 NATURALEZA IDEOLOGICA DE LAS ESCUELAS PENALES.

Respecto de las dos importantes vertientes del penalismo, (la clásica y la positivista) ha sido planteada por Baratta una ideología explicativa de la misma. Tal planteamiento establece que tanto la escuela clásica como la positivista, pese a sus evidentes contradicciones, realizan un modelo de ciencia penal integrada, y aunque sus concepciones del hombre y de la sociedad son totalmente diferentes, ambas forman parte de lo que el autor denominó "Ideología de la Defensa Social".

Hemos de resaltar que la denominación que Baratta hace de la "defensa social" no alude a las ideas desarrolladas por Gramattica y Marc Ancel, antes atendidas, sino que se refiere a un sistema de justicia conformado por las escuelas penales enunciadas.

Para esa llamada "ideología de la defensa social" la consideración de un modelo penal integrado por los postulados de ambas corrientes es resultado de la apreciación de las directrices políticas apuntadas por ambas; es decir, de que tanto una como otra reflejan una postura ahistórica y acrítica.

La postura advertida en las escuelas penales señaladas resulta fácilmente observable, ya que en ambas concepciones se presenta la realidad como algo dado e incuestionable, y en esa realidad dada se encuentra la misma ley. Resulta un ente jurídico conceptual de la propia realidad, ajeno a toda crítica y valoración subjetiva.

En función de tales ideas se puede establecer que ambas escuelas penales reflejan una fidelidad social y un compromiso político, puesto que ambas son omisas en realizar un cuestionamiento de la ley; ya que mientras las clásicas enuncian dogmas y planteamiento de trasfondos filosóficos; los positivistas individualizan el problema de la criminalidad, interesándose en las causas de ésta y teniendo como objeto de estudio al sujeto enfermo; de tal suerte que ambas corrientes, con su propio estilo y fundamentos, justifican la función de la ley, el derecho y en general, justifican al sistema de justicia(20).

El concepto de la "ideología de la defensa social"

---

(20) Baratta Alessandro "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal". *Rev. Mit.* siglo XXI pp. 35 y 35.

como ideología penal en general se ha esgrimido en el sentido de que las propuestas de las escuelas jurídico penales reflejan una falsa conciencia que legitima las instituciones sociales, atribuyéndoseles funciones utópicas, como la impartición de justicia, la restauración del orden jurídico, la resocialización, la terapéutica criminal, la prevención social, que son totalmente diferentes a las que ejercen, como pueden ser el control social, la reafirmación del poder y el mantenimiento de un estado de cosas.

Como una postura alternativa a las de las escuelas tradicionales del pensamiento jurídico penal, la ideología de la defensa social referida por Baratta, contraponen un punto de vista sociopolítico crítico, argumentando que el debate entre los fieles seguidores de las escuelas penales ha desviado la atención del verdadero contenido de la ideología penal y ha sido adecuado para sostener la ideología de todo un sistema social. (21).

(21) Baratta. ob. cit. p. 35 y 55

\* NOTA: La estimación de la complicidad de la ideología penal tradicional con el sistema de justicia nos hace recordar su similitud con la anécdota sobre los dos comerciantes sobre el mismo giro que tenían sus locales sobre la acera de una misma calle, los cuales desde que abrieron sus puertas fueron acérrimos enemigos y frecuentemente se enfrentaban en guerras de precios y verbales sin que el problema pasara a mayores; de tal suerte que en la larga vida de los comercios sus ventas fueron alternativas, pero seguras. Al morir uno de ellos el otro



Los planteamientos de la ideología de la defensa social indican que los modelos de las escuelas penales conducen el destino de la justicia social por dos vertientes básicas, la clásica y la positivista, pero su única diferencia reside en la actitud metodológica respecto de la explicación de la criminalidad y la reacción estatal contra la misma, resultando ideologías cómplices del sistema de justicia hasta hoy conocido.

#### 4.- LOS MODELOS BASICOS DEL DERECHO PENAL.

En el desarrollo de los sistemas de justicia penal es fácil observar modelos característicos que se encuentran sustentados en las ideas de las principales escuelas penales.

Los modelos de la justicia penal puede ser detectados en atención a la función que se le ve asignada al instrumento punitivo institucionalizado y su estudio ha sido

---

*cerró su negocio de manera inexplicable para el público y posteriormente se descubrió que ambos negocios eran comunicados por un pasadizo secreto y que los dueños habían sido hermanos. Tal hermandad y complicidad quizá sea la misma que Baratta trata de evidenciar respecto de las escuelas penales y es posible que la evidencia del fracaso del positivismo criminológico sea el factor que permitió tal descubrimiento.*

ya realizado con suficiencia dentro del marco jurídico de la esfera político criminal.

Dichos modelos de justicia penal han sido reducidos a tres modelos fundamentales: el Retributivo, el Preventivo General y el Preventivo Especial.

El primero de ellos, el Retributivo, tiene sus sustento en bases filosóficas tomadas de las ideas de Kant y Hegel, y en ellas la justa retribución del mal ocasionado, en un sentido talionario, era el fin de la pena, y ésta se concebía como la reafirmación del derecho al ser la negación de la negación del derecho (22).

En este modelo de justicia la pena es proyectada hacia el pasado, persiguiendo un fin reparador de lo ocurrido y su fin es de restablecer el orden social lacerado, fundamentándose en la culpabilidad, figura que presupone la responsabilidad moral del autor de un delito, la que obviamente se basa en el libre albedrío de éste.

En la pugna teórica de los modelos de justicia, al

---

(22) Righi Esteban. "Política Criminal y Normas Penales". Manuscrito UNAM ENEP ACAYLÁN 1984. p 1.

basado en el retribucionismo se le cuestiona el hecho de que no proporciona bases precisas para cuantificar el "ius puniendi", es decir que propone la compensación de la culpabilidad del autor del delito, pero es impreciso el fundamento de dicha culpabilidad, sobre todo porque hace depender la pena de la existencia de la culpabilidad basada en el libre albedrío, cualidad humana que se estima indemostrable empíricamente (23).

Para Roxin las ideas talonarias del retribucionismo se podrían cuestionar además porque resulta irracional la idea compensadora, puesto que no se puede borrar un mal, agregando un segundo mal (la pena) (24). Tal crítica nos parece válida en razón de que la proposición de tal modelo, de satisfacer la idea de justicia al realizar una especie de venganza estatal resulta poco racional y sin ninguna utilidad pragmática.

Por otro lado también se han distinguido dos modelos preventivos opuestos pero sustancialmente correspondientes: el Preventivo Especial y el Preventivo General.

---

(23) CFR. Roxin Claus. "Problemas Básicos del Derecho Penal". Traduc. de Luzón Peña. Madrid 1976. p.12.

(24) CFR. Roxin Claus. "Problemas Básicos del Derecho Penal". Traduc. de Luzón Peña. Madrid 1976. p.12

Los modelos preventivos han sido clasificados en cuatro funciones de acuerdo a los fines que se pretenden cumplir: El preventivo general, que se dirige a la sociedad en general y se divide en negativo y positivo, el negativo es la que supone la prevención de los delitos a través de la intimidación por la aplicación de las penas (generalmente graves); y el positivo a través de la generalización de confianza en el derecho y la aplicación de las leyes.- El modelo preventivo especial igualmente se ha clasificado en positivo y negativo, el modelo negativo consiste en la exclusión, o la segregación del individuo; mientras que el sentido positivo es aquel que ya habíamos destacado consistente en la reeducación, rehabilitación o resocialización del delincuente (25).

Los tratadistas en general se han avocado a analizar los modelos preventivos que han resultado más fáciles de detectar a la luz de la ideología penal tradicional; consistiendo éstos en el preventivo general en sentido negativo

---

(25) Paul W. "Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena". Revista Poder y Control.

y el preventivo especial en un sentido positivo. Por lo cual al referirnos a los modelos preventivos, sea general o especial, nos estaríamos refiriendo a tales sentidos preventivos que son los comúnmente manejados.

En el caso de la prevención especial el criterio preventivo está dirigido al propio delincuente, interesando de él su personalidad y el pronóstico de su conducta. En este modelo la pena (o medida de seguridad) se enfoca hacia el futuro, y mientras que el delito es un síntoma de la desadaptación o enfermedad del individuo, la pena tiene el fin de evitar la repetición de conductas delictivas.

En este modelo preventivo especial se sustituye a la culpabilidad por la peligrosidad, al libre albedrío por el determinismo bio-psico-social; y la pena, lejos de restaurar el orden social dañado, procura prevenir la reincidencia.

En lo que concierne el modelo preventivo especial las principales objeciones esgrimidas en su contra, van referidas principalmente al principio de peligrosidad, el cual se rebate por impreciso y que tampoco puede ser un instrumento válido para legitimar el ius puniendi. Otra de las críticas a dicha

postura lo es que en función del estado peligroso de los sujetos y de los pronósticos de su conducta, las consecuencias penales tendrían que ser indeterminadas.

El propio Roxin aumenta el arsenal crítico de esa teoría agregada en la que el Estado no puede encontrar una justificación adecuada y suficiente para imponer tratamientos readaptadores, cuestionándose sobre el fundamento estatal para poder educar y dar tratamiento contra la voluntad de determinados sujetos, amén de estimar que es ilógicamente sostenible, tratar de evitar la reincidencia cuando se trata de comportamientos que son irrepetibles por el momento y en el contexto en el que se dieron (26). Podría ocurrir en el caso de un sujeto que delinquiró cuando poseía cierta calidad social y habiendo perdido ésta, sin posibilidades de recuperarla, la prevención de una reincidencia de esa misma naturaleza resulta desnaturalizada e incoherente.

Finalmente el modelo preventivo general orienta la pena en forma de amenaza dirigida a la colectividad para

---

(26) Roxin, ob. cit. p. 14

conjurar el peligro de la peligrosidad latente en su seno.

Así pues, la coacción que la ley tiene en su seno en forma abstracta, se ve concretizada cuando se impone una pena en particular y se pone en alerta el resto de la población sobre lo que le puede ocurrir si cometen delitos.

A la teoría de la prevención general también le han correspondido críticas que son insalvables desde una óptica humanista y coherente. El principal cuestionamiento que se puede hacer a tales ideas es el hecho de fundamentar la pena impuesta a un delincuente, no por su propia responsabilidad, ni tampoco por el grado de peligrosidad que represente, sino en función de la intimidación o disuasión del resto de la comunidad .

Asimismo, la idea central de tal inclinación teórica, consiste en que la intensidad de la pena que se imponga, debe ser proporcional al efecto preventivo de otras conductas ilícitas por parte del resto de la sociedad, conduce al más peligroso efecto de su aplicación: - el terror estatal - y ello evidencia la indeterminación de los límites del Estado para castigar los delitos.

También se cuestiona este modelo sobre el cuál es el fundamento del Estado para intimidar y éste no se especifica claramente, menos aún se podrá determinar hasta qué punto lo debe hacer.

Reforzando las críticas al modelo preventivo general se alega en su contra que el afecto disuasorio o intimidatorio no es empíricamente demostrable y cada vez que se comete un nuevo delito, se evidencia un fracaso de la pretendida prevención general.

Las anteriores objeciones a los fundamentos teóricos de los modelos penales básicos, pese a ser rebatidos por sus críticos o aceptados con resignación por sus defensores, en ningún caso logran salvar racional y totalmente al sistema de justicia, puesto que sus principios medulares han sido impugnados por imprecisos o indemostrables, sobre todo cuando se trata de legitimar el derecho a castigar y la forma y medida con que el Estado lo hace.

La historia de la teoría de las penas se ha caracterizado por un enfrentamiento de posturas políticas y concepciones del hombre. Consecuentemente, los modelos



fundamentales se han cuestionado siempre desde el interior de la mera faceta discursiva del derecho penal, y en el mejor de los casos, los penalistas encargados de la política criminal han optado por tratar de estructurar un modelo que se considere menos malo que los otros.

La corriente político criminal moderna, se ha orientado discursivamente a la construcción de un modelo penal mixto, y a la luz de pretendidas posturas humanistas se promulga porque a través del principio de legalidad se logre configurar un "Estado de Derecho".

El caso es que aún con la pretensión de la instauración de un "Estado de derecho" en el que haya seguridad y certidumbre jurídica, enarbolando en la moda política la prioridad de la defensa de los derechos humanos, se ha realizado una mezcla de los modelos penales, y la mera observación del funcionamiento del sistema de justicia ha evidenciado un derecho penal desigual por la selectividad de su operatividad, y se le puede identificar más que nada, como un instrumento represivo de control social, ya que la teoría explicativa de su naturaleza, funcionamiento y fines se estima

deficiente e incorrespondiente cuando se trata de confrontar con la realidad, por lo cual la naturaleza científica del derecho penal también es cuestionada y refutada como mera ideología al servicio del área político criminal, que a su vez se ubica como un instrumento del ejercicio del poder social.

Es por todo ello que en la actualidad con la participación de la llamada "Nueva Criminología", se delata la operatividad real del sistema penal, y se pone en tela de juicio su programación normativa ante las falacias del discurso punitivo que se ve, más que nunca, incapaz de sostenerse en pie; y poco a poco se va desmoronado ante la impotencia del penalismo tradicional para volver a erguirlo y presentarlo como la magnificencia que todos lo conocimos.

##### 5. EL SENDERO DE LA CRIMINOLOGIA (DE LO TRADICIONAL A LO CRITICO).

La ciencia criminológica, compañera inseparable del derecho penal, se desarrolla originalmente dentro de las ideas del positivismo. Esa naturaleza hace girar la Criminología en

torno al hombre, tratando de distinguir en él, su normalidad o anormalidad.

Para comprender la disciplina criminológica es necesario advertir que dentro del positivismo, como corriente del pensamiento humano, se concibe la exigencia de un orden social natural, orden que no está sujeto a discusión y se debe admitir como tal, un orden en el que se erige el propio sistema penal derivándose de esa postura la inmutabilidad del dogma jurídico.

Así las cosas, la criminología tradicional se ha considerado como subalterna o auxiliar del derecho penal, como disciplina teórica y como instrumento de control social, y en ese sentido la aportación del positivismo a la política criminal ha sido su consideración de una sociedad abstracta y ahistórica, en que la propia sociedad es un bien y el delito es un mal, y por consecuencia la reacción social es no sólo necesario, sino también legítima.

Con relación a esa vinculación entre Criminología y derecho penal, Pavarinni refiere que se puede hablar de la existencia de un modelo penal integrado entre las dos

disciplinas (27). Esa opinión resulta compatible con las ideas de Baratta respecto del modelo de defensa social que denuncia complicidad entre las escuelas penales.

Y en efecto, se puede establecer que la criminología positivista ha sido una disciplina auxiliar del derecho penal y conforma, junto con éste, un sistema penal integrado, manifestándose una relación de subordinación de aquélla con respecto al derecho penal; en virtud de que su objeto de estudio está supeditado a las definiciones legales (que no son otra cosa que el derecho penal vigente), y que al estudiar las causas de la criminalidad, su campo de interés está limitado únicamente al estudio sobre los delincuentes materialmente detenidos, es decir sobre la criminalidad legal.

Así, se ha establecido con toda certeza que la criminología positivista tiene un carácter dependiente respecto del derecho penal ya que está limitada a la esfera de las definiciones legales y al resultado de la actuación de las agencias de control penal.

---

(27) Peverinni Massimo. "Control Social y Dominación" Edit. Siglo XXI. 1982. P. 54.

Por las razones anteriores es que con las críticas hechas al funcionamiento del sistema de justicia penal, que como lo dijimos se encuentra apoyado por la criminología tradicional. Se deja una puerta abierta que conduce a la búsqueda de un discurso crítico de la ideología punitiva y en esas condiciones se ha desarrollado una confrontación entre la ciencia jurídica y la teoría sociológica de la criminalidad y el resultado ha sido la elaboración de diversas tesis alternativas que han ido formando un sendero teórico que nos conduce por un paraje crítico de la realidad del sistema penal.

#### 5.1 TEORIA DEL ESTRUCTURAL FUNCIONALISMO.

Se dice que el concepto funcionalista es el continuador del positivismo y bajo esta nueva concepción se trata de definir el problema de la criminalidad desde el punto de vista social dinámico. El funcionalismo implica un vuelco sociológico de la concepción antropológica y biológica de la criminalidad y tiende a eliminar su concepción naturalista y simple de las causas y factores que la condicionan.

Los antecedentes del funcionalismo se localizan en Europa y sus fuentes se encuentran en las ideas de Durkheim y Rober K. Merton, constituyéndose como la primera alternativa seria sobre los caracteres diferenciales del delincuente.

En esta teoría se sostiene que las causa del delito no deben buscarse en el propio delincuente, y que éste es un fenómeno natural de una estructura social y que sólo cuando se hayan sobrepasado ciertos límites puede ser negativo para el desarrollo social. Por lo tanto, el delito forma parte, en cuanto al elemento funcional, de la fisiología y no de la patología de la vida social (28).

Particularmente Merton propone como explicación de la criminalidad una posible contradicción entre la estructura social y la cultura; es decir entre los grado de bienestar social y los medios legítimos para alcanzar esa meta. Baratta hace una crítica a esa postura funcionalista señalando que ésta "tiene una función estabilizadora en el sentido de que tiene como efecto legitimar y por lo tanto consolidar la imagen de la

---

(28) Baratta A. ob. cit. p. 65.

criminalidad como propia del comportamiento y estatus típico de las clases pobres en nuestra sociedad y el correspondiente reclutamiento efectivo de la población criminal de entre estas clases" (29).

## 5.2 EL INTERACCIONISMO SIMBOLICO

Continuado nuestro camino en la brecha teórica encontramos como postura sobresaliente al Interaccionismo simbólico, cuyos orígenes se encuentran en las ideas de George Mead y su auge se da con la llamada Escuela de Chicago.

Para el interaccionismo simbólico la realidad social esta constituida por una infinidad de acciones entre los individuos y la construcción social se da gracias a procesos de definiciones, y por lo tanto, estudiar la realidad significa estudiar esos procesos.

Juan Bustos apunta que la importancia del interaccionismo reside en que por primera vez se plantea una postura reflexiva y se cuestiona la neutralidad del

---

(29) *Ibidem.* p. 66 y 65.

conocimiento, además de que se da un salto del paradigma etiológico del control social (30). En efecto, en esta teoría se desarrolla la teoría de la reacción social para la cual el delito es una realidad construida y hay determinados procesos de definición y mecanismos de reacción estrechamente vinculados a la economía del poder.

Acogidas estas ideas por la disciplina criminológica se invierte el objeto de interés en relación al paradigma positivista y pasa de la fenomenología criminal a los procesos de criminalización, del estudio del fenómeno criminal al estudio de los procesos que definen los comportamientos criminales (31).

Los teóricos del interaccionismo encaminan su interés en dos sentidos, uno el de cómo se forma la identidad desviada y el otro de cómo se distribuye el poder de definición. De tal forma, la teoría de la reacción social se enfrenta al sistema penal integrado, es decir a la ideología

---

(30) Bustos Ramirez Juan. *Criminología Crítica y Derecho Penal Latinoamericano* Universidad de Medellín. pp. 163 y 55

(31) Bazaita A. ob. cit. p 165.



penal y a la criminología tradicional, ya que sus postulados son no sólo diferentes, sino antagónicos.

Entre las principales superaciones metodológicas obtenidas en esta parte del camino de las teorías sociológicas, se da la obtención de la independencia del punto de indagación es decir, el objeto de estudio ya no es precisado por la ley y el concepto criminológico del crimen se sustituye por una definición sociológica de la desviación.

Así también, desde la óptica de la teoría de la reacción social, una de las innovaciones más importantes es el hecho de que el derecho penal deja de ser el definidor por excelencia del objeto de estudio y se transforma en el objeto mismo de indagación y cuestionamiento.

### 5.3 LA POSTURA CRITICA.

Teniendo con antecedentes las aportaciones de la anterior plataforma teórica se desarrolla la llamada nueva criminología o criminología crítica, que es una postura crítica de la ideología de la defensa social y la criminología tradicional. A esta corriente se le ha calificado como la

construcción de una teoría materialista (económica política) del delito y de la criminalización.

Los críticos estudian el comportamiento desviado resaltando su estrecha relación con las relaciones sociales de producción estableciendo un paradigma político económico de la desviación.

Bajo esta postura se cuestiona al derecho penal y al llamado sistema de justicia penal en general, argumentándose que las estrategias políticas en materia criminal del capitalismo se basan en la máxima efectividad del control social de aquellas formas que son disfuncionales al sistema de valoración y acumulación capitalista (delitos contra la propiedad y desviación política), combatible con la mínima transformación del sistema mismo; y la máxima inmunidad asegurada a comportamientos socialmente dañosos, pero funcionales al sistema.

Bajo la denominación de criminología crítica, se ha dado por confluír diferentes teorías sociológicas y político económicas, que difieren de la postura tradicional respecto del sistema punitivo y lo que se deja ver de tales corrientes de

manera general es la intención de desmitificar al derecho penal, para lo cual tratan de desentrañar las funciones reales del mismo, a través del funcionamiento de las agencias del sistema punitivo.

#### 5.4 LAS PROPUESTAS ACTUALES.

Hoy día encontramos dos propuestas interesantes como resultado de las críticas del derecho penal. La primera de ellas es la que se conoce como "Derecho Penal Mínimo", cuya propuesta se basa en una estricta restricción en su campo de acción, despenalizando conductas y protegiendo bienes estrictamente necesarios para la convivencia social, libre de parcialización como efectos del poder definidor de lo criminal (32).

La otra propuesta del pensamiento criminológico moderno es la de abolir el sistema penal, ya que la criminología crítica ha puesto de manifiesto que el derecho penal y toda la estructura del estado montada para ejercer su

---

(32) Ferrajoli, L. *El Derecho Penal Mínimo*, en *Revistas Poder y Control* No. 8, Barcelona, 1986. pp. 25 y 40.

control social punitivo, reproducen las desigualdades e injusticias sociales.

Hasta ese grado ha llegado la crítica del derecho penal y de la criminología tradicional, su fiel escudera, a la abolición de la cárcel y de todo el sistema penal en su totalidad y aunque esta propuesta, como dice de la Barrera, parece un cántico de sirenas (33), la formulación sería de tales proposiciones resulta una alarma que hay que escuchar y tomar en cuenta cuando ya estamos seguros del fracaso total y definitivo del derecho penal y el sistema de justicia penal tal y como hoy lo conocemos.

#### 6. TENDENCIA CONTEMPORANEA DEL PENALISMO

Sin duda la tendencia actual de la discusión sobre el derecho penal puede resumirse en dos grandes polos: la postura conservadora, que sostiene los criterios preventivos sobre la rehabilitación; y la postura crítica que asegura que la cárcel

---

(33) Cfr. De la Barrera Eolorzano Luis. "Abolir la Prisión: un cántico de Sirenas", "El Sistema Penitenciario-Entre el temor y la Esperanza". 1991 Orlando Cárdenas Edit. México. pp. 145 y 55

no sólo está en condiciones de resocializar, sino que sólo sirve para neutralizar a los individuos.

Desde el punto de vista crítico hay quienes aseguran que la cárcel (y en sí el Derecho Penal) no ha fracasado, sino que tienen un éxito completo ya que en la realidad su efecto neutralizador en su verdadero propósito y que lo único que se ha puesto en evidencia es la falacia de su discurso de justificación (34).

Resulta cierto que la resocialización o rehabilitación social mediante la cárcel es un mito que se ha derrumbado y ello no sólo se constata con los efectos contrario a los planeados y socialmente negativos de la misma, sino que al advertir que la tendencia moderna en materia penitenciaria es la creación de cárceles de máxima seguridad, ello implica la aceptación del fracaso de los fines rehabilitadores, sin embargo en el discurso oficial aún no se sustituye el argumento de la prevención especial positiva por la negativa que se ha introducido declaradamente.

---

(34) Cfr. Alvarez Gómez Ana Josefina "Entre el Temor y la Esperanza" ("La Cárcel ante el tercer Milenio") ob. cit. pp 111.

Ante el obvio derrumbe de la ideología penal tradicional, los críticos radicales del sistema punitivo pugnan no sólo por una mejor cárcel, sino porque a corto plazo se disponga de menos cárcel y así, siguiendo una estrategia reduccionista, a largo plazo se logre la abolición total de ésta y en consecuencia del mismo derecho penal.

Nos parece muy acertado el comentario de Luis de la Barreda al señalar que el derecho penal ha sido sentado en el banquillo de los acusados y que la criminología crítica lo acusa de que produce dolor inútilmente, ya que es estéril, pues no transforma al condenado, sino que lo destruye; le imputa también que sus conminaciones no cumplen su función de prevención general; y que la privación de la libertad no sólo es de la libertad, sino que lo es del hogar, de la familia, del trabajo, de los amigos, de las relaciones sexuales, etc., y reprime a los sujetos y los estigmatiza (35).

Ante tales acusaciones los críticos han señalado que se necesita urgentemente que se busquen soluciones que hagan

---

(35) De la Barreda Luis. "Entre el Temor y la Esperanza" ("abolir la prisión..") ob. cit. p 146.

menos dolorosas y perjudiciales las condiciones de vida de la cárcel, para que la reinserción social del condenado no sea por medio de la cárcel, sino a pesar de ella, y definitivamente se sostiene que lo ideal no es contar con una buena cárcel, sino abolir la cárcel (36).

Nosotros no somos tan optimistas al grado de concebir el día en que se llegue a la desaparición de las prisiones y del derecho penal contándose con una sociedad basada en el amor y respecto mutuo de los individuos; nuestra posición la podemos dirigir más que nada a creer en una sociedad con menos desigualdades, y por ende con menos injusticias y nos parece que antes que nada debemos procurar quitar el velo que cubre la realidad penal y presentarla tal y como se manifiesta sobre cierto individuos; y en función de ello construir un discurso explicativo y auténtico que permita vislumbrar un Sistema Penal más humano y auténtico.

---

(36) Alvarez Ana Josefina. ob. cit. p 77.

## III

## ESTRUCTURA Y OPERACION DEL SISTEMA PENAL

## 1.- PLANEACION Y OPERATIVIDAD.

Como ya lo habiamos apuntado, el poder social se refleja en la autoridad y en las instituciones politicas, y éste puede asumir diversas manifestaciones, pudiendo encontrarse aplicando por medio de la fuerza o disfrazado en ideologias declarativamente no represivas.

Aplicando el poder, éste se legitima y se legaliza por medio de argumentos tales como la seguridad juridica, la supervivencia del sistema, y través del discurso juridico penal en general y el conjunto de autoridades politicas que confluyen en el Estado, es que se presenta una muy especial configuración estructural compuesta por una diversidad de sistemas avocados a áreas politicas especificas.

En el área del control social es donde nos interesa conocer esa estructuración del poder social, que de manera formal es declarativamente punitivo, es decir, es la parte represiva legalmente establecida.



El sistema que se avoca al Área represiva del Estado es el que se encuentra integrado por los cuerpos legislativos, policíacos, magisteriales y ejecutivos de las penas, los cuales constituyen la esencia estructural del sistema penal.

Podemos afirmar que el Estado, al presentar diversos estadios o niveles de distribución de poder, también refleja esa distribución en sus sistemas específicos que lo componen, o por lo menos en el sistema penal así se percibe.

En efecto, el sistema punitivo se ve conformado por instituciones y procesos que están estrechamente vinculados con la administración del poder estatal, en sus ámbitos Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La distinción de cada uno de esos niveles de poder resulta de suma importancia para la comprensión del sistema penal y aunque las características y funciones sustanciales del sistema se encuentran ya anunciadas discursivamente en la ideología penal, conocer su composición permite una mejor comprensión de su operatividad.

Ahora bien, aún y cuando hay una amalgama de instituciones políticas en el funcionamiento del sistema

punitivo, la estrategia del funcionamiento de esta área estatal se encuentra elaborada exclusivamente por juristas (y criminólogos como especialistas de apoyo ideológico), y tales son portadores de una ideología jurídica tradicional y su pensamiento parece estar atado a una concepción del sistema de naturaleza exclusiva y eminentemente jurídica.

Con relación a la confiabilidad del producto jurídico y el estado del discurso de tal naturaleza, se ha escrito que "el hecho de que los juristas en la actual fase del desarrollo de la ciencia penal, no hayan llegado siquiera, en la generalidad de los casos, a situarse en condiciones de recibir la ideología racionalizante preparada por las escuelas sociológicas liberales contemporáneas, no significa tanto que ellos hayan ejercido un control crítico de esta ideología y la hayan por ello rechazado, como que se han quedado atrás del desarrollo de la ideología burguesa, siendo todavía portadores de la ideología del ayer..."(37).

---

(37) Baratta. ob. cit. pp. 152 y ss.

En efecto, al echar un vistazo al sistema penal no podemos dejar de advertir que su construcción ha sido obra de juristas con el apoyo de criminólogos tradicionales, los cuales conjuntamente han configurado un modelo penal integrado, que a los ojos de las nuevas teorías sociológicas se concibe como un retraso por no haber considerado su enfrentamiento con la nueva ideología llamada racionalizante.

En la enciclopedia penal con que hoy contamos, encontramos dos enfoques polarizados, el enfoque tradicional que se compone de la ideología del jurista, denominado por algunos como idealista; y el enfoque materialista o político económico, que parte del estudio de la función histórica del derecho penal y el sistema de control social que de él deriva, respecto de la conservación y reproducción de las relaciones sociales desiguales.

La postura idealista tiene su núcleo en las teorías de la pena y es soportada por toda la cultura jurídico penal. Mientras tanto, el enfoque político económico es racionalizado a partir de las teorías liberales contemporáneas hasta llegar a la criminología crítica que constituye un campo muy vasto de

discursos dentro del pensamiento criminológico y sociológico, en el que se desplazó la atención del comportamiento criminal a la función punitiva y al propio derecho penal, así como a los mecanismos selectivos de criminalización.

Dentro de la tendencia crítica se concibe al sistema penal como un instrumento de clases al igual que lo son otras instituciones como la familia, la religión, etc., y se le ha nombrado inclusive un medio de socialización sustitutivo, en virtud de que sale a relucir cuando los primarios u originales no han podido contener o neutralizar a los sujetos potencialmente susceptibles de ser definidos como delincuentes.

Con relación a la postura conservadora, en el desarrollo del discurso jurídico crítico, se ha señalado también que las tesis patológicas en que se inspiraban el positivismo criminológico tienen una función conservadora y racionalizante del sistema penal.

La función racionalizadora del positivismo criminológico se da con su concepción abstracta de la sociedad, proponiéndola como un bien, y a la desviación o criminalidad como un mal, y esto conduce a estimar al sistema penal como

legítimo y a la reacción social como necesaria; y consecuentemente al derecho penal y al sistema encargado de aplicarlo como un instrumento de bien común.

Es por eso que frente al carácter acritico del derecho penal el enfoque materialista hace del mismo instrumento jurídico el objeto de indagación y no el punto de partida, presentando a la ciencia social como una función no auxiliar, sino crítica.

El esfuerzo de los juristas por encontrar cierta congruencia y una justificación más o menos lógica respecto de los fines del sistema penal, han conducido a vincular las distintas teorías de la pena, empero su resultado, incluso desde el propio discurso interno del derecho penal ha sido incapaz de llevarlo hacia la objetividad del conocimiento y concepción del sistema represivo en cuestión.

Para los reaccionarios del romanticismo, las teorías de la pena no han llegado a explicar la introducción de formas específicas de castigo en el conjunto de la dinámica social, y más aún, se acusa al discurso jurídico penal de falso y de incapaz de sostenerse en virtud de que su arsenal de ficciones

se ha desgastado al máximo y no presenta más alternativa que la de su propio discurso.

Al respecto, y dentro de esa corriente originada por la incapacidad de lograr una superación del discurso jurídico, Zaffaroni señala que en la Criminología de nuestros días es común la descripción de la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en la que los discursos jurídicos penales presuponen que operan, y explica que la programación normativa se basa sobre una "realidad" que no existe y el conjunto de agencias que deberían llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente (38).

Y en efecto, ante los aportes de las teorías de la reacción social, y con el enfoque materialista del sistema de justicia se evidencia no sólo la complicidad en la ideología penal tradicional, sino también una mistificación y perversidad de su discurso, puesto que en un examen superficial de su operatividad resulta indiscutible que no hay correspondencia

---

(38) Zaffaroni E. Raúl "En Busca de las Penas Perdidas" Edit. Temis, Bogotá, Col. 1990. pp. 4 y 55.

entre lo planeado por los penalistas, ya que los vínculos conceptuales peligrosidad-rehabilitación, culpabilidad-responsabilidad, y las extrañas mixturas que se han dado a nivel teórico, al examinar el sistema punitivo no pueden sustentar pragmáticamente los efectos de su aplicación.

En el discurso no se conciben cuestiones como la selectividad del sistema, la reproducción de la violencia, la concentración del poder, y otros fenómenos sociales negativos, los cuales son características estructurales del sistema, y esas cuestiones dejan de ser ignoradas en el panorama crítico, sometiéndose a reflexión metodológica, reflexión que abarca al propio derecho penal.

Bajo esas premisas ideológicas el enfoque del estudio del sistema penal se ha desplazado del estudio del delincuente y de la ley, así como de las finalidades de la pena, al estudio de los mecanismos de control social y los procesos de criminalización. Siendo en esas condiciones que se presenta la actuación específica de cada una de las agencias penales.

## 2. CREACION DE LAS NORMAS PENALES.

El sistema penal tiene su sustento en la estructura normativa, las normas jurídicas de carácter penal son la forma inicial de reacción estatal en contra de la desviación que provoca desorden e inestabilidad social. La norma punitiva es la prevención legal con consecuencias relevantes para quienes son aplicadas.

Es importante en este momento distinguir dos distintos niveles de reacción estatal contra la delincuencia y por ende dos niveles de operación del sistema punitivo. Por un lado, observamos el nivel normativo, o sea al nivel al que nos referimos cuando hablamos de la creación de un marco jurídico. De la misma forma encontramos un segundo nivel, que es el fáctico, o sea el de la aplicabilidad del marco legal programado, o por lo menos del intento o la justificación de tratar de realizar los ideales de la programación jurídica aludida.

Así pues, ubicándonos en el primer nivel, es decir, en el marco normativo, podemos señalar que la creación de las normas penales es sumamente importante en virtud de que todo el



discurso jurídico deberá encontrarse reflejado en ellas y en el conjunto de instituciones que habrán de componer el llamado "sistema de justicia", determinando al mismo tiempo el marco en el que habrán de funcionar y por lo tanto se supone que el legislador, al crear las normas penales condiciona el accionar de cada una de las agencias del sistema punitivo.

A pesar de la importancia que tiene para el sistema penal el nivel legislativo, es común que al hablar del sistema punitivo se entienda que se alude exclusivamente a las instituciones jurisdiccionales y administrativas que también lo componen, y ésto nos parece un efecto normal al considerar a la ley como la verdad incuestionable ajena a toda crítica y conflicto social, concediéndosele como algo bueno por ser útil, sin hacer una valoración de su funcionalidad y contenido ideológico, resultado que al concebir la ley se le ve como una mera imaginación de lo que debería ser (39).

Debemos entender que si bien es cierto que no hay correspondencia efectiva entre la "benevolencia" de la ley y su

---

(39) Sandoval Huertas Emilio. "Sistema Penal y Criminología Crítica" . Edit Temis, Bogotá, Col.1989, p. 10.

resquebrajamiento en la praxis, esto no se debe, como lo señala Zaffaroni a una maquinación de algunas mentes perversas, sino que es resultado de un compromiso político del creador de éstas y de todos sus aplicadores (40).

Con relación a ello, podemos señalar que la ley sin duda es producto de una decisión política y como tal, se encuentra comprometida con la conciencia social predominante, y por lo tanto, la ley supone una aspiración que se ha manejado dentro del marco ético, que desde luego no se realiza de manera mágica. Al respecto, Lolita Aniyar de Castro menciona que "el legislador no tiene más que una suposición del sistema y sus efectos sociales, suposición que es diferente a la realidad.." y además es una concepción tendenciosa por el compromiso ideológico en el que se ve nacer (41).

Así pues, podemos establecer que la ley penal y su aplicación; la ideología penal y la eficacia de las normas, son dos momentos que han de distinguirse, pero para conocer su

---

(40) Cfr. Zaffaroni. "En Busca de las Penas Perdidas" ob. cit. p. 63.

(41) Aniyar de Castro L. "La Realidad Contra los Mitos" Univ. de Zulia, Maracaibo. 1982. p. 219.

realidad es necesario tomarlos como una unidad. Esta unidad ha sido concebida desde el plano ético, ajena a otro tipo de consideraciones y a ello se ha atribuido la crisis y el fracaso del sistema penal.

Generalmente las exclamaciones de los idealistas respecto de la etapa crítica del sistema penal se debe en parte a que han advertido una desconexión entre el derecho penal y la realidad que vivimos, lo cual corresponde con la figura crítica, sin embargo, los tradicionalista se han limitado a hacer notar que "los preceptos jurídicos se encuentran históricamente retrasados respecto de las exigencias de una sociedad moderna y las elaboraciones teóricas continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otra épocas"(42).

Bajo esa postura se atribuye el fracaso de la justicia penal a la modernidad y a la vertiginosidad de la vida social, así como a la elasticidad y rigor del derecho. En tales condiciones se señala que el derecho es obsoleto e incluso se erige como un verdadero obstáculo al cambio social (43).

---

(42) Moreno Hernández Moisés. "Breves consideraciones entorno a la Reforma Penal Sustantiva de 1984" INACIPB.

(43) Cfr. Novoa Monreal. "El derecho como obstáculo al cambio social" Siglo XXI. 1982.

Los juristas de nuestro medio, sin concebir a la ley como un instrumento de control social, que se encuentra imbuida de una determinada ideología que predomina en el grupo social, han adoptado un discurso que justifica la ineficacia de la ley penal aduciendo que en la actualidad cuando se presentan momentos de transformación social tan rápidos, lo que más se consigue es que cuando el legislador se percata de que la norma ha quedado obsoleta, intente una modificación de ella, pero esta modificación se realiza tan lentamente que al momento de entrar en vigencia ya se encuentra retrasada y las nuevas circunstancias vuelven a convertirla en definitivamente obsoleta, por lo que al repetirse el procedimiento se volverá a presentar el mismo fenómeno, "por lo que aún cuando el legislador camine a saltos en su andar legislativo siguiendo los caminos y criterios de costumbre, la ley marcha a la zaga de los avances sociales" (44).

Aún y cuando parezca que la lentitud de la ley se convierte en un verdadero obstáculo al cambio social, tal

---

(44) Moreno Hernández Nolsés, *op. cit.* 2 y 65.

concepción es muy superficial en razón de que a pesar de que el proceso legislativo resulta lento (en algunas ocasiones y de manera excepcional y convenientemente al sistema demasiado rápido) no es la velocidad de su cambio lo que ha de entenderse como un obstáculo social; sino que es precisamente su composición de normas rigurosas e incuestionables, y su funcionalidad política lo que convierte en un obstáculo al cambio social.

Así pues, ante tal inquietud, es obvio que para cuestionar el funcionamiento del derecho penal resulta imprescindible preguntar antes ¿cuál es su función en la sociedad?.

En la bibliografía jurídica se habrá de encontrar invariablemente que el derecho tiene como objetivo principal el proporcionar seguridad jurídica a la ciudadanía, ésto es, custodiar legalmente a los individuos y a los bienes jurídicos más importantes mediante sus formas de reacción coactivas por parte del Estado.

Con relación con ello, los juristas afirman que la seguridad jurídica que provee el Estado para tutelar bienes

jurídicos, al mismo tiempo puede concebirse como el aseguramiento de la coexistencia, es decir de lo social.

En esta división de objetivos de la ley al argumentarse que por un lado se procura la seguridad jurídica y por otro la defensa de la sociedad se presenta una confusión natural que se ha procurado esclarecer señalando que la defensa social pretendida por la ley bien entendida, no puede ser algo distinto de la seguridad jurídica, salvo que se entienda a la primera en sentido organicista o antropológico y a la segunda como un concepto puramente formal (45).

Cualquiera que fuese la idea sobre el objetivo de la ley, sea la seguridad jurídica o de la defensa social, en la cultura jurídica o de la defensa de la sociedad; éstas dos y en cualquier otra idea que se tenga habrá de resultar una concepción estrictamente ahistórica, es decir, ajena a cualquier cuestionamiento sobre la naturaleza sociopolítica de la ley siendo que esa visión jurídica soportada por los aportes de la criminología positivista resulta sumamente

---

(45) *Zaffaroni op. cit. p. 53.*

cuestionada cuando se enfrenta a los aportes del sendero crítico.

## 2.1 LA LEY EN LA MADURACION DE LA CRIMINOLOGIA.

Como ya lo habíamos expuesto en el capítulo anterior, en el momento de estudio crítico del derecho penal la atención se desplaza del comportamiento desviado hacia los mecanismos de control social de éste y hacia los procesos de criminalización.

En la crítica del sistema penal, no se considera a éste como un sistema estático de normas, sino como un sistema de funciones en el que se distinguen tres mecanismos. El primero, el de producción de normas; el segundo, el de aplicación de normas; y el tercero, el de ejecución de las sanciones (46).

La ley es, en consecuencia, el producto del primer

---

(46) Barrata A. op. cit. p. 168.

mecanismo de criminalización y bajo esa perspectiva el proceso legislativo es la iniciación formal de la criminalización social. Es en este orden de ideas que frente a la postura de los idealistas, el derecho y la ley son presentadas de una manera totalmente diferente, destacándose que por principio de cuentas el derecho no defiende ni se aplica a todos, y por ende de los bienes que defiende ( en sociedades desiguales ) y los castigos que aplica son desiguales y parciales. Además de ello, se destaca que la ley penal no es igual para todos y que los estatus criminales se distribuyen de modo desigual.

La crítica del derecho penal se dirige básicamente al mito de que el derecho penal, o sea la ley penal, es igual para todos, contradiciendo la concepción tradicional de la ley; y que si bien mediante la ley se expresa una igualdad formal, en la realidad social hay una absoluta desigualdad sustancial de los individuos y esa contradicción es palpable en la elaboración legislativa que se ha calificado como un producto de la sociedad burguesa que indiscutiblemente habrá de responder a sus propios intereses.



En la postura materialista se menciona que tomando como base las cuestiones socioeconómicas de la cultura burguesa, se ha advertido que la función de la ley es la de producir y reproducir las relaciones sociales de producción, apoyándose esa idea cuando se detecta el funcionamiento selectivo y estigmatizante del sistema de aplicación de la ley penal.

En el estadio legislativo es donde inicialmente podemos observar una bipolaridad óptica del sistema punitivo y aunque frente al discurso tradicional del derecho penal se presenta un campo extenso y heterogéneo de pensamientos criminológicos, es importante poner en evidencia la naturaleza teórica en que se encuentra sustentada la ley y cuáles son los distintos enfoques alternativos que quizá nos proporcionen un punto de partida que nos permita tener una mejor comprensión del resto de las agencias componentes del sistema penal.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

## 2.2 LA LEY EN LOS MODELOS SOCIOLOGICOS.

Al sistematizar las teorías sociológicas y criminológicas se ha podido destacar la función de la ley frente a los individuos y la propia sociedad, resultando que en atención a esas relaciones se han podido distinguir tres modelos conceptuales básicos: el consensual, el pluralista y el conflictivo (47).

A). En el modelo consensual se concibe a la sociedad como una estructura estable y su funcionamiento se funda luego entonces sobre el consenso de la mayoría respecto de ciertos valores que son generales, y podemos darnos cuenta de que la postura idealista del sistema penal se basa en la idea de un modelo social consensual, en el que la ley supone el reflejo de la voluntad colectiva suponiéndose también que es igual para todos, estableciéndose que quien viola la ley es una minoría social, la cual debe de tener algún elemento común que los diferencia de la mayoría que si está de acuerdo con la estructura social. Tal carácter diferencial de la minoría ha

---

(47) Pavazinni N. ob. cit. p. 93.

sido manejado como el carácter peligroso de determinados entes sociales.

B). A diferencia del modelo consensual, el modelo pluralista reconoce la existencia de una multiplicidad de grupos sociales que tienen intereses diferentes entre sí, y que incluso generan conflictos. En este modelo la ley existe en virtud de que no hay ningún acuerdo general entre lo justo y lo injusto, por lo que la ley tiene una naturaleza exclusivamente técnica y es neutral.

En este modelo la ley no es un valor o resultado de una valoración consensual, sino un conjunto de reglas neutrales que se legitima porque trata de resolver pacíficamente los conflictos.

C). La interpretación conflictiva de la sociedad señala que la sociedad es una entidad en permanente cambio, y la ley es un elemento coercitivo y represivo, es decir, un instrumento por medio del cual los grupos dominantes logran imponer sus intereses, y en la ley sólo se representan los intereses de quienes tienen el poder de producirla y su utilidad es la de

establecer las condiciones para conservar y acrecentar el poder.

Bajo esas interpretaciones de la ley y la sociedad, se erige el sistema punitivo general, y medularmente podemos aseverar que la concepción bipolarizada a la que nos hemos referido en repetidas ocasiones, podemos comprenderla bajo los extremos teóricos de los discursos consensuales y conflictivos, en el discurso tradicional basado en la consensualidad de la ley y la comunión de los intereses protegidos por ésta no debe seguir sosteniéndose si se requiere realizar una comprensión racional del sistema punitivo de control social.

### 3. LOS CREADORES DE LA LEY.

Ahora, echando un vistazo a la construcción genérica del sistema penal encontramos inicialmente que dentro del engranaje del Estado y particularmente del sistema penal existe una agencia institucional que formalmente se encuentra asignada a la función de crear las leyes. Organizativamente se ha distribuido el poder de creación de las normas penales en cuerpos especializados para tal fin (las cámaras legisladoras).

De conformidad a la estructuración formal de los cuerpos legislativos, el propio esquema jurídico fundamenta las funciones del legislador, sin embargo y pese a que formalmente ésta es una atribución exclusiva del sector estatal especializado, de manera sistemática se advierte que la función de legislar no está desempeñada exclusivamente por los cuerpos creados y mantenidos para tal efecto, por lo menos de manera teórica, sino que se advierte que hay una injerencia permanente de un ente estatal diverso (generalmente el Poder Ejecutivo), quien además de realizar tareas legislativas políticamente tienen gran influencia sobre el poder legislativo.

Ante el fenómeno apuntado de la invasión de poderes, se ha dado por denominar al poder ejecutivo (particularmente al representante del poder) como un legislador extraordinario de facto.

Este fenómeno de invasión de poderes por parte del poder ejecutivo no es exclusiva del área legislativa, la concentración en el poder ejecutivo, concretamente en la figura del Presidente ha dado pie a denominar a un sistema político con tales características como un sistema presidencialista.

A pesar de la distinción de los diferentes estadios, resulta fácil advertir que generalmente el poder político se encuentra monopolizado por el representante de uno solo de esos niveles y no falta quien estime que un estado sustentado en tales bases no puede dejar de ser autoritario, puesto que un solo poder se guarda para sí la dirección y el ejercicio de las cuestiones más importantes en materia política, económicas, etc. y no se circunscriben a invadir solamente el ámbito legislativo.

Más adelante abordaremos las particularidades características del sistema político y punitivo que nos concierne directamente, procurando evidenciar el monopolio del poder estatal y las condiciones reales de la operatividad, no sólo del nivel legislativo, sino del conjunto de agencias penales.

#### 4.- INICIO FACTICO DE LA MAQUINARIA PUNITIVA.

Una vez que se ha instrumentado la criminalización de la conducta delictiva, el sistema penal se integra también de una agencia que

inicia la criminalización de facto, agencia que se compone de elementos que intervienen de manera importante en la criminalización de individuos y comportamientos, mediante la aplicación de las normas penales.

Con la criminalización primaria, es decir, con la creación de las normas penales ya se han sentado las bases sobre las cuales se habrá de desarrollar el sistema penal y su existencia y forma de operación constituyen un todo que se compone de distintos e identificables procesos de la actividad social.

Con posterioridad a la creación de la ley, la operación fáctica de la actividad criminalizante por parte del Estado se inicia con la participación de una agencia de carácter administrativo integrada por elementos policíacos y por la institución encargada de formalizar del inicio del proceso criminalizante, el Ministerio Público.

#### 4.1 EL SECTOR POLICIAL

Tradicionalmente se concibe a la policía como la agencia encargada inmediatamente del respeto a las leyes y el

orden público. De cualquier forma que se le conciba, la policía, dentro de los ejecutores de control social punitivo, es el órgano estatal que directamente se enfrenta contra la colectividad.

La actuación del órgano policial se inicia regularmente con la exteriorización de una queja particular, de manera oficiosa o por instrucción de sus superiores o funcionarios judiciales. Sin embargo cualquiera que fuese la naturaleza de la iniciativa de la actuación policíaca, éste es el punto de partida materialmente hablando, de un proceso criminalizante, y como tal tiene una importancia vital para el funcionamiento del sistema en general, en atención a que teniendo un contacto directo con la comunidad cuenta con un amplio poder de decisión sobre las personas que habrán de ser capturadas y sometidas al sistema.

Debemos tomar en cuenta que la función represiva de la policía no se limita a la realización de la mera aprehensión de las personas, sino también se le dan atribuciones dentro de la investigación realizando interrogatorios (inclusive torturas y otros abusos) de tal modo que de la eficacia de su actuación



depende la buena marcha de las ulteriores instancias controladoras.

Respecto de la interrogante de como la policia aplica ese poder de decisión de su accionar criminalizador se ha escrito que: "los funcionarios policiales, independientemente de los textos legales y como todos los demás aplicadores de normas, se ven enfrentados a un conjunto de riesgos y posibilidades acerca de sus propias condiciones materiales, según se apliquen o no las disposiciones penales en uno de los espacios legal de acción a ellos asignado. "Además, para entender un poco ese manejo del poder criminalizador de la policia se han tratado de encontrar cuestiones sociológicas que le condicionen, y en ese sentido también se ha señalado que..." en efecto el alto grado de estratificación social, las consiguientes dificultades para la movilización social vertical y las permanentes incitaciones al consumo y a la competitividad individualista por citar apenas los factores más relevantes, hace que quienes tienen a su cargo la aplicación de normas actúen conforme a la evaluación resultante, en cada caso

concreto, de los riesgos y perjuicios por la aplicación de las normas y las posibilidades de ventajas por la no aplicación de las normas (48).

Aunque no de manera exclusiva, pero quizá si muy notoria a diferencia de otros funcionarios, la posibilidad del manejo del poder de aplicación de las normas de la policía se manifiesta en razón de los posibles daños o desventajas que pueden resultarle si con su actuación afecta a personas ubicadas socialmente por encima de él; y en caso contrario, se consideran los beneficios que puede obtener si se abstiene de proceder o lo hace de tal forma que se afecte lo menos posible a los involucrados. En razón de esa discrecionalidad funcional con que cuenta la policía, se deriva en gran medida el fenómeno de la corrupción, que es una característica constante en la praxis policial de todos los sistemas punitivos.

La policía como el instrumento represivo de la sociedad (junto con el ejército, pero en otra escala) presenta características constantes en su composición. Si bien ya hemos

---

(48) *Bertias Sandoval E. "El Sistema Penal y La Criminología Crítica" Edit. Temis. Bogotá, Colombia 1989. p. 74.*

referido la injerencia que tiene en su actividad la movilidad social vertical, respecto de su composición podemos decir que sus componentes proceden y permanecen en los niveles bajos de la sociedad, es decir, pertenecen a los sectores subordinados, por lo cual al respecto se ha escrito que: "la policía ha sido creada y modelada como una fuerza de control social que dirigió sus acciones contra el indio en el pasado y que hoy dirige sus ataques contra la clase obrera y los resistentes, aún y cuando pueda disfrazar sus actividades represivas bajo el ofrecimiento de una serie de servicios públicos. De ahí que la policía sea una de las instituciones básicas con que cuenta el aparato para cumplir sus labores de explotación y control social" (49).

Ahora bien, dando un giro respecto de la función de la policía, de estimar a la vigilancia del orden y el respeto de la ley como sus principales metas, a considerar que es un órgano encargado de cumplir labores que benefician la

---

(49) Argenis Rivera Encinosa. "La Dialéctica de la Función Policial en América Latina" en *El derecho Penal y la Criminología*. No. 9. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 1980 pp. 78 y 79.

explotación y el control social, se ha señalado que para que su función pueda ser eficaz, debe ser ejecutada por elementos que tengan ciertas características sociales de pertenencia.

Se ha escrito que la procedencia de los elementos policiacos se da en los niveles bajos de la sociedad y esa circunstancia se destaca en razón de que tiene gran importancia para la funcionalidad del sistema social, puesto que la pertenencia de los policías es funcional para la conservación y reproducción de las relaciones sociales de dominación, por cuanto a que la ubicación de esos funcionarios facilita a los miembros de los grupos dominantes, estar en posibilidades de ser excluidos o favorecidos en el proceso de criminalización y que éste siga concentrándose en los individuos de los grupo dominados (50).

Al hacer un intento por desentrañar la naturaleza funcional de la agencia policiaca dentro del proceso formal de criminalización, tomando en cuenta la propia naturaleza de sus componentes, revela una vez más la orientación de dichos

---

(50) Cfr. Huertas Sandoval B. ob. cit. p. 76.

procesos con relación a la desigualdad real de los sujetos, es decir, a la privilegización e incluso inmunización de las clase dominante, y el consecuente recaimiento de todo el peso del sistema sobre las formas de desviación de las clases desfavorecidas.

#### 4.2 LA FORMALIZACION DE LA CRIMINALIZACION DE FACTO

Aún y cuando la actividad policial es de suma importancia para el sistema punitivo, y de que sin duda constituye el filtro criminalizador más evidente del sistema, su función organizativamente hablando, no es autónoma e independiente, a pesar del marco discrecional con que cuenta.

Cuando la actividad policial cumple su función, alimenta al sistema, es decir al proceso criminalizador, seleccionando a los "sospechosos", mismos que por regla general pertenecen a los estratos bajos, y su actuación debe ser justificada y formalizada jurídicamente.

Además de la actividad selectiva de la policía, el sistema justificado por la propia exigencia de legalidad de su actuación, requiere de un agente formalizador. En el caso, la

agencia que cumple tal función en nuestro sistema penal lo es el Ministerio Público, órgano dependiente del poder ejecutivo al igual que la policía y que se encarga de justificar legalmente la selección realizada por la policía y agrega un filtro más que se habrá de fundamentar por las propias reglas legales de la materia.

Ese agente criminalizante llamado Ministerio Público también es conocido con el nombre de fiscal, el Representante Social y otros menos difundidos. Es común que ese aparato estatal se le designe fiscal, quien históricamente ha sido la figura que se ha encargado de la defensa de los intereses del Estado y la procuración de la aplicación de las leyes.

Dos funciones específicas son ejercidas por tal agencia estatal; por un lado se supone debe dirigir las investigaciones de carácter policiaco y por otro la actividad denominada ejercicio de la acción penal, que no es otra cosa que formalizar la selección de un proceso en su contra, generalmente privados de su libertad y dependiendo de una decisión judicial respecto de su destino.

No encontramos referencias en la bibliografía de la materia sobre la procedencia social de los encargados de la función ministerial, empero de nuestra propia experiencia hemos podido constatar que quiénes se incorporan a ese cuerpo institucional, son profesionistas generalmente procedentes de sectores de clase media baja, que difícilmente se verán incluidos en niveles superiores del sistema y al igual que los elementos policiacos son envueltos en un medio de corrupción dependiendo de las posibilidades de beneficios o de sufrimiento; afectaciones del propio sistema.

El papel que los agentes de la institución ministerial desempeñan en el sistema de justicia penal es realmente importante para los efectos del mismo, ya que en su actuación se refleja la preponderancia y acumulación de poder de parte del nivel ejecutivo del Estado, y en ese órgano se concentra una gran parte destinada al sistema penal, dado por un lado cuentan con la facultad exclusiva del ejercicio de la acción penal y en función de tal atribución tienen en sus manos, en gran medida, la posibilidad de acción resultante de su selección sobre determinados individuos, al condicionar

legalmente la magnitud del sometimiento al sistema judicial de esos sujetos.

##### 5. LA FASE JUDICIAL.

Con la instauración y operación de la agencia judicial se puede decir que, por principio de cuentas hay un fracaso de las políticas de prevención social dentro de las que inclusive podríamos incluir la actividad policiaca, cuando suponemos que ésta debe tener también una función preventiva al procurar mantener el orden y el respeto por la ley.

La agencia judicial se caracteriza por actuar sólo sobre los sujetos que previamente ya fueron seleccionados en la fase administrativa previa y también por que su actuación se concreta a una aplicación estricta de la ley sustantiva y adjetiva.

La función tradicional de los tribunales penales consiste en la traducción oficial de la reacción represiva del Estado en contra de las conductas que se consideran desviadas de las pautas sociales, y que previamente en la fase legislativa ya fueron establecidas.



Entre las múltiples funciones sociales, se dice que la de administrar justicia es una de las más importantes y delicadas ya que la libertad, el patrimonio e incluso la vida pueden depender de la decisión de un hombre a quien la sociedad le ha confiado la misión de resolver ciertos conflictos entre particulares o restablecer el equilibrio social alterado por la comisión de un crimen (51).

Sin duda la anterior opinión corresponde a una idea tradicional sobre la imagen de omnipotencia del poder judicial, la cual está muy distante de tener en la realidad.

Dentro del proceso general de criminalización, a la intervención judicial, es decir el mecanismo específico de la aplicación de las normas jurídico penales, se le conoce con la criminalización secundaria (en esta etapa criminalizante también se llegan a incluir las actividades policíacas ministeriales a que hemos aludido). Y como parte de un proceso general, en la intervención judicial se prosiguen y acentúan

---

(51) Rico José María. "Crimen y Justicia en América Latina"  
Edit. Siglo XXI. Mex. 1991. p. 264.

aún más los procesos selectivos de los sujetos al sistema, selección que se califica de clasista en atención a las características socioculturales económicas de quienes se ven envueltos en el engranaje del sistema.

Haciendo uso del poder de definición que conlleva las decisiones judiciales, es dable atribuir al control jurídico penal que ejercen los jueces un poder estigmatizante de quienes resultan seleccionados, puesto que una vez que hay una resolución de tal órgano que implica la prosecución del procedimiento penal en contra de determinados sujetos, se establece al mismo tiempo un notorio etiquetamiento social negativo o sea al mismo tiempo una realidad criminal.

El papel protagónico de la agencia judicial lo asume el Juez, y la organización de este Sector Estatal se puede esquematizar con un tribunal supremo, un tribunal de apelación y juzgados de primera instancia, y así mismo poder demostrar que en la actividad judicial aparecen implicados, que conjuntamente con el agente protagónico al darse una resolución crean una realidad delincencial que antes sólo existía en lo abstracto de la ley.

Ese papel o rol protagónico que desempeña el juez se concibe con características especiales respecto de otros agentes del sistema. Con relación a la figura principal del nivel judicial se ha estimado que "las circunstancias de la marcada institucionalización del proceso judicial, lo artificioso de la organización externa, del lenguaje y de toda la conducta del tribunal; la notable despersonalización de la presencia del juez, provocan que las expectativas que despierta el comportamiento de los magistrados sean muy heterogéneas y en consecuencia, las actitudes de los jueces han de ser percibidas de forma muy distinta por los ciudadanos" (52).

Con relación al cómo y dónde se reclutan a los agentes de la agencia judicial, si se ha dedicado mucha atención. Casi todos los tratadistas coinciden en observar que por regla general los sectores sociales medios bajos, medios y excepcionalmente los superiores son los que aportan a los ejecutores del sistema judicial.

Lo que podemos destacar de esas observaciones es que

---

(52) Bergalli Roberto. "El Pensamiento Criminológico-Estado y Control Social". Edic. Teoia. p. 80.

la función judicial casi sistemáticamente se encuentra excluida para los extractos bajos de la sociedad, aunque algún elemento de diverso extracto puede encontrarse en un grupo, como confirmación de la regla, incluido en su plantilla, y ante esa procedencia social, resulta evidente que se presentan condiciones desfavorables para los procesados provenientes de sectores marginados.

En apoyo de esa opinión, en la corriente crítica y Baratta como uno de sus mejores exponentes señala que: "los jueces inconscientemente tienen tendencias de juzgamientos diversificados, según la pertenencia social de los imputados..., inclusive en atención a esa diferenciación de trato en razón de la clase a la que pertenece se dice que: " en general puede afirmarse que hay una tendencia por parte de los jueces a esperar un comportamiento conforme a la ley de los individuos pertenecientes a los estratos medios y superiores; y

lo inverso acontece respecto de los individuos pertenecientes a los estratos inferiores..." (53).

Entre otras de las consideraciones sobre la actuación del juez, además de prejuizar por razón de clase, se ha estimado que cuando los jueces tienden a elegir, entre varias interpretaciones jurídicas posibles de determinadas disposiciones jurídico procedimentales, generalmente se tiende a adoptar la que implique mayor demora en resolver el asunto y mayor perjuicio de los derechos de la persona en el proceso (54).

Aunque nos parecen consideraciones de carácter meramente subjetivo sobre la actuación de los funcionarios judiciales, la estimación de un posible prejuzgamiento de su parte aunque subjetiva, no parece tan desatinada en atención a la propia interiorización de tales funcionarios de la magnificencia su cargo y del estatus social que ello implica; sin embargo, considerar que sistemáticamente adoptan las resoluciones mas perjudiciales para los sujetos sobre quienes

---

(53) Baratta A. ob. cit. pp. 106 y 107.

(54) Sandoval Huerta E. ob. cit. p. 82.

ejercen su poder si bien puede darse, careceríamos de sustento argumental para apoyar esa idea.

La posible respuesta a las actitudes de los jueces que hemos aludido se ha tratado de explicar en razón del proceso de entrenamiento de éstos, amén del propio origen socioeconómico que produce un efecto deteriorante o distorsionante de su identidad y de su personalidad social.

Se ha dicho que los jueces sufren un deterioro de su identidad desde las propias universidades donde se les inyecta signos de falso poder, que por cierto en la práctica es bastante limitado, y con ello se crea una imagen paternal que está imbuida de lo que Zaffaroni califica de "narciso criminal", señalándose además que todo el sistema penal está complicado por un juego de identidades artificiales, y agregaríamos nosotros que no podría ser otra la característica de las personalidades de los agentes del sistema que está sostenido de manera artificial (55).

---

(55) Cfz Zaffaroni B. ob. cit. p. 112.

Con la reflexión sobre los juzgadores y su actuación podemos explicarnos un poco más la característica funcional del sector judicial, así como los efectos de su operatividad que culmina con la creación de una realidad artificial: la criminalidad.

En recientes observaciones sobre la actividad judicial se le ha llegado a calificar como una actividad meramente burocrática, ya que a pesar de la omnipotencia de su imagen, su función se ve reducida exclusivamente a la resolución de casos concretos conforme a pautas legales, sin atender a ningún reclamo ético sobre su función.

Respecto a esa opinión creemos que en buena medida podría explicarse la mencionada desetización (ausente de contenido ético de la función) de la actividad del juez, por la propia distorsión de su personalidad, asimismo por la limitada discrecionalidad técnica con la que cuenta, dado que sus juicios se rinden sobre las bases que inicialmente le indicó el legislador en los catálogos legales, y posteriormente el Ejecutivo a través del Ministerio Público también le indica los parámetros a los que habrá de ajustarse cada determinación que

dicte. Así también la dependencia que tiene el poder judicial respecto de sus principales nombramientos por parte del ejecutivo; aunado a ello la inestabilidad y la temporalidad de sus cargos, son los posibles factores que se utilizan para crear y mantener una magistratura dócil y funcional, que se ha calificado de una institución meramente burocrática, teniendo que reconocerse que el poder judicial, afectado de tales fenómenos es el más débil del sistema penal, aunque parezca que tiene el mismo peso y poder que los otros Sectores Estatales.

#### 6. LA AGENCIA EJECUTORA.

En la construcción institucional del sistema represivo formalmente declarado, quizá la cuestión más importante y representativa del tipo de función social que tiene ese sistema, la juega la prisión, que es el principal instrumento con que cuenta el control social represivo.

La prisión como instrumento sancionatorio utilizado por excelencia se ha constituido en el exterior del aparato judicial para excluir determinados individuos del resto de la sociedad en tanto se les lleva un proceso para decretarles



legalmente su calidad de desviados o criminales, y una vez realizado ésto para repartirlos y clasificarlos separadamente de la comunidad.

En el sistema penal encontramos diversos tipos de encarcelación o prisionalización, e incluso la privación de libertad se da de manera sistemática, de manera cotidiana en áreas administrativas, tutelares y médicas, cuya justificación se verifica en aras de un paternalismo estatal y por cuestiones "sanitarias". Concretamente y como resultado de la aplicación del sistema penal observamos la utilización de la privación de la libertad durante el procesamiento judicial y durante el cumplimiento de la sanción impuesta.

La fase ejecutiva del sistema penal es la que tiene mayor relieve ante los ojos de la sociedad en general y a esta etapa se le ha dedicado mayor atención por parte de los juristas y criminólogos.

La cárcel o prisión representa el punto culminante del sistema penal es decir, de lo que se ha reconocido como el proceso de selección de la población criminal. Como último eslabón en la cadena institucional de control social represivo,

la cárcel reviste las mismas premisas ideológicas que se encuentran presentes en las demás instancias que le preceden.

Para comprender un poco la naturaleza de la función carcelaria hemos de referir que las condiciones del reclutamiento del personal de prisiones corresponde a las mismas que se consideren respecto de los funcionarios policíacos. Es decir, por la norma general los custodios penales tienen su origen y permanencia en niveles inferiores de los sectores subordinados, e incluso elementos policíacos se incorporan a esa función con cierta frecuencia (56).

Esta procedencia social corresponde evidentemente a los niveles o cargos bajos del sistema penitenciario, y evidentemente no corresponde a la de los altos funcionarios, quienes pertenecen a una élite política determinada.

Por un lado, los custodios o carceleros tienen escasas o nulas facultades para decidir quiénes son o no identificados como criminales, pero en su actuación puede reforzarse la definición de criminal que se haga de un

---

(56) Sandoval Huerta E. ob. cit. pp. 92 y 93.

individuo. Por otra parte, las autoridades penitenciarias cuentan con un poder discrecional enorme que les permite decidir Como y Cuando los sujetos prisionalizados dejan de estar sometidos a la acción del sistema.

Así también se observa que la facultad discrecional de las autoridades carcelarias para la determinación del tiempo que los reos habrán de permanecer en su custodia le da gran fortaleza política a esas instituciones y como efecto colateral disminuye el poder y la certeza de las resoluciones judiciales, constituyéndose en un factor más que coadyuva a que el poder judicial sea el hermano pobre del sistema penal.

La agencia ejecutora de las penas además tiene el poder de controlar la vida de los seleccionados como criminales y no se encuentran sujetas a ningún tipo de revisión actuando como una agencia verdaderamente autónoma.

La población carcelaria es resultado de la actuación selectiva de los filtros legislativos, policiaco y judicial. Con relación al proceso selectivo a que nos referimos se ha escrito que "no sólo las normas del derecho penal se forman y aplican selectivamente, reflejando las relaciones de

desigualdad existentes, sino que el derecho penal ejerce también una función activa de reproducción y de producción, respecto a las relaciones de desigualdad. En primer lugar la aplicación selectiva de las sanciones estigmatizantes y especialmente de la cárcel que es un momento supraestructural esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad (57).

Es evidente que la posición crítica del sistema penal incluyendo todos y cada una de las actuaciones de sus agencias parte de la base de condicionantes socioeconómicas que jamás se consideraron en el discurso tradicional, pero que del enfrentamiento de la realidad del sistema con el discurso justificatorio existencial como una agencia metodológica produce un cambio necesario en la visualización del derecho y el sistema penal.

Así pues, ese proceso selectivo que se ha advertido en el funcionamiento del sistema penal, en la que la cárcel es el principal factor de estigmatización social, es precedido por

---

(57) Baratta A. ob. cit. p. 173.

las otras fases del proceso criminalizante que se inician formalmente desde la creación de la ley penal y en función de ello se cuestiona seriamente el mantenimiento de un sistema sustentado por un discurso que no le corresponde y no hacen esfuerzos globales por superarlo.

#### 6.1 EVOLUCION DE LA PRISION.

En los trabajos sobre la historia de la prisión se dice que ésta se creó con una finalidad humanitaria para replazar las penas capitales e infamantes aplicadas hasta fines del siglo XVIII, también se dice que al incluir a la prisión como una pieza esencial del arsenal punitivo la justicia penal tiene su acceso a la humanidad e incluso se ha denominado a la cárcel como la pena de las sociedades civilizadas (58).

La atenuación de la severidad penal es un fenómeno notorio, la pena dejó de centrarse en la tortura y el

---

(58) Poulcaut N "Vigilar y Castigar" Siglo XXI. 1990. Mex 233.

sufrimiento y adoptó como objeto principal la pérdida de un bien.

Ese bien en el que se ha concentrado la reacción punitiva es la libertad (y en algunos Estados es la vida), y para justificar el haberse recurrido a tal medida se argumenta que no se trata de un capricho del legislador, sino que es resultado de un progreso ideológico realizándose una intervención estatal sobre un bien igualitario que se supone que tiene el mismo precio para todos (59).

El carácter igualitario que se atribuye a la libertad resulta sóamente cuestionable sobre todo cuando en una sociedad capitalista con valores tan diferenciados entre una clase y otra, más aún cuando la asociación del concepto libertad se hace respecto de parámetros económicos y sociales de un momento histórico dado.

En la crítica de la cárcel se ha destacado que a raíz del nacimiento de las sociedades capitalistas su Anexo con los industriales es bastante notorio y significativo y la población

---

(59) Foucault H. citado por Alvarez Gómez Josefina. "La Cárcel ante el Tercer Milenio" Entre el Temor y la Esperanza. ob. cit. p. 187.

carcelaria resultaba altamente funcional respecto de las relaciones de reproducción de ese sistema social, y de ahí que se ha dicho que la prisión sintetiza los objetivos principales de la sociedad capitalista: vigilancia y disciplina de sus miembros.

Bajo esa concepción de la evolución de la cárcel se adoptó un nuevo sesgo ideológico para legitimar la privación de la libertad como castigo sustitutivo de las penas infamantes, y la corriente científica. Mediante el positivismo hizo posible adoptar la fundamentación teórica tradicional, basada en la idea de la peligrosidad de los criminales y la función social de la prisión.

La utilización de la prisión como institución de carácter terapéutico ha sido el núcleo del discurso jurídico tradicional del derecho penal y la mejor justificación de uso tan excesivo. De tal suerte, al observar a la institución carcelaria y los argumentos que se han esgrimido para fundamentar su aplicación, enfrentados a las teorías de la pena, como lo señala Josefina Alvarez "el fin que logró mayor entusiasmo y las más sólidas esperanzas entre los penalistas

fue el preventivo especial, el fin rehabilitador....."; y pese a todas las críticas que recibe esa postura, sigue siendo la base y fundamento de la mayoría de los sistemas punitivos, resultando hasta ahora, la mejor justificación que ha dado el derecho penal y la criminología tradicional sobre el funcionamiento real del sistema punitivo.



## IV

**FUNDAMENTO Y REALIDAD DE LAS AGENCIAS DEL SISTEMA PENAL EN  
MEXICO.****1.- EL ESTADO Y LA DISTRIBUCION DEL SISTEMA POLITICO.**

El Estado mexicano se compone de varios sectores en los que se comprenden los poderes tradicionales (Ejecutivo-Legislativo-Judicial), empero los agentes que integran todo ese sector público no cuentan con iguales capacidades de influencia y poder. De hecho debemos reconocer que a la cabeza de una larga lista de Agentes estatales invariablemente encontraremos al Jefe del Ejecutivo, es decir al Presidente de la República, incluso hay quienes suponen existe un mando superior a éste que lo constituye el Jefe de la llamada Familia Revolucionaria (60).

---

(60) Branderburg Frank " The Making of Modern Mexico. " Englewood Cliffs. Prentice all, 1964, pág. 157.

De acuerdo a la carga de poder con la que cada Agencia de Gobierno es dotada van apareciendo en el sector público los distintos funcionarios que se encargan de la operación de la maquinaria punitiva. Así pues, se van presentando en orden de importancia política (que no tiene nada que ver con su capacidad criminalizante), los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, los Senadores, y Diputados, Procuradores, Jueces Federales, Jueces Locales, Ministerios Públicos, etc.

Debemos distinguir de entre esos componentes del Sector Público que existen fracciones perfectamente identificables: los políticos, los técnicos y los especialistas (61).

---

(61) Basaffez Niquel " La Lucha por la Hegemonía en México " 1968 - 1980 *último siglo XXI. México* 1981 pag. 52.

Por lo que corresponde a los sectores político y técnico sus integrantes son ubicables por la actividad y la organización operativa a que pertenecen y son representantes de Gobierno pertenecientes a un Partido Político o bien son encargados de las altas finanzas y de la economía del país.

Dentro del Sector de los especialistas es que se ha ubicado a la mayoría de los Agentes del Sistema de Justicia aunque la injerencia de funcionarios de extracto netamente político, ha sido una constante en los mandos superiores de cada una de las Agencias que lo integran (Procuraduría de Justicia, Tribunales Superiores de Justicia y Suprema Corte).

#### 1.1 LA CONCENTRACION DE PODER EN MEXICO.

Para entender el funcionamiento del sistema penal en México es importante destacar la estructura del poder político y su funcionamiento. Al respecto, podemos advertir que en el país aunque formalmente hay una tripartición del

poder político (62)\* (artículo 49 Constitucional) hay una evidente preponderancia del poder Ejecutivo, del Presidente de la República, a un sistema como el nuestro se le llama "Presidencialista".

La observación de los sistemas políticos contemporáneos en todo el mundo evidencia que hay un marcado predominio del Poder Ejecutivo, y ese predominio se refleja en la concentración del poder político que le otorga la Constitución Política y las Leyes secundarias.

Ese fenómeno no sólo se observa en México, sino que en todo el mundo, lo que caracteriza al gobierno moderno es la existencia de un Ejecutivo poderoso; en ese sentido se ha observado que en los siglos XVI y XVII se distinguieron en el mundo occidental gobiernos de monarcas muy poderosos; así

---

(62)\* Constitución Política Mexicana.

\* Artículo 49. - El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

también en el siglo XVIII se aprecia una época de asambleístas populares y legisladores fuertes; y en el siglo XIX y principios del XX se da la formación de los partidos, y se cuestiona si acaso no estaremos viviendo una etapa de gobiernos ejecutivos. (63).

Podríamos responder afirmativamente ese cuestionamiento, pero más importante que distinguir donde se concentra el poder, que en nuestro caso lo es el Sector Ejecutivo, lo relevante de denotar es que en el Estado hay una constante de las sociedades -la concentración del poder- y sea cual fuera su titular provoca que cierta elite económica-política disponga de las normas y pautas sociales con una tendencia cierta: la permanencia en el poder y el incremento de éste.

Los politólogos del país han dedicado obras completas a estudiar las características del sistema de

---

(63) James Burns Mac Gregor *Gobierno Presidencial*, México MIT Lima. Willey, 1967 pp. 416 - 417.

gobierno que hacen tan poderoso al poder Ejecutivo, y en su momento Jorge Carpizo ha escrito que en su opinión las causas del predominio del Presidente Mexicano son las siguientes:

- a) Que es el jefe del partido político predominante.
- b) El debilitamiento del poder Legislativo, ya que la mayoría de los legisladores son miembros del partido predominante.
- c) La Suprema Corte de Justicia se compone de elementos políticos que no se oponen a los intereses del Presidente.
- d) Su marcada influencia en la economía nacional.
- e) La institucionalización del ejército cuyos jefes dependen de él.
- f) La fuerte influencia de la opinión pública a través de los controles y facultades que tienen respecto de los medios de comunicación.
- g) La concentración de recursos económicos de la Federación especialmente en el ejecutivo.
- h) Las amplias facultades constitucionales y extraconstitucionales, como lo son la facultad de designar a su sucesor y a los gobernadores de la entidades legislativas.

- i) El gobierno directo de la región mas importante del país.
- j) Un factor psicológico que en lo general hace que se acepte el papel predominante del Ejecutivo sin que mayormente se cuestione. (64).

No puede discutirse la veracidad de la mayor parte de los factores apuntados que hacen predominante y que se inducen a que conciba al Presidente como la figura política de un todo poderoso; y no ha faltado el escritor que satirizando la forma de gobierno mexicano ha apuntado que México es la única República del mundo gobernada por una monarquía sexenal absoluta, y además el hecho de que el presidente se extrae de la llamada "familia Revolucionaria" ha provocado que ese comentario se afine agregándose que además de ser una monarquía sexenal absoluta ésta; es hereditaria en línea transversal. (65).

---

(64) Carpizo Mac Gregor Jorge " El Presidencialismo en México " siglo XXI 1986 México pp 190 y 95.

(65) Cesio Villegas Daniel, El Sistema Político Mexicano, México Joaquín Mortiz citado por Carpizo Mac Gregor op. cit.

Las facultades con las que cuenta el Presidente Mexicano sean constitucionales o derivadas del propio sistema político hacen que el gobierno mexicano gire en torno al poder ejecutivo, en el cual el Presidente es el actor principal de la escena política y su titular, y subalternos reflejan esa supremacía en todo el manejo gubernamental.

Así, podemos ver que con relación al poder judicial, el Presidente de la República tiene bastante ingerencia, ya que éste es el que tiene la facultad de nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, asimismo puede designar a los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, además de contar con facultades presupuestarias y administrativas sobre ese poder (66) \*(artículo 89 Constitución Política Mexicana fracciones XII, XVII, XVIII).

---

(66) Constitución Política Mexicana

ART. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: . . .



Así pues, además de todo el peso político con que cuenta el Ejecutivo sobre el poder judicial por el nombramiento de sus miembros más importantes políticamente hablando; el Poder Ejecutivo en el área legislativa también tiene aún mayores injerencias ya que además de que tiene en su favor la composición del congreso, tiene facultades legislativas (\* art. 71 Constitucional) y en función de ellas el Presidente de la República puede crear y modificar leyes y aunque el Congreso es la institución que funcionalmente tiene ese fin, en la realidad es el Ejecutivo, también llamado "Legislador extraordinario", quien envía la mayor parte de la iniciativas de Ley, mismas que sin mayor discusión son aprobadas.

*XII.- Facilitar al Poder Judicial los auxilios que necesite para el ejercicio expedito de sus funciones.*

*XVII.- Nombrar Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y someter los nombramientos a la aprobación de la Asamblea de Representantes del D.F.*

*XVIII.- Nombrar Ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter los nombramientos, las licencias y las renunciaciones de ellos a la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente en su caso.*

*ART. 71 El Derecho de iniciar Leyes compete:*

*I.- Al Presidente de la República*

*II.- A los Diputados y Senadores al Congreso de la Unión*

*III.- A las legislaturas de los Estados*

El Presidente tiene también la capacidad de hacer observaciones a los proyectos que le envía el Congreso \* (67) (en una facultad denominada derecho de veto que aparece en el inciso b artículo 72 Constitucional), pero en atención a la realidad legislativa del país el derecho de veto se maneja de manera contraria a lo planeado, ya que el Presidente legisla, y el poder legislativo ejerce una especie de derecho de veto .

La práctica legislativa tiene la característica de que los proyectos de leyes mas relevantes para el país de alguna manera tienen origen en iniciativas del Poder Ejecutivo, (ya sea que a nivel del partido en el gobierno se propongan en el Congreso o que surjan proplamente de la oficina del Presidente, lo cual tiene una misma naturaleza), y estos proyectos son enviados al Congreso (que compuesto

---

(67) *Ibidem.* ART. 72 Todo proyecto de la Ley o decreto cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el reglamento de debates sobre la forma, intervalos y forma de proceder en las discusiones y votaciones.

.....  
 B) Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de diez días hábiles; a no ser que corriendo este término, hubiere el Congreso cerrado o suspendido sus sesiones, en cuyo caso las devoluciones debiera hacerse el primer día hábil en que el Congreso esté reunido.

mayoritariamente por el Partido del Poder) que hace las observaciones u objeciones correspondientes (en una especie de veto), pero por lo general son irremisiblemente aprobadas.

Con relación a las facultades legislativas del Ejecutivo y a las inferencias de éste en los otros sectores estatales; el Doctor Augusto Sánchez hizo una interesante observación y que pone en evidencia el manejo de poder que a nivel legislativo se ha dado en el país. Apuntó que "desde 1917, fecha en que el Ejecutivo promulgó la Carta magna actualmente vigente en México, los Presidentes de la República le han realizado alrededor de 300 modificaciones a la misma. Esto es, si consideramos que la Constitución Política tiene 135 artículos, el poder Ejecutivo le ha rehecho más de dos veces una modificación, contando con la subordinación incondicional de sus apéndices orgánicos denominados legislativo y judicial".

(68).

---

(68) Sánchez Sandoval Augusto. "México es un estado de Poder y no de Derecho" Comisión Mexicana de defensa y Promoción de los derechos Humanos A.C. ).

En resumen, las características funcionales del sistema de Gobierno mexicano nos conducen a la indiscutible declaración de un Estado de Poder, siendo que esa concepción se ve reflejada en la operación del sistema punitivo de control social, en el cual se observa que el Ejecutivo, a través de sus diferentes agencias de control refleja ese poder sobre agencias de los otros sectores del gobierno en todos y cada uno de sus niveles procedimentales.

## 2.- FUNDAMENTO Y FUNCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

Dentro de ese engranaje gubernamental del sistema punitivo la figura más significativa lo es sin duda el Ministerio Público, institución Persecutora de los delitos que depende del poder Ejecutivo.

A pesar de la trascendencia que el Ministerio Público tiene en el engranaje punitivo, los fundamentos de su función tal y cual la conocemos hoy día son oscuros y para su debido entendimiento es necesario remitirnos a la Ley Fundamental y úbicarnos en las razones de su creación y el momento histórico en que se dio.

Particularmente en la Constitución Política del país dos preceptos aluden directamente a la Institución del Ministerio Público (69)\* (artículo 21 y 102 apartado A, párrafo segundo).

---

(69) \* Constitución Política Mexicana.-. . .

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, la que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas.

Artículo 102. " " " La ley organizará al Ministerio Público de la Federación cuyos funcionarios serán nombrados y revoados.

De esos dos preceptos el artículo 102 apartado A. en su segundo párrafo de esa Carta Magna, contiene una contradicción a la Garantía Constitucional que establece en el artículo 16 (70)\* en el sentido de que el Ministerio Público debe buscar y presentar las Pruebas que acreditan la Responsabilidad de los presuntos inculcados por un delito, sin embargo, la búsqueda de la responsabilidad penal no le compete al Ministerio Público sino al Juez, según lo dispone la primera parte de ese dispositivo legal mencionado; le corresponde a ese Organismo Investigador buscar y demostrar la Probable Responsabilidad Penal, y como el citado artículo 102 le da la atribución de buscar la demostración de la responsabilidad penal, esto resulta contradictorio y provoca que el Ministerio Público actúe como Juez en la etapa indagatoria.

---

*por el Ejecutivo, de acuerdo con la Ley respectiva, debiendo estar precedido por un Procurador general el que deberá tener las mismas calidades requeridas para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia.*

*Apartado A pto. seg... El Procurador General de la República interpondrá personalmente en las controversias que se suscitaren entre dos o más Estados de la Unión.*

*(70) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 16 " " " .- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

Ahora bien, concatenando lo dispuesto en el artículo (16 de la Carta Magna\* con el párrafo segundo del artículo 14 Constitucional\*) respecto de que nadie puede ser privado de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales a que se refieran previamente establecidos; y todo ello vinculado con la parte primera del segundo párrafo del apartado A del numeral 102 de la propia Constitución, en torno a que al Ministerio Público le incumbe la persecución de los delitos ante los tribunales; hace que resulte más evidente y razonable el hecho de que el Ministerio Público no puede actuar de manera autónoma en la presentación y desahogo de pruebas ante el mismo, lo cual ocurre en la realidad.

---

*No podrá librarse Orden de Aprehensión sino por la Autoridad Judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del inculcado.*

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

\* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 16 . - " " " " IDEM.

\* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 14 Párrafo segundo - " " " " A ninguna Ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Así pues, como lo hemos destacado con base en la interpretación del párrafo segundo del apartado A del artículo 102 Constitucional, en torno a que el Ministerio Público puede desahogar pruebas ante sí mismo, donde se fundamenta en la etapa de la Averiguación Previa, en la cual el Ministerio Público se erige como un Juez Ejecutivo convirtiendo esa etapa investigadora en un verdadero juicio que se seguirá ante "el Juez Ejecutivo".

Los anteriores preceptos constitucionales referidos constituyentes el marco legal respecto la función del Ministerio Público, pero creemos que para desentrañar la naturaleza real de la función del Ministerio Público, el análisis de esos artículos que aluden directamente a esa institución o refieren actuaciones de autoridad que involucran su participación, no es suficiente; y nos parece que la interpretación hecha de la programación de la función del persecutor penal esta muy lejos de ser o parecerse siquiera a

---

*En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.*



lo planeado por los Constituyentes de 1917, cuando plantearon un cambio procesal sustancial. (71).

En efecto como premisa fundamental de la Reforma Procesal en materia penal en la Constitución de 1917 se procuró prioritariamente evitar la práctica de un proceso penal vicioso, en el que se pretendían varios fines secundarios a la vez: Uno. Restituir a los Jueces la dignidad y la respetabilidad de la magistratura; Dos. dejar a cargo del Ministerio Público la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción y la aprehensión de los delincuentes; Tres, asegurar la libertad individual, en atención a que nadie podía ser detenido sino por orden de Autoridad Judicial.

Los deseos de los Constituyentes se originaron en razón de que antes de las reformas los Jueces eran un Organó Inquisidor que se encargaba de averiguar los delitos, buscar las pruebas y emitir las condenas.

---

(71) *Diario de Debates del Congreso Constituyente 1916 - 1917*  
*Exposición de motivos sobre la Reforma al artículo 21 Constitucional Vol I pag. 264.*

Por otro lado, existiendo entonces la figura del Ministerio Público su función era meramente decorativa en la administración de la justicia, además de que en esa época la Autoridad Judicial era identificada con el poder Ejecutivo, y no se distinguía la tripartición de poderes del Estado.

Así las cosas, es claro que la finalidad primordial de la Constitución respecto de la actuación del Juez y la intervención del Ministerio Público, no es sólo la de procurar restituir respetabilidad a los Jueces, ni la de quitarle el carácter de figura decorativa al Ministerio Público, sin duda va más allá, y es la de lograr un proceso penal sin vicios, evitando la existencia de una Autoridad eregida como juez y parte, que busca que ante sí misma, a toda costa, la obtención de confesiones y pruebas; y sobre todo, con la programación constitucional se procura salvaguardar la libertad individual y la instauración de un proceso penal imparcial.

De tal suerte, debemos entender que de ninguna manera se programó quitarle el carácter inquisitivo al Juzgador

y crear otra figura que realizara esa tarea, y bajo esa óptica es que se deben interpretar los preceptos constitucionales que atienden al Ministerio Público.

Así pues y atentos a lo dispuesto por el artículo 21 Constitucional, le corresponde a éste, quien tendrá a su mando a la policía Judicial, la persecución de los delitos, y atendiendo a lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado A del artículo 102 de esa misma ley, debe ser realizada ante los tribunales, ante quienes procurarán demostrar la responsabilidad penal de los encausados.

Por lo tanto podemos concluir en este sentido que toda actuación del Ministerio Público en su función investigadora de los delitos y los delincuentes, que no sea practicada ante los tribunales es inconstitucional (salvo los casos de flagrante delito; se trate de delito grave así calificado por la Ley y ante el riesgo fundado de que la persona se sustraiga de la acción de la justicia), por lo

tanto, pragmáticamente se desprende de ello que la averiguación previa, en la que el Ministerio Público se abroga el carácter de máxima autoridad, es inconstitucional; ya que por un lado en esa etapa procedimental se incurre de nuevo en la misma concentración de poder motivó la reforma del artículo 21 Constitucional del proceso penal y anula toda congruencia y racionalidad de los motivos que originaron la división funcional entre el Juez y el Ministerio Público; mientras que por otro lado esa etapa no tiene base Constitucional y sólo se debería servir para que en término de 48 horas el Ministerio Público acreditara los elementos del tipo de que se trate y la Probable Responsabilidad Penal de la persona, y en su momento se turnara la causa al Juez correspondiente para que este ordenara las diligencias necesarias que pudiesen conducir al obsequiamiento de la Orden de Aprehensión o al Sobreseimiento de dicha causa.

## 2.1 EL MINISTERIO PUBLICO Y LA AVERIGUACION PREVIA.

La Averiguación Previa constituye la etapa procedimental más característica de un estado de poder, ya que en ella se han llevado a cabo prácticas inhumanas y violatorias de garantías individuales por parte del Ministerio Público y la Policía Judicial.

Para comenzar como ya lo destacamos, la etapa de la Averiguación previa no tiene asidero constitucional y su instauración es resultado de una errónea interpretación de la Constitución Política del país, interpretación que sin duda resulta bastante útil a un Estado de Poder.

En la práctica ministerial, esta autoridad actúa con una total independencia respecto de cualquier otra autoridad, particularmente de los tribunales respecto de quienes deberían tener una total subordinación. Asimismo, una vez iniciada una investigación, el Ministerio Público autónomamente decide continuar o no los procedimientos, contrariando también a las disposiciones secundarias que

establecen que al igual que en la Constitución Política que es precisamente a los Tribunales a quienes les corresponde declarar cuando un hecho es delito o no, así como determinar la acreditación o no de la responsabilidad de los indiciados (artículo 10. del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal) (72)\* , siendo que esas declarativas son la esencia misma de la actividad jurisdiccional, por lo cual constitucionalmente no hay fundamento alguno para que el Ministerio Público se atribuya esas facultades.

En esos términos la actuación Institucional del Ministerio Público debería hacerse necesariamente ante los Tribunales de tal modo que los Juzgadores tendrían que expedir las órdenes de la práctica de las diligencias emanadas de la persecución de los delitos, siempre a petición de aquél; y del mismo modo el Juez tendría que resolver sobre la culminación o no del procedimiento; y no como ocurre en la realidad en la que el Ministerio Público autónomamente decide la suerte de cada Averiguación Previa por él iniciada e incluso "instrumenta

---

(72)\* ART. 10. Del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal .- Corresponde exclusivamente a los Tribunales Penales para el Distrito Federal...

archivos definitivos cuando a su criterio no se acredita la existencia del delito".

Además de la falta de fundamento Constitucional de esa etapa, la Averiguación Previa, por la forma en que se encuentra instrumentada en la práctica al margen de la Constitución y de los Jueces, presenta vicios cotidianos ancestrales, propios de una actividad inquisitiva y sin control: tanto el Ministerio Público como la Policía Judicial realizan detenciones sin orden judicial que las justifiquen y sin que exista flagrante delito; o que éste sea calificado como grave; en ese periodo no se permite una plena intervención del órgano de la defensa y es figura totalmente decorativa; la Policía Judicial usa técnicas de interrogatorio y tortura inhumanas que son famosas en nuestro medio; los golpes y las amenazas son prácticas comunes para obtener declaraciones, datos o pruebas relacionadas con los hechos investigados; se acondicionan "casas de seguridad" donde se llevan a cabo

---

*I.- Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuándo un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito;*

*III.- Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas entre ellos; y . . . .*

detenciones ilegales y realizan libremente torturas y tratos inhumanos, que en pocos casos llegan a la privación de la vida de los detenidos; se dan componendas entre los policías y las personas involucradas en las investigaciones para que presenten o no a las personas requeridas, o para que informen o no su imposibilidad de hacerlo; los auxiliares del persecutor (como los peritos) también incurren en arreglos para que sus dictámenes beneficien o perjudiquen más o menos a determinadas personas; en las agencias investigadoras (o en las mesas de trámite) en muchos casos, las resoluciones del ejercicio penal dependen del "interés" (\$) demostrado por el inculcado o sus familiares, o inclusive por el propio ofendido; las declaraciones ministeriales son fácilmente manipulables y dirigidas (sobre todo por los abogados); etc..

Estas, entre otras prácticas viciadas forman parte constante en la elaboración de un expediente de Averiguación Previa, y en esas condiciones se presenta una realidad totalmente torcida, y a pesar que es del dominio público el cúmulo de vicios que presenta; Jurisprudencialmente se le



concede mayor relevancia que lo actuado ante la autoridad judicial.

Otra seria irregularidad que se advierte en la Averiguación Previa es que la Policía Judicial actúa en un gran número de ocasiones de manera autónoma e independiente del Ministerio Público, aún y cuando el artículo 21 Constitucional (73) \* dispone que ésta se encuentra bajo el mando y dirección del Ministerio Público, y esa actuación inconstitucional de los agentes investigadores se encontraba apoyada por disposiciones procesales, que inexplicablemente señalaban la posibilidad de que la Policía Judicial recibiera denuncias y pueda inclusive practicar toda la Averiguación Previa, instrumentando lo que en la práctica se denominó "acta de policía judicial" (artículo 2o. del Código Federal de Procedimientos Penales vigente hasta el 31 de enero de 1994)\*.

---

(73)\* Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos artículo 21.- . . . . La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. . . . .

\* Código Federal de Procedimientos Penales . . . .

Artículo 2o.- Dentro del periodo de la Averiguación Previa la Policía Judicial Federal deberá, en ejercicio de sus facultades:

1.- Recibir las denuncias de los particulares de cualquier otra autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal, sólo cuando por las circunstancias de caso aquéllas no puedan ser formuladas ante el Ministerio Público, al que la Policía Federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas. Las diversas Policías,

Por otro lado, además de la carencia de fundamento constitucional de la Averiguación Previa y de los vicios de su práctica, las actuaciones ministeriales y de la policía judicial se encuentran arropadas por la ley secundaria y la jurisprudencia.

Por su lado la legislación adjetiva señala una forma de valoración tasada para las diligencias practicadas por el Ministerio Público, concediéndoles valor probatorio pleno a estos, según dispone el artículo 206 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En la jurisprudencia, también se protege la actividad ministerial durante la Averiguación Previa, particularmente por el llamado "principio de intermediación o inmediatez procesal" respecto del cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado tesis en el sentido de que tienen mayor valor o relevancia jurídica las primeras

---

cuando actúen en auxilio de la policía judicial, inmediatamente darán aviso al Ministerio Público, dejando de actuar cuando esto lo determine. . . .

\* Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal artículo 206 .-. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial tendrán valor probatorio pleno, siempre que se ajusten a las reglas relativas a este Código.

declaraciones de los sujetos del delito (rendidas obviamente ante el Ministerio Público y a la policía judicial), en virtud de que se presumen más espontáneas y veraces por su cercanía con los hechos, que las posteriores (rendidas ante el Juez), mismas que deben presumirse que son producto de aleccionamiento o reflexión defensiva (74).

En conclusión, la Averiguación Previa es una etapa inconstitucional y en la práctica se encuentra plagada de vicios que la hacen producir una realidad totalmente manipulada, y la ley Procesal y la Jurisprudencia secundan esa inconstitucionalidad, y encubren esos vicios fortaleciendo de tal modo la actuación y el poder del Ministerio Público que es erigido como un Juez ejecutivo mucho más poderoso que el judicial a quien subyuga y condiciona con toda la concentración del poder que tiene.

---

(74) *Suprema Corte de Justicia . Jurisprudencia*

*Confesión, primeras declaraciones del reo*

" De acuerdo con el principio procesal de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores "

*Sexta Época Segunda Parte:*

Vol. VIII, pág. 60 A.D. 34351/57 Esteban Rodríguez C. 4 votos

Vol. XL, pág. 75 A.D. 3517/60 José Sánchez Venegas 5 votos

Vol. XLIII, pág. 37 A.D. 6702/60 J. Guadalupe Montes L. 4 votos

Vol. XLIII, pág. 37 A.D. 1367/60 Juan Carmona Hernández 4 votos

### 3.- LA INTERVENCION JUDICIAL EN EL SISTEMA PENAL.

#### 3.1.- EL MINISTERIO PUBLICO ANTE EL JUEZ.

Como ya lo hemos destacado, el Ministerio Público actúa inconstitucionalmente durante la Averiguación Previa por operar y decidir de manera autónoma la prosecución de las investigaciones sin haberlas hecho del conocimiento de los Tribunales como lo dispone la Ley Fundamental en su artículo 102, A, segundo párrafo Constitucional (75)\*.

Así las cosas, el primer contacto funcional entre el Ministerio Público y el Juzgador se lleva a cabo cuando el primero realiza el ejercicio de la Acción Penal, mediante la consignación del caso a su jurisdicción, y si bien se establece que a partir de ese momento el persecutor penal ya no opera autónoma e independiente, su actuación condiciona la actuación de los Tribunales de manera determinante.

---

(75)\* Artículo 102 A Párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos . . . Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los Tribunales, de todos los delitos del orden Federal; le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos.

Los Jueces sólo conocen de los hechos que le informa el Ministerio Público y a pesar de que éste ha podido conocer la gran variedad de acontecimientos delictivos, sólo una parte de ellos son sometidos a su agencia operativa, mientras que otros, que no tienen relevancia política o que no causan expectación social son guardados en el archivo definitivo o de "reserva", esperando la operancia de la prescripción de la Acción Penal. (76)\* (artículo 224 fracción II, inciso A de la Ley Organica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal).

Así pues, habiendo filtrado los eventos de las que conocerá el Juzgador, el Ministerio Público hace de su conocimiento sólo determinados hechos típicos cuya clasificación tiene oportunidad de cambiar (77)\* (art. 304 bis A) del Código de Procedimientos Penales) y solo sobre esos hechos el Juez puede resolver el inicio o no de un proceso.

---

(76)\* Ley Organica de la Procuraduría General de Justicia del D.F. Artículo 24 Fracción II, inciso A. . . .

(77)\* Artículo 304 bis A.- El Auto de formal prisión o, el auto de sujeción a proceso se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando los elementos del tipo y la probable responsabilidad correspondientes aún cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.

De tal suerte la actividad del poder judicial está supeditada al interés y la decisión del Ejecutivo a través del Ministerio Público, pero no sólo de los delitos materia del ejercicio de la Acción Penal, sino que inclusive aún y cuando el Juzgador descubriese otro delito, no puede resolver sobre éste sino que debe ser el Ministerio Público el que debe presentar su acusación por separado (78)\* (artículo 19 parte 2a. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

En otro sentido, ya habíamos destacado que el principio de inmediatez procesal sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dispone que el Juez debe dar mayor preponderancia a lo actuado por el persecutor penal, por lo cual en ese sentido también se condiciona la actuación del Poder Judicial y se destaca la labor y relevancia del Ministerio Público.

---

(78)\* Artículo 19 " . . .

(78)\* Artículo. 19 . . . parte segunda de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en los cárceles; son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Por último, para dictar las sentencias el juzgador también tiene que atenerse a las pretensiones del acusador, ya que el Juez no puede imponer una pena que no haya sido pedida por el Ministerio Público y tiene que imponer las penas teniendo como máximo sancionador, la pretensión punitiva del persecutor.

Tomando en cuenta esas circunstancias fácticas de la restringida actuación de los Tribunales Penales se advierte que claramente la imposición y supremacía del poder Ejecutivo en el proceso penal y sobre la propia actuación del Juez, por lo que en este estadio del sistema primitivo se evidencia más que nunca la existencia de un Estado de poder y no de un Estado de derecho.

### 3.2 LA CONSTRUCCION DE LA REALIDAD JUDICIAL.

En el sistema penal la intervención de los Jueces presenta un aspecto que resulta de suma importancia para el funcionamiento del mismo; la construcción de una realidad legal judicialmente declarada. Si bien es cierto que no sólo en ese estadio se da esa construcción de la realidad criminal, es precisamente en ese nivel operativo del sistema, que encontramos confluyendo la intervención e injerencia de diferentes agentes del sistema en cuestión.

El Juzgador conoce de los asuntos sometidos a la jurisdicción cuando éstos han pasado por un sinnúmero de filtros interpretadores del hecho de que se trata y además tiene condiciones para receptar y construir una verdad legal que en la mayoría de los casos al plasmarse en una resolución definitiva (sentencia) resulta fría y completamente ajena a lo que en realidad ocurrió.

Por otro lado encontramos que existe una ley, que en el caso describe un hecho o conducta (aunque no siempre ocurre así), que resulta penalmente relevante y por tanto debe ser



sancionado. Esta ley no es captada por el órgano decisorio de manera directa, ya que ésta viene envuelta en una serie de interpretaciones jurisdiccionales en unos casos, reglamentarias, e inclusive por la propia interpretación institucional que el Ejecutivo hace de ella de acuerdo a la conveniencia de sus intereses. De esta forma el Juez se encuentra determinado a concebir la forma jurídica, no cómo ésta fue creada y plasmada originalmente sino que es influenciada para que la aplique en una forma a veces totalmente torcida.

Por otro lado, el Juez tiene conocimiento del hecho ocurrido, a través del Ministerio Público principalmente, que es el titular del ejercicio de la acción penal y quien le presenta el evento interpretado y construido a través de las declaraciones de los sujetos del delito, ofendidos y encausados, quienes tienen su propia versión de lo ocurrido y generalmente plantean hechos totalmente opuestos. Del mismo modo el Ministerio Público, echa mano de las declaraciones de los testigos, quienes aún cuando no tienen interés en el asunto y haber presenciado el hecho, invariablemente emiten su dicho

de acuerdo a lo que cada uno de ellos puede advertir, y la forma en que éstos lo hicieron, encontrándose inclusive casos en los que los testigos que vieron o escucharon el hecho den versiones totalmente antagónicas.

Otro aspecto que altera la presentación de los hechos al Juzgador es la intervención de los especialistas en determinadas áreas, quienes emiten dictámenes en función de sus observaciones técnicas, pero que a menudo también distorsionan el hecho por consigna o intereses económicos. También influye en la presentación del hecho la intervención de los abogados quienes en áreas de la defensa del inculpado procuran deformar lo ocurrido de manera que su cliente resulte beneficiado.

Así las cosas después del filtro que hace sobre la ley por un lado, y sobre el hecho que verdaderamente ocurrió por el otro el Juez tiene frente así "caso" el cual durante el proceso que se le instruya será reforzado aún más en la interpretación del hecho que ya se dio por parte del Ministerio Público de todos los elementos de que se valió, y ahora también mas abiertamente por parte de los abogados a través de las pruebas que se presenten para tal efecto, las cuales sin duda van

dirigidas al caso planteado el cual en la mayor parte de los casos se encuentran muy alejados del hecho que en sí ocurrió.

Por otro lado, con la prisión preventiva y los efectos de la prisionalización, tiene ahora a otro "hombre" a otra persona que se ha ido fabricando por las técnicas y peritos en peligrosidad y finalmente el Juzgador tiene la responsabilidad de emitir una resolución sobre el caso planteado y el sujeto fabricado, esta dependerá eminentemente de la forma en que haya sido propuesto dicho caso y la influencia interpretativa de la ley, la jurisprudencia y reglamentos derivados de aquella que tengan en particular; de tal suerte que la resolución judicial construye una realidad legal, inculminatoria, que en nada o en muy poco corresponde al hecho que realmente ocurrió y a la ley que se aplica a ese caso; y en consecuencia la construcción de los delincuentes, y de la delincuencia, medularmente de la interpretación judicial y de lo que haya logrado hacer de él (del sujeto), los consejos técnicos del reclusorio preventivo en que se haya encontrado internado.

Así pues, el Juez generalmente decide sobre un hecho distinto al que en realidad ocurrió, y condena a una persona totalmente diferente a la que intervino en el hecho en cuestión, por lo que la realidad judicial, es una "realidad" que no existe, sino que esta es construida por el propio sistema.

### 3.3 JUEZ FRENTE A JUEZ.

Una de las mayores desgracias del sistema judicial es el hecho de que los Juzgadores (Jueces y Magistrados) se cierran a toda influencia innovadora y crítica de su función, la gran mayoría de los servidores públicos que se encargan de la judicatura, o bien son políticos de carrera, o bien son profesionistas casados con una ideología jurídica tradicional que les impide receptar nuevas ideas y aplicar criterios innovadores en esa agencia del sistema.

Si bien es cierto que la carga de poder con que cuenta el poder judicial es mínima, la actitud asumida por los titulares y servidores de éste, caracterizada por la sumisión y el conformismo impide incluso que hoy día haya una reforma en su manera de operar, en esas condiciones además de su actitud sumisa y acrítica, y de la falta de poder criminalizante y político, en el poder judicial los funcionarios de más alto nivel establecen las reglas del cargo: "el Juez debe resolver así..."; "el Juez debe ser así"...; etc.; de tal suerte que cualquier servidor que se desenvuelva de manera contraria al

estereotipo judicial no cuenta con un futuro muy prometedor dentro de ese sistema.

En efecto, los jueces de menor grado para gozar de la complacencia de los Magistrados, e incluso para conservar su puesto, sobre todo cuando son novatos, deben adoptar y reproducir las prácticas y los criterios que ellos tienen y que a su vez les fueron heredados por sus antecesores.

De tal suerte que el Juez debe limitarse a la repetición de fórmulas y prácticas procesales, debiendo cerrar sus cerebros a toda actuación crítica, que desde luego resultaría contraria a la vieja y viciosa práctica jurisdiccional, que coloca al poder judicial en un plano mucho muy inferior al que le correspondería en un Estado de Derecho y que le hace ser un apéndice del Poder Ejecutivo.

Además de todo ello, a raíz de las reformas penales que a nivel procesal y sustantivo entrarán en vigor en febrero de 1994 (para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal) en las distintas agencias del

sistema penal ha surgido un desconcierto total. En efecto, ello se debe a que entre otros tópicos, lo que medularmente disponen las reformas, es una mayor exigencia técnica y sistemática para la comprobación de un hecho delictivo \*(artículo 122 del del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y \*168 del Código Federal de Procedimientos Penales), para el poder judicial (tanto como para el Ministerio Público), acostumbrados a repetir viejas fórmulas de "comprobación de ilícitos" por medio de presunciones y por medio de sólo algunos aspectos del tipo (generalmente objetivos)\*, las reformas han venido a poner en evidencia la deficiente capacitación técnico-jurídica de dichos servidores.

(79).

---

*\*(79) Art. 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal.*

*Art. 122 ... -El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpaado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en Autos. Dichos elementos son los siguientes:*

*I.-La existencia de la correspondencia acción u omisión de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;*

*II.- la forma de intervención de los sujetos activos, y*

*III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.*

*Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:*

*a).- Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b).- el resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c).- el objeto material; d).- los medios utilizados; e).- las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f).- los elementos normativos; g).- los elementos subjetivos específicos, y h).- las demás circunstancias que la ley prevea.*

El desconocimiento de la técnica y dogmática jurídica propicia que los Jueces y Magistrados (en su gran mayoría busquen la manera de nulificar la aplicación de la sistemática jurídica en perjuicio de las garantías de seguridad y certeza) produciendo ahora resoluciones con un barniz técnico que las hace incongruentes, y que van marcando un nuevo sendero que la mayoría de los jueces van siguiendo, los jueces ahora esperan las nuevas resoluciones de los superiores para adoptarlas y continuar con la forma operativa tradicional (80).

---

*Para resolver sobre la Probable Responsabilidad del Inculcado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de ilicitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.*

*los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.*

\* (80) Art. 168 del Código Federal de Procedimientos Penales

*Art. 168 El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:*

*I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;*

*II.- La forma de intervención de los sujetos activos y;*

*III.- La realización dolosa o culposa de la acción o comisión.*



#### 4 EL PRINCIPIO DE LA PELIGROSIDAD EN LA JUSTICIA PENAL.

Uno de los aspectos que más se han criticado del sistema penal, lo es el principio de la peligrosidad que ha sustentado su funcionamiento clásico.

En la Constitución Política del país se establece la responsabilidad del acto y no de autor,

---

Asimismo, se acreditarán, a).- si el tipo lo requiere: las calidades del sujeto activo y del pasivo; b).- el resultado y su atribución a la acción u omisión; c).- el objeto material; d).- los medios utilizados; e).- las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión; f).- los elementos normativos; g).- los elementos objetivos especificados; y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculcado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

\* (80) como ejemplo se encuentra la anterior redacción del artículo 115 del Código de Procedimientos Penales del D.F.

Art. 115 En todos los casos de robo, el cuerpo del delito se justificará por alguno de los medios siguientes:

- I.- Por la comprobación de los elementos materiales del delito;
- II.- Por la prueba de que el acusado ha tenido en su poder alguna cosa que, por circunstancias personales, no hubiere podido adquirir legítimamente, si no justifica su procedencia;
- III.- por la prueba de la preexistencia, propiedad y falta posterior de la cosa materia del delito;
- IV.- Por la prueba de que la persona ofendida se halla en situación de poseer la cosa materia del delito, que disfruta de buena opinión y que hizo alguna gestión judicial o, extrajudicial para recobrar la cosa robada. . . . .

sin embargo, ese mismo cuerpo de leyes fundamentales en el (párrafo segundo del artículo 18) (81)\*, dispone que la prisión con pena tiene la función de lograr la readaptación social del delincuente, lo cual resulta contradictorio con el principio de la responsabilidad por el acto cometido que se atribuye la Constitución.

A pesar de que con las reformas que entraron en vigor en el mes de febrero de 1994 en el Código Penal se han tratado de eliminar conceptos positivistas, tales como la peligrosidad (como fundamento y medida de la pena), y la reincidencia (como fundamento para aumentar las penas en atención a los delitos pasados por los cuales ya se había sancionado); el sistema punitivo, y particularmente las cárceles, siguen operando basadas en la idea de

---

(81) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

(81) ART. 18 . . .

Párrafo Segundo.- Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el oficio y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. .

el principio de peligrosidad, ya que los jueces aún siguen aplicando los mismos criterios para individualizar las penas, y únicamente han cambiado el vocablo "peligrosidad" por "culpabilidad" sin que en esencia las consideraciones de su contenido varían.

Por su lado la prisión, y ahora con un discurso incongruente y con el nuevo discurso jurídico plasmado en la legislación sustantiva, continúa intocada en su organización y fundamentos, es decir habiéndose declarado en la legislación penal que el fundamento y medida de las penas lo es la culpabilidad del autor por el hecho cometido, (82)\* se desvirtúan los fines rehabilitadores de la cárcel por el estado peligroso del sujeto.-

---

(82)\* Artículo 52 del Código Penal.- El Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, en base a la gravedad del ilícito y grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

- I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro al que hubiere sido expuesto;
- II.- La naturaleza de acción u omisión y de los medios empleados para utilizarla;
- III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;
- IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido. . . . .

Otro dato revelador de la presunción de peligrosidad del sistema lo es la utilización y abuso de la prisión preventiva, ya que se extrae de su núcleo familiar social (e incluso de su propia personalidad) a personas que por un lado, son de clase desposeída, y que por otro lado aún no se acredita que sean responsables del lucro que se les atribuye, sufriendo la acción represiva del Estado aún y cuando al dictarse la sentencia se concluya que no existió el ilícito o la Responsabilidad Penal de esa persona que estuvo mese o años privada de su libertad.

Otra figura de nuestro sistema penal que evidencia la presunción de peligrosidad en que se basa el manejo del sistema penal lo es el "estudio de personalidad", que se utiliza como medio para agravar la incriminación penal y que además de resultar un elemento totalmente subjetivo es inconstitucional, ya que la Constitución Política del país ordena en su artículo 19 párrafo segundo que " todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión ...", por lo tanto los procesos penales

deben seguirse en atención exclusiva del delito de que se trate, no así en torno a la personalidad de los encausados; aunque la práctica en estudio sea consecuencia lógica de los fundamentos de las sanciones (peligrosistas) y los fines de la prisión (rehabilitación).

El estudio de personalidad tiene sus bases en la criminología clínica, en la cual los exámenes deben estar dirigidos para el conocimiento de la personalidad del inculcado al momento de haber cometido el delito, es decir la importancia de esos estudios es el conocimiento del autor de su personalidad; incluso este tipo de ideas llegó al extremo en nuestro medio de sancionar como delito, el no tener una fuente de ingresos económicos, es decir de no poseer trabajo (artículo 256 del Código Penal) que afortunadamente ante las insistencias críticas sobre la aberrante de su existencia en el catálogo punitivo fue derogada como figura ilícita.

Además de todo lo anterior, la lógica del manejo del poder en ese sentido se veía reforzada a nivel judicial cuando inconstitucionalmente se ordena en el Código Penal, que los Jueces para la aplicación de las sanciones penales deben

tomar en cuenta las circunstancias personales del encausado y deben requerir dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto <sup>o</sup>(83)\* Artículo 52 párrafo final del Código Penal texto anteriorá.

Todo ello resulta del principio de presunción de peligrosidad en el que se basa la operación del sistema penal y que particularmente se advierte en el funcionamiento del poder judicial, donde toda persona que cae en su ámbito de competencia, de entrada se presume es delincuente peligroso y como tal es tratado.

---

(83) Artículo 52 del Código Penal ( texto anterior ).....

ART. 52.- En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: . . . . .

(párrafo segundo). . . . La edad la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta procedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas. . . . .

## 5. EL MANEJO DE LA PRISION.

Ya hemos destacado algunos de los rasgos más representativos del funcionamiento real del sistema penal, hacia el cual el discurso jurídico pretende hacer aparecer de una manera que en realidad no tiene. Las agencias penales encargadas de la persecución de los delitos realizan su labor de manera autónoma y libre de todo control de los tribunales; los juzgadores se encuentran supeditados a los intereses punitivos del Ministerio Público; los Jueces resuelven sobre casos y sujetos totalmente distintos a los originarios, en un proceso de construcción de la "realidad judicial" (y de la propia delincuencia).

Así también la prisión (cúspide del sistema penal) presenta un discurso que justifica su existencia, basado en el principio de la resocialización y de la reforma de los presos, basada en los tratamientos terapéuticos, la educación y el trabajo, (84)\* (párrafo segundo, artículo 18 Constitucional).

---

Constitución Política Mexicana

Artículo 18 Constitucional) . . . . .

Párrafo Segundo.- Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres comparecerán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto....

Sin embargo, aún y cuando nadie o casi nadie defiende ese discurso, pocos conciben en realidad el poder total que el Estado tiene sobre los individuos a través de esa institución, donde no sólo son privados de su libertad algunos sujetos desviados de las pautas sociales, sino que son despojados de su familia, amigos e incluso de su propia personalidad, transformándolos de individuos a objetos o a animales insensibles.

Es oportuno aclarar que al referirnos a la prisión lo hacemos aludiendo al concepto genérico de esa institución encargada de separar del resto de la sociedad a ciertos individuos; sin que tenga utilidad distinguir en este momento entre prisión preventiva o prisión como pena propiamente dicha, ya que los efectos sobre el individuo son los mismos, ya que ambas son instituciones totales en las que los sujetos viven en la misma situación de encierro.

En efecto; la prisión sea de carácter provisional o permanente (como pena determinada) conlleva los mismos efectos



de prisionalización hacia el individuo; y se trate de un Reclusorio Preventivo o de una Institución Penitenciaria, el tratamiento es idéntico aunque en el segundo tipo de instituciones sus efectos son más agudos, por la duración del internamiento.

Al respecto, Erving Goffman en su ensayo sobre la situación de los sujetos que se encuentran en instituciones totales como la cárcel, hace un relato vivencial del mundo del interno, a quién de entrada se le presenta un cambio cultural de su mundo y estilo de vida, y en su relato podemos advertir que nos presenta la experiencia de toda persona que en un momento dado ha vivido en carne propia una reclusión penal o ha tenido estrecho contacto con la vida penitenciaria. (85).

Así pues, como procedimiento común a toda prisión cuando una persona ingresa lo primero que le ocurre es que le

---

(85) Goffman, Erving, "Internados", Edic. Amorrortu, Buenos Aires 1970.

son despojadas todas las pertenencias que lo identifiquen de acuerdo al rol social que tenia, procurando aislarlo de su pasado para incorporarlo al mundo de la prisión. Se le instrumenta un procedimiento de admisión que va desde bañarlo, cortarle el pelo (hasta casi dejarlo a rapa), vestirlo con uniforme y asignarle un número de identificación y dormitorio.

Al incorporarse a la vida de prisión, el interno debe instruirse en las reglas de ésta, y poco a poco va sufriendo una desfiguración de su persona y de su dignidad, reflejándose en la apariencia que presentan y el trato que tienen para con las autoridades, a quienes regularmente al dirigirse a ellos deben anteponer la palabra: "señor".

En esa despersonalización del preso y ese proceso de adaptación al sistema carcelario, se da también una forma de contaminación interpersonal entre todos ellos, llegando incluso a las vejaciones de naturaleza sexual, siendo común que en

nuestro medio, los homosexuales y los violadores sufran ataques de la misma naturaleza al llegar a la prisión.

En ese proceso de despersonalización, en la cultura carcelaria todos los internos, o por lo menos en su mayoría, tiene apodos, que poco a poco constituyen un elemento más para despersonalizarlos y adaptarlos a su nuevo ser, en su nuevo mundo.

En la prisión, los internos al instruirse sobre el manejo formal e informal de esa institución, se tienen que ajustar a las normas establecidas, aunque se afecte con ello la poca dignidad con que son tratados. Así, los privilegios y castigos son manejados en atención a la subordinación y servilismo con que se comportan frente a las autoridades y a los líderes.

Aún después de esa forma de estigmatización y desculturización, así como inversamente de culturización carcelaria, son frecuentes las declaraciones estatales entorno

a la que, las instituciones totales se ocupan noblemente de rehabilitar al interno, de tal modo que al salir de ellas puedan decidir la continuación de las conductas y normas sociales; pero en realidad ese pretendido cambio en los internos rara vez se cumple; y si en la mayoría de los casos produce una alteración permanente, pero los cambios no son casi nunca los que la institución se había propuesto conseguir, quien ha permanecido en prisión por un determinado lapso, seguramente saldrá con vicios y habilidades delincuenciales que no tenía antes de ingresar a ella.

En ese sentido compartimos la apreciación de Goffman sobre el hecho de que muchas instituciones totales (especialmente la prisión), aunque tengan un discurso humanista, parecen funcionar la mayor parte del tiempo sin otro propósito que el de servir como depósito de internos, aunque generalmente se presentan ante el público con una fachada totalmente distinta.

Los presos son objetos humanos en las instituciones totales como la prisión, y el principal propósito de esa institución es el de lograr su control, sin tomar en cuenta el bienestar de éstos. Las instituciones penitenciarias procuran justificar su existencia con la contratación de profesionistas a quienes incluyen en la plantilla del personal para racionalizar y hacer verosímiles los fines ideales de la prisión, mismos que son colocados en una situación totalmente contradictoria, ya que al interno por medio de la estigmatización y desculturización se conduce a la obediencia extrema, mientras ellos deben dar la idea de realizar una tarea humanitaria afín con los propósitos de la institución.

Estas son sólo algunas de las características de la operatividad y efectos reales de la prisión sobre los individuos, sin embargo los efectos desgastantes de la personalización que sufren los internos, de la estigmatización social que son objeto y otras características igualmente

perjudiciales, son ignoradas por toda la sociedad y pese a que todo mundo tiene una idea de la vida en prisión y los efectos negativos que ejerce sobre los individuos, aún se siguen sosteniendo rimbombantemente los fines de esa institución, empero, al advertir que esas características de la prisión y el trato que se da a todos los presos es común a nivel mundial, podemos asegurar que la cárcel, como el resto de las agencias del sistema penal, tienen razones funcionales para actuar como lo hacen y también para emitir un discurso explicativo y justificatorio totalmente falso.

## 6.- CONFRONTACION DEL SISTEMA PENAL.

A pesar del desarrollo teórico de posturas críticas del sistema penal, éste continúa inmutable, viviendo como si éstas no existieran, como si las críticas que evidencian su verdadera finalidad solo fueran parte de la enciclopedia jurídico-criminológica y de la riqueza doctrinaria humana que nada tienen que ver con la aplicación pragmática de decisiones y directivas políticas en materia penal.

Esa ha sido una de las características clásicas del sistema punitivo, su total desvinculación entre el discurso y la realidad; entre la teoría y la práctica, y por ende no debe de extrañar a nadie que las teorías críticas se conciban como perversiones ideológicas de izquierda, ataques a la feliz sociedad en que vivimos por parte de inconformes y frustrados; o productos de pensadores delirantes cuya mente divaga en el campo de la filosofía y el deber ser perfeccionista, en el idealismo.

Se debe aceptar que las críticas al sistema penal, son críticas a la sociedad en sí, al Estado, al poder; por ello no es de esperarse que el Estado evidencie la falacia de su discurso jurídico penal, puesto que significaría que su propia existencia se pondría en entredicho y ello, desde luego no se permitirá fácilmente.

Es por ello que después de reconocer las áreas más identificables del sistema penal y poner en relieve sus características operativas más significativas al retomar los principios teóricos que las sustentan podemos encontrar una total incorrespondencia entre ellos, lo cual evidencia lo que Zaffaroni llamó la perversidad del sistema penal (86).

En México (como en la mayor parte de latinoamérica) resulta fácil advertir la forma, composición y operación del sistema penal. Es innegable que a nivel macropolítico el sistema penal se presenta como un Estado de poder y no de derecho como regularmente se esgrime a nivel discursivo.

---

(86) Zaffaroni Eugenio R.. *Op. Cit.* pág. 3 y S.S.



En efecto, se enarbola con orgullo, teórica y dicursivamente el hecho de que se vive en un Estado de Derecho, empero al advertir que el poder político se encuentra concentrado en uno sólo de los poderes (Ejecutivo), se anula el principio de la división de poderes y luego entonces, el pretendido equilibrio entre las agencias penales también se elimina, ya que el poder real se ve concentrado en las agencias operativas que dependen directa o indirectamente del Ejecutivo, donde se encuentra la mayor carga del poder del Estado.

Así pues, por principio de cuentas se debe aceptar que en un Estado, que se dice ser de Derecho, en el cual se encuentra formalmente declarada una división de los poderes que lo componen; y que concentra su capacidad de gobierno en uno solo de ellos, anula los principios democráticos de la división de poderes y por tanto su funcionamiento se debe concebir como el de un Estado de Poder y no de Derecho, no sólo por la mera concentración del poder político, si no por que al resultar desequilibrada la administración del poder, la declarativa del

equilibrio en ellos es falsa y por ende todo el engranaje y funcionamiento gubernamental refleja ese desequilibrio.

Por otro lado, ya enfocados en concreto en la actuación del actor principal del escenario penal, es decir del Ministerio Público, a nivel discursivo se le concibe como el Representante de la Sociedad y se le encuadra sólo como persecutor del delito. Su operación legalmente se supedita a los Tribunales; sin embargo en la realidad el Ministerio Público es un monstruo de poder en la etapa de la Averiguación Previa, sin ningún tipo de control, mas aún arropado por la legislación y la Jurisprudencia; en la etapa procesal deja maniatado al Juez para sancionar en términos reales y sólo se le permite a éste atender la magnitud de la pretensión punitiva del "persecutor del delito"; por lo que aún siendo una "parte" en el proceso, su actuación le erige como autoridad frente al Juez ante quien de ninguna forma pierde tal calidad, subyugándolo a veces según los intereses (político-económicos) que involucran los asuntos sometidos a su jurisdicción.

Actuando así, el Ministerio Público por un lado es una autoridad omnipotente (ahora frenada un poco por la Comisión Nacional De Los Derechos Humanos) ante quien los ciudadanos (y que generalmente son de estratos inferiores) se ven enfrentados en situaciones totalmente desfavorables; mientras que por el otro lado siendo nominalmente otra parte procesal su actuación institucional no deja de sentirse, y en casos de cierta relevancia se le presenta al Juez como un verdadero gigante que igual podría pisotear no sólo al encausado, sino al propio Juez que contraviniera sus intereses.

En otro sentido la función de aplicar el derecho se le atribuye a los juzgadores y se señala Constitucionalmente que les compete la imposición de las penas, sin embargo aún y cuando el Juez firma las sentencias, el contenido es sin duda, el reflejo de lo que el Ministerio Público quiso o no quiso demostrar; por ello es que debe de decirse el cómo opera el poder judicial es en gran medida condicionado por el Ejecutivo, sea a través de la instauración de normas jurídicas que el propio Ejecutivo propuso o que los miembros del Congreso con compromiso o filiación política propusieron, o bien por el

interés o desinterés que demuestre en la causa en particular ya a nivel procedimental.

En otro sentido y con relación a la actuación de ambos agentes del sistema (-Ministerio Público -Juez-) se maneja que a lo largo del procedimiento penal se arribará a la consecución de la "JUSTICIA", empero si de por sí el aplicar el derecho no es sinónimo de justicia, al advertir la forma en que se elabora una causa penal se observa que lo que ocurre en el procedimiento penal es que hay una construcción de una realidad que dista de ser la pretendida verdad histórica, por los factores de distorsión que afectan la percepción del hecho en sí y del propio derecho, por lo que si se resuelve sobre algo que no es lo que ocurrió, sin duda eso no puede llamarse Justicia.

Por último, la cúspide del sistema punitivo (por cierto, también manejada por el Ejecutivo), es algo muy distinto de lo que se enarbola.- Nadie puede negar que la idea de la resocialización carcelaria es un mito (analizada objetivamente) y aun así la estructura de los establecimientos carcelarios y los discursos jurídicos e institucionales

continúan con sus mismos contenidos a pesar de que basta ver la forma en que operan éstas, y la orientación de la dirección penitenciaria moderna (construyendo ahora cárceles de máxima seguridad), para darse cuenta de que la cárcel no es lo que se dice ser, la institución de nobles fines rehabilitadores y que tampoco cumple sus propósitos para los cuales se dice fue creada y sobre los cuales se fundamenta toda la actuación del sistema penal.

Es por eso que frente a todo ese discurso oficial del sistema penal se erige innegablemente una realidad que hace más que nunca evidente que el sistema penal no es como se presenta, sino que su forma de presentarse ante la sociedad es una verdadera ficción y que en realidad su verdadero sentido lo encontramos en la función que realmente cumple: "el control social".

## 7.- REFLEXION FINAL.

Frente a la realidad del sistema punitivo analizado en todos sus niveles, hemos de delatar la falsedad de su discurso y de sus postulados. El discurso jurídico se vierte como parte fundamental del ejercicio de poder dando como ciertos sus presupuestos, y siendo falsos, sus efectos reales ponen de manifiesto que se trata de postulados utópicos e irrealizables, por lo menos en una sociedad de conflicto como la nuestra.

En los estudios criminológicos de los últimos años se ha dirigido la atención hacia la forma operativa de los sistemas penales y sin duda se ha evidenciado que los sistemas penales funcionan de manera muy diferente a lo que sus discursos pregonan.

Hemos procurado concentrarnos en los distintos niveles de nuestro sistema de justicia intentando destacar sus principales características funcionales; así también en los capítulos precedentes presentamos los aspectos más significativos del discurso jurídico penal; ante lo cual

después del desarrollo de esta parte de nuestro trabajo, estamos en condiciones de compartir opinión con quienes aseguran que el discurso penal es falso y que este se desarma al más leve roce con la realidad (87).

Existiendo una aceptación general en torno a que el discurso jurídico penal es incoherente a nivel interno, y que a nivel externo carece de veracidad; se debe calificar a este como irracional. En efecto, si el sistema penal operara como se plantea, es decir si existiese un verdadero juego de poderes estatales; si el Órgano Persecutor de los delitos actuara como la ley lo propone, bajo la supervisión de los tribunales; si las causas penales no fuesen una construcción de una realidad criminal, que a veces en nada se parece a lo verdaderamente ocurrido, si la prisión respetara la dignidad de las personas y los derechos humanos fundamentales y cumpliera su función rehabilitadora; en resumen si el discurso fuese correspondiente con la realidad, podríamos aseverar la racionalidad del sistema

---

(87) Saffaroni Eugenio P. *En Busca de las Penas Perdidas*. C.F.R. Op. Cit.

pero al suceder precisamente lo contrario que se pone de manifiesto es que el sistema como el discurso lo presenta, es una verdadera ficción.

Como ficción que es el discurso justificador de la existencia y manejo del sistema penal, éste es percibido así por quienes de alguna manera pueden tener contacto directo con la forma en que éste opera, por lo cual resulta imposible que quien lo observa con objetividad no se percate de sus falacias justificadoras.

En resumen debemos concebir al sistema penal en sus dimensiones reales, es decir, como un juego de poderes, en el que el discurso jurídico tiene una función justificadora y encubridora; que el llamado sistema penal es la suma de ejercicio de poderes donde confluyen todas sus agencias operativas, las cuales funcionan independientemente, dándose un enfrentamiento de fines político-criminales; y que el sistema penal lejos de tener como fin ulterior a la justicia, es un elemento de socialización y control social.

No queremos vivir con la ilusión de lo irrealizable, tampoco amargarnos por la crudeza de la realidad, si bien



procuramos tratar de planear un sistema penal en el que la distancia entre el discurso y la realidad sea menos abismal y que desde luego, se vuelva más franca y menos penosa la coacción penal.

## CONCLUSIONES

Después de haber hecho un repaso por los principales postulados del discurso jurídico tradicional y recorrer el sendero de lo que temerariamente llamamos "el nuevo penalismo", así como de resaltar los aspectos más significativos de la operación del sistema penal mexicano, estamos en condiciones de realizar los siguientes planteamientos a nivel teórico y operativo, que a manera de conclusiones es pertinente hacer sobre el discurso penal y el funcionamiento del sistema penal, conclusiones que desde luego ratifican nuestra idea originaria y central de éste trabajo, la ficción del discurso y la función real del sistema punitivo.

A nivel teórico podemos concluir lo siguiente :

- 1.- El sistema penal no cumple los fines que lo fundamentan, es decir, no alcanzan el ideal de justicia, pues difícilmente se acepta que ésta se logre por la mera imposición de castigos, no

logrando la rehabilitación de los delincuentes y tampoco de cometer nuevos ilícitos.

2.- El poder social punitivo se encuentra encubierto por la ideología penal tradicional, cuya característica es la de ignorar la existencia de los conflictos sociales, disminuyendo la importancia de la represión social institucionalizada.

3.- La ideología penal tradicional tiene una carga ideológica comprometida con el poder social de dominación, y por ende, no resulta funcional para el sistema que el Derecho Penal, como ciencia social cumpla con el método científico correspondiente, que implica la reflexión crítica sobre la validez, alcances y límites de sus teorías, convirtiéndose en mera ideología, la cual se utiliza para justificar al propio sistema penal.

4.- el Derecho Penal expresa una igualdad formal y sobre ello se desarrolla todo el discurso penal ignorando una absoluta

desigualdad sustancial entre los componentes sociales, lo que propicia la violencia del sistema.

A nivel operativo podemos concluir lo siguiente:

PRIMERA.- El Estado mexicano es un Estado de poder donde las atribuciones más importantes se concentran en el poder Ejecutivo quien tiene total predominio sobre los Poderes Legislativo y Judicial.

SEGUNDA.- El procedimiento penal mexicano se inicia con un "juicio" ante el Ministerio Público, quien en la etapa de la Averiguación Previa se convierte en un verdadero "Juez Ejecutivo".

TERCERA.- A nivel Procesal el Ministerio Público continúa teniendo notaria influencia y condiciona la función judicial limitando ésta, según su pretensión punitiva.

CUARTA.- Es la fase ejecutiva penal, la cárcel no cumple ni con mucho los fines rehabilitadores que se enarbolan institucionalmente y con pleno control del ejecutivo la prisión es un contenedor o aislador de los sujetos considerados antisociales.

QUINTA.- El sistema penal en términos generales no opera como el discurso jurídico presupone que lo hace y en cada una de las agencias su función resulta incorrespondiente con su planificación teórica, resultando que por los efectos reales del sistema punitivo se pone en evidencia que éste tiene como función social la reproducción y el mantenimiento del orden social establecido.

## BIBLIOGRAFIA

- Agramante Roberto D. "Sociología". Edit Trillas, 1975
- Alvarez Gómez Ana Josefina. "Entre el temor y la esperanza" (la cárcel ante el tercer milenio) Cárdenas O. Edit México 1991.
- Amijer de Castro L. " La realidad contra los mitos". Univ. de Zulia, Maracaibo 1982.
- Argento Rivera Encinoza. " La dialéctica de la función policial en América Latina" número 9 Universidad Externado de Colombia 1980.
- Baratta Alessandro. "Criminología crítica y crítica del Derecho Penal". México Edit. siglo XXI. 1986.
- Baratta Alessandro. " Viejas y Nuevas Formas de legitimación del Sistema Penal". Tercer Encuentro de Criminología-México. 1982.
- Basañez Miguel "La Lucha por la Hegemonía en México". Edit Siglo XXI México 1981.
- Bergalli Roberto "El Pensamiento Criminológico-Estado y Control Social" Edit Temis. Bogotá 1989.
- Brandenburg Frank " The Making of modern México". Englewood Cliffs Prentice All 1964.
- Carpio Mc Gregor Jorge. "El Presidencialismo en México" Edit Siglo XXI, 1986.
- De la Barra Solorzano Luis. "Abolir la prisión: Un Cántico de Sirenas". (El Sistema Penitenciario- entre el temor y la esperanza) Oriando Cárdenas, Edit México 1991.

- Del Olmo Rosa. "América Latina y su criminología" Edit Siglo XXI México. 1981.
- Ely Chino. "La Sociedad" Edit. Fondo de Cultura Económica". México 1966.
- Ferrajoli L. "El Derecho Penal Mínimo". Revista Poder y Control" E. O, Barcelona 1986.
- Goffman Erving "Internados" Edit. Amorroutu. Buenos Aires. A. 1978.
- Huertas Sandoval E. " El Sistema Penal y la Criminología Crítica", Edit Temis Bogotá Colombia 1989.
- James Burns Mac Gregor. "Gobierno Presidencial". México Edit. Limusa Willey 1967.
- Marcos Patricio E. "El diseño de la Investigación y la usurpación de la Teoría" Estudios Políticos número 9, Vol. II, Julio-Septiembre. Fondo de Cultura Política. 1976.
- Marx Carlos " Manifiesto del Partido Comunistas", Edit. Siglo XXI. 1975.
- Mc Iver Robert "The Web of Government" New York 1947. Trad. F.C.S.
- Moreno Hernández Moisés. "Breves consideraciones en torno a la Reforma Sustantiva de 1984". Publicaciones INACIPB, 1985.
- Novoa Monreal "El Derecho como obstáculo al cambio social". Edit Siglo XXI. México 1982.
- Pavaroni Massimo. "Control y Dominación" Edit siglo XXI México. 1985.
- Rico José María. "Crimen y Justicia en América Latina", Edit siglo XXI México 1981.
- Righi Esteban. "Política Criminal y Normas Penales". manuscrito. 1980. UAM XEPE ACATLAN 1988.

- Roxin Claus "Problemas Básicos del Derecho Penal" Traduc. de Luzón Peña. Madrid 1976. Edit. Reus  
SD.

- Sandoval Huertas Emilio. "Sistema Penitenciario y Criminología Crítica" Edit. Temis Bogotá col.  
1969.

- Sánchez Sandoval A. "México es un Estado de Poder y no de Derecho". publicación de la comisión  
mexicana de defensa y promoción de los derechos humanos. A.C. 1992.

- Sánchez Vazquez Adolfo. "La Ideología de la Neutralidad Ideológica" Textos de Antología sobre  
problemas filosóficos. Morelia Michoacan, 1975.

- Weber Max. "Ensayos de Sociología". New York. 1976. Edit. Fondo de Cultura Económica.

- Weber Paul "Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena" Revista Poder y control  
Social. 1982

- Weisel "Derecho Penal Alemán". Traducción Bustos y Yañez. Iliava. Edición. Chile 1970.

- Zaffaroni Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Cárdenas Edit. 1988.

- Zaffaroni Eugenio Raúl. "En Busca de las Penas Perdidas". Edit Temis. Bogotá. Col. 1990.

- Zipf Heinz. "Kriminalpolitik". Se público esta obra en C.F. Neuller Grossdruckerei und Verlag. 1973.