



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE  
MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
CAMPUS ARAGON**

**LA CONSTRUCCIÓN POSMODERNA  
DEL DERECHO PENAL**

201193

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A:  
EDUARDO LÓPEZ POZOS**

**ASESOR**

**LIC. RAFAEL GUERRA ÁLVAREZ**





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 esta 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.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, ENEP ARAGÓN, por toda la vida académica brindada y las experiencias que ella me dio.

A mis padres, por ofrecerme la oportunidad de estudiar esta profesión, el regalo más valioso de mi vida, gracias.

Al amor de mi vida Wendy, por tu apoyo, y compañía incondicional.

Al Dr. Augusto Sánchez Sandoval, por ser el motor en mi vida profesional, quien me alienta y motiva por rumbos que jamás imaginé conocer. Gracias, porque sin él, este trabajo no sería el mismo.

Al Lic. Rafael Guerra, por todo su apoyo y colaboración en este trabajo, mi sincera admiración para él.

A mi gran amiga Norma López, por su ayuda, paciencia y colaboración. Gracias por creer en mí.

A la Dra. Alicia González, por las oportunidades brindadas, su enseñanza y colaboración.

Al Instituto Nacional de Ciencias Penales, por abrir nuevos horizontes en mi vida.

## INDICE

### LA CONSTRUCCIÓN POSMODERNA DEL DERECHO PENAL

Introducción.....	III
<b>Capítulo I</b> <b>Poder y Control</b>	
1.1 La Autoconciencia y el Reconocimiento.....	1
1.2 La Sociedad Civil.....	4
1.3 Base y Origen de la Sociedad.....	6
1.4 El Poder.....	9
1.4.1 Dominación.....	10
1.4.1.2 Los Medios de Vigilancia Social.....	12
1.4.2 Autoridad.....	14
1.4.3 Dirección.....	16
1.4.4 La Naturaleza Mixta del Poder en una Sociedad Moderna.....	17
1.4.5 El Poder como Naturaleza Humana.....	20
1.5 La Construcción de la Realidad.....	21
1.5.1 El Lenguaje.....	21
1.5.2 La Conciencia de la Realidad.....	22
1.5.3 La Ideología.....	24
1.5.4 La Conciencia Falsa.....	27
1.6 La Legitimación.....	29
1.7 La Institucionalización de la Conciencia de lo Real Impuesta.....	32
1.8 La Comunicación Social.....	33
1.9 La Construcción del Discurso Jurídico.....	36
1.10 La Universal Inclusión como Generadora de Exclusión.....	39
<b>Capítulo II</b> <b>La Conciencia de Realidad Moderna, Liberal y Capitalista</b>	
2.1 El Estado Absoluto.....	41
2.2 El Mercantilismo.....	45
2.3 La Filosofía Liberal y el Estado Moderno de Derecho.....	47
2.3.1 La Ilustración.....	49

2.3.2	Revolución Francesa y Repercusiones Penales.....	51
2.4	Del Liberalismo Económico al Capitalismo.....	58
2.5	Principios del Derecho Penal Clásico Liberal.....	62
2.5.1	Postulados Fundamentales.....	63
2.6	El Inalcanzable Estado de Derecho.....	78

### **Capítulo III**

#### **La Conciencia de Realidad Global y Neoliberal**

3.1	La Apertura de las fronteras económicas.....	80
3.2	La Apertura de la Fronteras Jurídicas y El Derecho Penal Transnacional.....	82
3.3	Posmodernidad Político Jurídica en México y su Programa de Restricción de Garantías.....	84
3.3.1	La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.....	86
3.3.2	Reformas Constituciones de 1993, 1996 y 1999.....	97
3.3.3	La Criminalidad Organizada y la Política Criminal Mexicana.....	129
3.3.3.1	El Crimen Organizado .....	129
3.3.3.2	La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.....	132
3.4	El Garantismo Penal, Una Alternativa.....	146
3.4.1	Principios de Derecho Penal Mínimo.....	148
	Conclusiones.....	159
	Bibliografía.....	163

## INTRODUCCIÓN

El tema la *Construcción Posmoderna del Derecho Penal* tiene como *meta* establecer cómo el cambio económico neoliberal modifica los principios generales del derecho moderno, en relación al derecho punitivo mexicano.

Para ello deseamos remontarnos a los procesos de construcción individual de la autoconsciencia y de la lucha dialéctica por el reconocimiento de las personas, que dan origen a la constitución de las sociedades civiles, a los procesos de producción y a la construcción de la realidad. Igualmente, es necesario incursionar en los cambios de los sistemas productivos y de las normas obligatorias que nacen como su resultado.

Por ello, el *problema a estudiar* consiste en observar la evolución del Derecho interno Penal Mexicano, como resultado de la globalización del sistema económico neoliberal. Para dar respuesta a este planteamiento el objetivo general que se busca en esta investigación consiste en:

Definir el nuevo tipo de Derecho Penal que se está construyendo en México a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de las reformas Constitucionales de 1993, 1996 y 1999 y de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Asimismo, se persiguen los siguientes objetivos de manera específica:

Analizar si hay restricción de garantías en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas ratificada por México y promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Septiembre de 1990.

Analizar si hay restricción de garantías en las modificaciones constitucionales de los artículos 16, 20 y 119 publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993; de los artículos 16, 20 y 22 publicadas en el Diario Oficial el 3 de julio de 1996; y de los artículos 16, 19 y 22 publicadas en el Diario Oficial de 8 de marzo de 1999.

Analizar si hay restricción de garantías en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de Julio de 1996.

La pregunta que ha guiado nuestra investigación ha sido: *¿el nuevo derecho penal mexicano evoluciona hacia un sistema de control social más represivo?*

Para el desarrollo de esta investigación, en el **primer capítulo** titulado **Poder y Control**, se tratará desde la constitución de la autoconsciencia y la formación de la sociedad civil, hasta el fenómeno de la construcción de la realidad, que en las sociedades verticales están atravesadas por el factor poder que crea universos de inclusión y que genera a su vez el mundo de la exclusión.

Al respecto se parte de la afirmación de que todo individuo requiere construir su "autoconsciencia", es decir, convertirse en un ser para sí e igual a sí mismo, a través de la exclusión de cualquier otro. Ese otro adquiere el carácter de negatividad por estar en la potencia de convertirse también en una autoconsciencia contraria. Cuando se encuentran dos autoconsciencias, si no se da entre ellos un reconocimiento mutuo, entonces se entabla una "lucha a muerte" para saber en quién reside la certeza de sí. Cuando en esa lucha, uno de los adversarios es vencido y éste valora más la vida que la libertad, opta por someterse al dominante, convirtiéndose en dominado y reconociendo sólo en aquél la única autoconsciencia.

De esa lucha de autoconsciencias se va a originar la sociedad civil que se constituye para satisfacer las necesidades de los hombres. De tal manera que las sociedades están integradas por hombres con necesidades, los cuales las satisfacen en una relación de reciprocidad entre unos y otros. Por tanto, la sociedad está unida más por necesidad que por libertad. De aquí se infiere la necesidad de constituir un sistema económico de producción en toda comunidad humana y las reglas para su desarrollo, a fin de satisfacer esas necesidades de los hombres.

Ahora bien, para lograr el control de las sociedades civiles, los elementos esenciales del poder político han sido la fuerza y la capacidad de generar consenso. Es decir, el poder en su sentido más amplio y el control en sus dos

connotaciones más evidentes: El control por la violencia y el control por el consentimiento.

Entonces, consideramos que el derecho como instrumento del poder es la forma ideológica más sutil con que se logra la obediencia por propio consentimiento de las personas, debido a que en la modernidad fue considerada la voluntad de todos y por lo tanto con la amenaza de la pena, los individuos aceptan todas sus consecuencias. Pero en las sociedades civiles ese *derecho-ideología* tiene la función de legitimar y perpetuar los procesos de producción y dominación, sin olvidar que la idea de ese derecho resulta de la imposición de unos a otros.

El discurso del derecho como una construcción de la realidad, constituye en la sociedad contemporánea un sistema de "universal inclusión", en el que parece que todo acontecimiento pudiera ser previsto jurídicamente y como ello no es posible, porque no se puede abarcar a todas las actividades humanas, se crea un mundo de "universal exclusión".

La selectividad del derecho implica que todo es posible a través del derecho, pero además significa que aquello que es posible, lo sea sólo a través del derecho. Por lo tanto, esto es el universo ciego y cerrado de la inclusión, que genera a su vez violencia y un mundo de exclusión para aquellos sujetos que no se ajusten al prototipo de las instituciones jurídicas.

Pero en esa construcción del discurso del derecho surge la intervención del *poder*, de modo que, en las sociedades de carácter vertical y jerárquico, la construcción de la realidad obedece a la subjetividad del poder dominante, que se objetiviza a través de controles formales (normas jurídicas, obligatorias y coercitivas) e informales (mandatos ideológicos obligatorios sin coerción jurídica). Con esto se logra imponer una particular visión de la realidad al conglomerado social, convirtiéndose éste en un mero reproductor de esa voluntad subjetiva del dominante. Una vez impuesta, legitimada e institucionalizada esa "construcción particular", se vuelve verdad y totalidad para los sujetos que la adoptan. De esta manera, los disidentes, serán señalados como enfermos, desviados, desadaptados o delincuentes.

En el **capítulo segundo**, titulado **La Construcción de la Realidad Moderna, Liberal, y Capitalista**, se analiza inicialmente el periodo del Estado Absoluto, su transformación al Estado Moderno y la instauración del Estado de Derecho, cuyas características de la modernidad fueron la soberanía, la territorialidad de la ley y el crecimiento económico hacia dentro del Estado.

Con la aparición de la idea del hombre libre en el Estado Moderno, se presenta también la idea de la propiedad privada individual, que utilizó como eje la filosofía liberal. El liberalismo fue por ello la ideología de los poseedores y de los propietarios, representaba la exaltación de una determinada clase social y como tal se universalizó en la medida en que esa clase se desarrolló y se impuso a todas las otras. Surgió como construcción particular de un cierto tipo de hombre destinado a controlar el mundo y la sociedad. Esa construcción se generalizó cuando ese hombre se hizo modelo de todos los demás.

Con este modelo se descubrió y se impuso la disciplina. Para ello sirvieron las casas de trabajo y las casas de corrección, que representaron el antecedente tanto de la fábrica como de la prisión. Con el nacimiento de la pena privativa de la libertad surge la idea de explotar al hombre bajo cuatro paredes sin costo y sin limitación alguna de tiempo. Se convierten en enemigos de la sociedad aquellos que no sean capaces de producir, son considerados una traba para la evolución del sistema capitalista-burgués. De esta manera se construyó la idea del hombre con igualdad y libertad que podía contratar y ser contratado.

Es a partir de la construcción ideológica del hombre libre como se modificó y distribuyó la economía del castigo. Las variables consisten en la desaparición de los suplicios a cambio de la pena de prisión y así lograr la explotación oficial del trabajo del preso.

En este mismo capítulo se retoma la obra titulada *De los Delitos y de las Penas* del autor Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria por su trascendencia en la abolición de los tormentos en la mayor parte de los estados de Europa y la estructuración de principios generales que debía cumplir el derecho moderno.

Al hacer la crítica del sistema punitivo entonces vigente, Beccaria proponía crear los principios generales para un nuevo sistema de justicia penal, basado en la

democracia y la libertad. Esta filosofía se ilustró con la instauración de una serie de principios a los que denominamos "Principios del Derecho Penal Clásico Liberal".

En el *capítulo tercero*, titulado *La Conciencia de Realidad Global y Neoliberal*, se muestran los efectos que tiene el cambio del sistema económico capitalista al sistema económico neoliberal, y se pone énfasis en la pérdida de los principios generales del derecho moderno y el nacimiento de principios posmodernos radicales.

El sistema liberal de producción alentó el sistema jurídico que constituiría el Estado de Derecho. Actualmente el sistema neoliberal de producción lo está transformando. Este nuevo sistema busca el máximo beneficio al menor costo y está dejando fuera del aparato productivo a un considerable número de personas. Como consecuencia, son millones de hombres los que no serán controlados por la fábrica, sino que serán controlados por los aparatos oficiales represivos del Estado. Por eso se afirma que los principios del derecho moderno (Estado de Derecho) están desapareciendo para dar paso a una posmodernidad político-jurídica que restringe las garantías individuales que se habían heredado de la modernidad.

Los instrumentos jurídicos más relevantes en México que marcan las pautas para ese nuevo control social nacional e internacional están constituidos por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas; las modificaciones constitucionales de 1993 a los artículos 16, 20 y 119; las de 1996 a los artículos 16, 20 y 22; la de 1999 a los artículos 16, 19 y 22; y la creación de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

El Neoliberalismo Económico – como consecuencia de la nueva conciencia de realidad del dominante – da origen a un nuevo sistema de Derecho Penal, tanto interno como internacional, que surge como resultado de la globalización del sistema económico neoliberal. La nueva justicia penal se caracteriza por una reducción de las exigencias legales para que la autoridad encargada del poder punitivo del Estado pueda privar de la libertad a las personas y éstas cuenten

con menor número de garantías penales de aquellas que había inventado la modernidad.

Como alternativa teórica a ese radicalismo jurídico emerge el pensamiento del Derecho Penal Mínimo, que establece los principios que deberán ser exigidos por los subordinados al poder punitivo del Estado. De ellos nos ocupamos para concluir nuestro estudio, con la esperanza de que el poderoso si bien restringe los derechos no los pueda aniquilar.

## CAPÍTULO I PODER Y CONTROL

SUMARIO. 1.1 La Autoconciencia y el Reconocimiento. 1.2 La Sociedad Civil. 1.3 Base y Origen de la Sociedad. 1.4 El Poder. 1.4.1 Dominación. 1.4.1.2 Los Medios de Vigilancia Social. 1.4.2 Autoridad. 1.4.3 Dirección. 1.4.4 La Naturaleza Mixta del Poder en una Sociedad Moderna. 1.4.5 El Poder como Naturaleza Humana. 1.5 La Construcción de la Realidad. 1.5.1 El Lenguaje. 1.5.2 La Conciencia de la Realidad. 1.5.3 La Ideología. 1.5.4 La Conciencia Falsa. 1.6 La Legitimación. 1.7 La Institucionalización de la Conciencia de lo Real Impuesta. 1.8 La Comunicación Social. 1.9 La Construcción del Discurso Jurídico. 1.10 La Universal Inclusión como Generadora de Exclusión.

*Existen dos grandes realidades: aquella que es en sí y que está ahí, y aquella que constituyen los hombres con el lenguaje y la cultura.*

### 1.1 La Autoconciencia y el Reconocimiento

Todos los hombres requieren construir su autoconciencia, es decir, crear criterios de verdad de ser sí mismos, por sí mismos y para sí mismos, en su relación determinada del yo, consigo mismo, con otros y con el mundo que los rodea<sup>1</sup>.

Al agruparse e interactuar, unas autoconciencias consiguen imponerse a las otras, o logran en pocas oportunidades el reconocimiento por parte de los otros. De esta manera, alcanzan una conciencia homogénea en ese grupo social. Unos y otros, los que dominan o en el caso, los que se reconocen, inventan ideas, reglas y castigos para los disidentes y crean una "conciencia de lo real"<sup>2</sup>.

Para la autoconciencia lo válido es su existencia única, que excluye cualquier otra. Y lo que representa para ella otra autoconciencia ajena, es un objeto no esencial, que tiene el carácter de no válido y es una potencia negativa respecto de la primera.

---

<sup>1</sup>Cfr. Hegel, G.W.F., *Fenomenología del Espíritu*. Fondo de Cultura Económica. México. 1987, p. 107-114.

<sup>2</sup>"La Conciencia de lo real" es la relación determinada del yo, con un objeto, que comienza con el conocimiento aparente de los entes que constituyen el universo y que da al individuo, la visión de una realidad, con criterio de verdad. González Vidaurri Alicia, Klaus-Dieter Gorenc, Augusto Sánchez Sandoval, *Control social en México, D.F., Criminalización Primaria, Secundaria y Derechos Humanos*, México, UNAM, ENEP Acatlán, 1998, p. 23.

*La autoconciencia es primeramente simple ser para sí, igual a sí misma, por la exclusión de sí de todo otro; su esencia y su objeto absoluto es para ella el yo; y, en esta inmediatez o en este ser su ser para sí, es singular. Lo que para ella es otro es como objeto no esencial, marcado con el carácter de lo negativo. Pero lo otro también es una autoconciencia; un individuo que surge frente a otro individuo. Y, surgiendo así, de un modo inmediato, son el uno para el otro a la manera de objetos comunes; figuras independientes, conciencias hundidas en el ser de la vida, conciencias que aún no han realizado la una para la otra, el movimiento de la abstracción absoluta consistente en aniquilar todo ser inmediato, para ser solamente el ser puramente negativo de la conciencia igual a sí misma; o, en otros términos, no se presenta la una con respecto a la otra todavía como puro ser para sí, es decir, como autoconciencias. Cada una de ellas está bien cierta de sí misma, pero no de la otra, por lo que su propia certeza de sí no tiene todavía ninguna verdad, pues su verdad sólo estaría en que su propio ser para sí se presentase ante ella como objeto independiente o, lo que es lo mismo, en que el objeto se presentase como esta pura certeza de sí mismo. Pero, según el concepto de reconocimiento, esto sólo es posible si el otro objeto realiza para él esta pura abstracción del ser para sí, como él para el otro, cada uno en sí mismo, con su propio hacer y, a su vez, con el hacer del otro<sup>3</sup>.*

Cuando se encuentran dos autoconciencias, si no se da entre ellas un reconocimiento mutuo, entonces se entabla una "lucha a muerte" para saber en quién reside la verdad. Cuando en esa lucha, uno de los adversarios es vencido y éste valora más la vida que la libertad, opta por someterse al dominante, convirtiéndose en dominado y reconociendo sólo en aquél la autoconciencia. Pero en la dialéctica hegeliana el dominado no está condenado eternamente a esa suerte, porque está en posibilidad de volver a construir su autoconciencia y volverse a medir con su adversario por el reconocimiento y el respeto de su individualidad.

*... el comportamiento de dos autoconciencias se halla determinado de tal modo que se comprueban por sí mismas y la una a la otra mediante la lucha a vida o*

---

<sup>3</sup>Hegel, G.W.F. *Op. cit.*, p. 115.

*muerte. Y deben entablar esta lucha, pues deben elevar la certeza de sí misma de ser para sí, a la verdad en la otra y en ella misma. Solamente arriesgando la vida se mantiene la libertad...el individuo que no ha arriesgado la vida puede sin duda ser reconocido como persona, pero no ha alcanzado la verdad de este reconocimiento como autoconciencia independiente. Y, del mismo modo, cada cual tiene que tender a la muerte del otro, cuando expone su vida, pues el otro no vale para él más de lo que vale él mismo...*<sup>4</sup>

La oposición de autoconciencias, trae consigo la lucha por el reconocimiento, para saber en cual de las dos reside la certeza de sí mismo, en la una o en la otra. Sólo extinguiendo a una e imponiéndose la otra podrá lograrse la dominación de una sola autoconciencia, que es la del vencedor. De otra forma si no pueden vencerse, se reconocerán recíprocamente. La mayor ejemplificación la vimos durante el período de la conquista:

*Los indígenas lucharon, se desangraron y murieron por cientos de miles, para conservar su autoconciencia, pero el traumatismo de la derrota y la imposición de una cultura extranjera trajeron como consecuencia su esclavitud y su utilización simplemente como mano de obra. La marginalidad obligada y la pérdida de todos aquellos bienes de los cuales derivaba su patrimonio vital, que eran su cultura y su identidad originarias, debilitaron al indígena y no tuvo más recurso que someterse y obedecer al invasor para no morir. Comenzó así, en este continente el proceso dialéctico de la dominación y la servidumbre entre la cultura judeo-cristiana y occidental como dominante y la cultura indoamericana, como sometida a la servidumbre, debido a que ambas culturas eran autoconciencias que se contraponían*<sup>5</sup>.

El reconocimiento de autoconciencias es el requisito indispensable para alcanzar la verdad de sí como totalidad, porque cada autoconciencia está bien cierta de sí misma, pero no de la otra, por lo que sólo la certeza de sí será la que tenga el carácter de verdad, rechazando la autoconciencia de cualquier otro individuo.

---

<sup>4</sup>*Ibidem*. p. 116.

<sup>5</sup>González Vidaurri. Alicia. *Op. cit.*. p. 45.

Pero este reconocimiento de la autoconciencia dominante, la mayoría de las veces, no se da en función de la aceptación incondicional y el convencimiento de conciencias de realidad ajenas. Es decir, no están convencidos de los criterios de verdad que se les impone, ya que cada ser cuenta con su conciencia de realidad propia y no la cambia sin ser reconocido.

Con el reconocimiento de otra autoconciencia, el vencedor impone sus reglas y principios que deben conducir la relación con sus siervos. Así la dominación ha aparecido a lo largo de la historia y su influencia es elemental en la adopción de los principios y criterios generales que rigen a una sociedad.

*El primer eslabón de la cadena de dominación que se prolonga hasta nuestros días, se cerró cuando los indígenas de América, que sobrevivieron, valoraron a la vida como su autoconciencia, porque esto trajo como consecuencia que se constituyeran en conciencias dependientes, cuya esencia fue la vida o el ser para otro. En cambio, los dominadores conservaron su conciencia independiente y tuvieron por esencia su ser para sí. En consecuencia, los señores tuvieron el poder para matarlos, pero les perdonaron la vida a cambio de la servidumbre<sup>6</sup>.*

## 1.2 La Sociedad Civil<sup>7</sup>.

El surgimiento de autoconciencias y el encuentro con otras, va a permitir la convivencia y la evolución del hombre en sociedad, la creación de instituciones, la objetivación de subjetividades, la formación de la familia, la sociedad civil y finalmente la construcción del Estado.

La formación y proliferación de familias y el sistema de necesidades<sup>8</sup> van a originar el nacimiento de la sociedad civil. Nace pues como un fenómeno de poder, según el resultado de la lucha de las autoconciencias que puede dar origen

---

<sup>6</sup>*Ibidem*, p. 47.

<sup>7</sup>La sociedad civil afirma Hegel, está constituida por la persona particular que se junta con otra persona particular, mediadas por la necesidad que es universal a los dos y que se espera cumplir con el trabajo recíproco de los dos. *Ibidem*, p. 66.

<sup>8</sup>La mediación de la necesidad y la satisfacción del individuo con su trabajo y mediante el trabajo la satisfacción de las necesidades de todos los demás, constituye el sistema de necesidades. Cfr. Hernández Vega, Raúl. *La Idea de Sociedad Civil en Hegel*, México. UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas, 1995. pp. 149-151.

a un sistema económico de colaboración o de dominación. Sus problemas son el control o coordinación de otros, el trabajo y su división en tareas, el intercambio comercial y la lucha por la apropiación de bienes. *En las sociedades de dominación, predomina una actitud profundamente egoísta que cancela al otro y lo ve sólo como medio y no como fin. El sistema jurídico sólo servirá para proteger los bienes y la seguridad de los poderosos de esta sociedad*<sup>9</sup>.

Si nos remontamos a los momentos de las primeras agrupaciones humanas, debemos negar la posibilidad del hombre aislado. Es decir, el hombre no ha sobrevivido solo, se ha agrupado por necesidad, ha cooperado en la recolección para satisfacer sus necesidades, pero no lo ha pensado, tampoco ha planeado organizarse o inventar un lenguaje, pues en los orígenes de las agrupaciones humanas fue imposible pensar y planear algo que aún no descubrían. Las familias se formaron espontáneamente y casi podemos afirmar que el hombre aislado no hubiera sobrevivido.

*Los seres humanos han requerido constituirse en comunidad de individuos, para satisfacer sus necesidades mediante la satisfacción de las necesidades de los otros. En consecuencia la sociedad civil se constituye más por la necesidad que tienen los hombres de sobrevivir, que por la libertad de los mismos, de estar juntos. De tal manera las necesidades mutuas se satisfacen gracias al trabajo recíproco, pero no siempre la reciprocidad es equitativa, porque son pocos los ejemplos de sociedades donde las interrelaciones humanas son horizontales y de respeto al otro. Por lo contrario la mayoría de las sociedades europeas de los últimos 30 siglos se han constituido verticalmente y sus sistemas productivos se han movido entre un sujeto particular o colectivo dominante, la esclavitud y la servidumbre de los dominados*<sup>10</sup>.

La Sociedad Civil abarca un momento en donde a cada hombre no le interesan sino sus deseos particulares y jamás se inclinará por intereses generalizables. El

---

<sup>9</sup>Ibidem.

<sup>10</sup>González Vidaurri, Alicia, Augusto Sánchez Sandoval, *Seguridad Pública y Sistemas Sociales*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, en realización.

proceso económico es el principal fin que busca la sociedad civil, pero no es el proceso económico quien decide las reglas. Primeramente existe en las agrupaciones sociales el factor de poder de una clase dominante y otra dominada o una agrupación horizontal de reconocimiento del otro y es a partir de este esquema donde se condiciona todo proceso productivo vertical u horizontal, para pasar a un segundo plano donde surgen los controles sociales ideológicos o de fuerza.

De esa manera:

*...el poder dominación–sistema productivo que no reconoce al otro, sino que lo domina, o el poder solidaridad–coordinación–sistema productivo en que los sujetos se reconocen en el otro conformando una unidad, en la que todos participan de las tareas y todos se benefician de los bienes obtenidos, sin que exista un latigador que exija a alguien la prestación del servicio obligatorio para él, se erigen como factor fundamental, para lograr el fin que es el sistema de producción. Independientemente del poder que domine y de las formas de control social que se utilicen, las sociedades se convierten en el reino de las relaciones económicas, guiadas por aquel<sup>11</sup>.*

En consecuencia, no es el sistema productivo, la esencia del régimen político de control en la sociedad civil, que se manifiesta a través de lo ideológico y de lo ideológico–jurídico como asegura Marx, sino las correlaciones de fuerza que se den entre los individuos, serán las que lo condicionan.

Por lo tanto, el poder dominante o el poder solidario son el origen y los que determinan al sistema productivo de una sociedad. En consecuencia, las ideologías religiosa, filosófica y jurídica, tienden a su justificación, a su mantenimiento y a su reproducción.

### **1.3 Base y origen de la sociedad**

*Marx y Engels han llamado infraestructura o base a la estructura económica de la sociedad, y superestructura a las instituciones jurídico–políticas, Estado, derecho,*

---

<sup>11</sup>*Ibidem.*

y a las formas de la conciencia social que corresponden a una infraestructura determinada<sup>12</sup>.

Ambos autores aseguran que se debe explicar a las instituciones jurídico-políticas a partir de la estructura económica de una sociedad.

*De la misma manera que en un edificio los cimientos sirven de base para su construcción, la estructura económica es la base de todo el edificio social.*

*Uno de los grandes aportes de Marx y Engels es haber descubierto que para estudiar la sociedad no se debe partir de lo que los hombres dicen, imaginan o piensan, sino de la forma en que producen los bienes materiales necesarios para su vida<sup>13</sup>.*

Sin embargo, debemos mencionar que el origen de todas las instituciones jurídico-políticas dependen del *poder-dominación* por parte de quien tiene la capacidad suficiente para doblegar y dominar a otro, o del *poder - colaboración* quienes no pudiéndose dominar, se reconocen mutuamente. Es decir, primeramente una autoconciencia se enfrenta a otra, pudiendo ser vencida, o lograr el reconocimiento recíproco, y es a partir de ésta lucha, que surge una determinada estructura económica, la cual será patrocinada por los triunfadores de esa lucha de autoconciencias o por los que se reconocen recíprocamente.

Es muy cierta la afirmación de Marx y Engels al momento de asegurar que no se debe estudiar a la sociedad a partir de lo que los hombres dicen o piensan, pero contrariamente, no debemos olvidar que el fenómeno del *poder-dominación* o *poder-colaboración* en el sistema productivo, surgió necesariamente, antes que cualquier proceso económico. Así podemos afirmar que, para lograr un proceso productivo, primeramente surge una lucha de autoconciencias por el dominio de una sola de ellas, o el reconocimiento recíproco de ambas. En el mundo occidental no se ha dado el reconocimiento sin la dominación. Por ello, se vive en una estructura económica de control vertical, por una parte los dueños y controladores

---

<sup>12</sup> Harnegger, Marta. *Los Conceptos Elementales del Materialismo Histórico*. Siglo XXI editores, México, 1985. p.95.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

de los medios de producción y por la otra la fuerza de trabajo de ese proceso productivo.

Al existir procesos de producción, forzosamente hubo con antelación relaciones de dominación o de equilibrio. Pero la historia demuestra que *el Estado, como aparato especial de coerción, surge donde y cuando aparece la división de la sociedad vertical de dominación en clases, es decir, en grupos sociales, uno de los cuales está en situación de apropiarse del trabajo ajeno, de explotar a los otros grupos*<sup>14</sup>.

Sin duda, las condiciones económicas son el aspecto más importante en la estructura de una sociedad. Pero no debemos darle el carácter de única, pues las instituciones jurídico-políticas, esto es el Estado, el derecho, las ideologías, son aspectos fundamentales en dicha estructura. Como anteriormente afirmamos, el origen de las agrupaciones sociales es la lucha por el *poder-dominación* o el *poder-cooperación* o una vía intermedia, pasando a segundo término, la estructura económica y por último las instituciones jurídico-políticas.

Sin olvidar el origen de estas agrupaciones sociales y sus sistemas productivos, tenemos que resaltar que el aspecto más importante en la conformación de una sociedad es su función económica y los otros aspectos ideológicos e institucionales de la sociedad desempeñan un papel fundamental.

*El desenvolvimiento político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc.; se basa en el desarrollo económico. Pero estos elementos interactúan entre sí y también vuelven a actuar sobre la base económica (...). Hay, por el contrario, interacción sobre la base de la necesidad económica, la que en última instancia siempre se abre camino*<sup>15</sup>.

En los términos que hemos analizado, el *poder-dominación* o el *poder-colaboración* surge antes que la estructura económica de una sociedad y de sus instituciones jurídico-políticas, pero todas ellas son fundamentales en el desarrollo de una sociedad.

---

<sup>14</sup>*Ibidem*, p. 115.

<sup>15</sup>*Ibidem*, p. 99.

Podemos, por lo tanto, decir que pueden existir ciertos elementos ideológicos que se transmiten de una formación social a otra, pero estos elementos están siempre puestos al servicio de los intereses de las clases dominantes o de los grupos sociales cooperantes, a los que sirven de instrumentos de justificación.

#### 1.4 El Poder

Referente al poder la intención en el presente trabajo, es tratar de visualizar el papel fundamental que representa el derecho penal como instrumento del poder en nuestro Estado mexicano, a través de sus aparatos ideológicos y represivos, a fin de conocer el porqué los gobernados se someten y aceptan ese sistema.

No se pretende ofrecer un panorama histórico de la evolución de esta disciplina o sumergirse en las diversas figuras dentro de éste u otros desarrollos del tema que nos ocupa. Tampoco debe atribuírsele ninguna intensión polémica ni filosófica. Se trata, solamente, de dar una visión general del panorama del poder en nuestro sistema de vida.

Para el efecto de estos comentarios, es necesario aclarar que no podemos confundir los poderes públicos. De estos suelen ocuparse con frecuencia los constitucionalistas, quienes los definen en términos puramente jurídicos como facultades o potestades ilimitadas, tales como la soberanía, o limitadas como las investiduras y las habilitaciones para el ejercicio de determinadas competencias. Nos interesa en cambio lo referente a los factores reales y extrajurídicos del poder, que son los que condicionan directamente el nacimiento y aplicación de las normas y la efectividad de los poderes y de las soberanías jurídicas.

Para ello trataremos de concretar el concepto de poder que servirá de base y fundamento para su mejor explicación y comprensión. Según Augusto Sánchez, *poder es la fuerza de la voluntad de un sujeto particular o colectivo, capaz de imponer su decisión a otros, mediante la amenaza a bienes comunes o privados si no se someten a ella*<sup>16</sup>. Que se simplifica en una voluntad capaz de marcar destinos a los hombres.

---

<sup>16</sup>González Vidaurri, Alicia. *Control social en México, D.F., Op. cit.* p. 24.

Sobre la eficacia social del poder, es necesario decir que ésta se da en función de sus factores reales, es decir, de las correlaciones de fuerza. Cuando hablamos de poder, nos referimos por lo general a cierta capacidad física y no jurídica de acción, es decir a una modalidad del hacer. Poder algo es tener la posibilidad de realizarlo, es estar en condiciones de reunir los medios para lograr un fin. Y no solamente abarca la capacidad de hacer algo por sí mismo. Es también la capacidad de hacerlo por medio de otros, la posibilidad de disponer de la capacidad de acción de otros para lograr determinados fines.

El logro de estos fines se da con la intervención de los distintos modos de ejercicio del poder. Estas modalidades son, por una parte el uso de la fuerza y por la otra la capacidad de generar consenso.

*Maquiavelo redujo los elementos esenciales del poder político a la fuerza y a la capacidad de generar consenso, es decir, al poder en su sentido más amplio y al control en sus dos connotaciones más evidentes: el control por la violencia y el control por el consentimiento*<sup>17</sup>.

#### **1.4.1 Dominación**

En los términos que hemos propuesto, debemos mencionar la forma como se hace posible la *dominación*. En esta modalidad, la fuerza es el medio como se logra, utilizando la amenaza o la violencia física<sup>18</sup>.

Esta *dominación* responde a una sumisión basada, no en el consentimiento, sino en el temor o en el terror.

Pero, ¿cuál es la lógica de la dominación?, es decir, ¿por qué se usa la fuerza para lograr atemorizar y aterrorizar?.

Para Maquiavelo la dominación de otros Estados, renuentes a la sumisión, se da en función de la violencia y de la división que se ejerce sobre aquellos:

---

<sup>17</sup>Solétura Jordi. *Planteamientos Sobre Control Informal*, en *Poder y Control*, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias S.A., número 1. Barcelona 1987, p. 16.

<sup>18</sup>El ejemplo lo encontramos en el poder machista que utiliza la fuerza física dentro del marco familiar o la situación de poder en que se encuentra un vencedor con respecto del vencido después que ha sido derrotado física y moralmente después de una batalla.

*Hablando con verdad, no hay medio ninguno más seguro para conservar semejantes Estados, que el de arruinarlos. El que se hace señor de una ciudad acostumbrada a vivir libre y no descomponer su régimen, debe contar con ser derrotado él mismo por ella. Para justificar semejante ciudad, su rebelión tendrá el nombre de libertad, y sus antiguas leyes, cuyo hábito no podrán hacerle perder nunca el tiempo ni los beneficios del conquistador. Por más que se haga y aunque se practique algún expediente de previsión, si se desunen y dispersan sus habitantes no olvidará ella nunca aquel nombre de libertad ni sus particulares estatutos.*<sup>19</sup>

Estas relaciones de dominación son eficaces, debido a la creencia de la clase dominada – originada por la presión y la fuerza que se les ejerce –, de tener una dependencia respecto de la clase dominante, para la satisfacción de todas sus necesidades y que tenga como principales valores *la obediencia y el temor a la autoridad*.

Es preciso profundizar en que los que viven bajo la *dominación*, no tienen ningún interés personal en obedecer las órdenes que les son impuestas, mucho menos respetar las prohibiciones que limitan su libertad de acción. Por ello decimos que su sometimiento sólo se da en función a la fuerza que se ejerza sobre ellos, por el miedo adquirido. Esta fuerza ejercida sobre el grupo dominado es sumamente necesaria si se quiere gobernarlo, pues sin ella no habría obediencia, debido a que no existiría la voluntad espontánea de someterse a una autoridad que reprime conductas y limita libertades.

A diferencia de los dominados, quien ejerce el control tiene una dirección bien definida, una meta perfectamente trazada y su única y verdadera preocupación es su conservación en la cúspide. Aunque para preservarla utilice las más siniestras y devastadoras formas de defensa y control, porque no olvidemos que lo importante para él, es destruir los obstáculos que se le presenten, para permanecer ahí. Es decir, le importa más el *ser*, como poder, que el *deber ser*, como derecho.

---

<sup>19</sup>Maquiavelo Nicolás. *El príncipe*. Nicolás Maquiavelo en su quinto centenario por Gómez Robledo Antonio, Colegio Nacional. novena edición. Porrúa. Sepan Cuantos, num. 152. México, 1985, p 8.

Maquiavelo alerta al príncipe para que observe la distancia que hay entre saber como vivían los hombres y saber cómo deberían vivir, pues el dominador que abandona el estudio de lo que se hace, para estudiar lo que sería más conveniente hacerse, aprende más bien lo que debe obrar en su ruina, que lo que debe preservarte de ella; supuesto que un príncipe que en todo quiere hacer profesión de bueno, cuando en el hecho está rodeado de "gentes que no lo son", no puede menos que caminar hacia su ruina. Es pues necesario que un príncipe que desea mantenerse aprenda a poder no ser bueno, y a servirse o no servirse de esta facultad, según las circunstancias lo exijan.<sup>20</sup>

Una condición importante para lograr la *dominación* es el control y la vigilancia permanente de las personas que viven en la comunidad. Es decir, para esta acción del poder, es necesario tener bien organizados cada uno de los espacios sociales, y se hace posible este ejercicio a través de los límites que se demarcan en toda sociedad, en cuyos accesos habrá una custodia, una vigilancia. De modo que todo los movimientos realizados puedan ser controlados por el aparato de vigilancia y, de ser necesario, prohibirlos y reprimirlos a través de los órganos de coacción.

Por lo tanto, el ejercicio de la dominación para que sea duradera, requiere del seguimiento, cercano y permanente de las personas que viven en la comunidad.

#### **1.4.1.2 Los medios de vigilancia social**

Siguiendo esta línea, González, A. refiere que los medios idóneos para lograr esa vigilancia cercana y continua de las personas, lo han constituido los *informadores secretos*, los *informadores abiertos*, y el *autovigilante*<sup>21</sup>.

A los informadores secretos se les reconoce por ser aquellos que no hacen evidente su presencia como policía, sino que se encuentran disfrazados e infiltrados entre los grupos a vigilar, de modo que no pueden ser identificados a

<sup>20</sup> Maquiavelo. Nicolás. *De los discursos sobre la primera década de Tito Livio*, en los gigantes, la nueva biblioteca para todos, editorial Prensa Española y Arnaldo Mondadori, Madrid, 1971, p. 63.

<sup>21</sup> González Vidaurri. Alicia, Augusto Sánchez Sandoval, *La Vigilancia del Otro*, en *Redes de Inclusión, La Construcción Social de la Autoridad*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 1998, .p.115.

simple vista, es decir, no visten uniformes ni portan insignias de uso exclusivo para el vigilante, sin embargo, cumplen con el objetivo de toda policía, vigilar e informar. *Este tipo de informadores son frecuentemente los pastores religiosos que convencen a la oveja para que abra su conciencia bajo el concepto de la confesión*<sup>22</sup>.

Estos vigilantes se encuentran en todos las agrupaciones sociales, en la barriada, en la escuela, en el ambiente laboral, en la asociación civil, política o religiosa, todos mezclados como integrantes de ese grupo. Pero con una tarea más, mantener informados a los superiores más próximos de todo lo que acontezca en ese sector y principalmente de los actos que pongan en peligro algún interés de los grupos de poder. Así como el vigilante secreto informa a su más cercano patrón, éste hará llegar toda la información a su próximo superior. Y así el proceso se repetirá hasta llegar a una autoridad de decisión.

La justificación de estos procesos de información radica en la aceptación, por parte del grupo, de las reglas establecidas en todas las agrupaciones sociales y la creencia de la imposibilidad de cambiarlas. Esta aceptación encuentra mayor solidez al toparse con la obligatoria gratitud que impone el pertenecer a dichas agrupaciones de poder. Es así como la reproducción de los grupos de control se ancla en las formas impuestas por la poderosa tradición .

En cuanto al convencimiento de la oveja para que confiese sus actos al pastor religioso, quien habrá de perdonarlos, podemos decir que existe una realidad construida acerca de la salvación, los actos humanos serán borrados en el juicio final a través de la confesión.

*En la concepción cristiana el pastor debe rendir cuentas, no solo de cada oveja, sino también de sus acciones propias. El pecado de la oveja recae sobre el pastor e igualmente su salvación. Por lo tanto, el pastor si quiere salvarse en el juicio final, debe correr el riesgo de ofrendarse a otro*<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup>*Ibidem.*

<sup>23</sup>Foucault, Michael, *Hacia una Crítica de la Razón Política*, en Revista Siempre, México 1982, 1064: 45-63, 03.11, citado por González Vidaurri, Alicia, *Control Social en México, D.F., Criminalización Primaria, Secundaria y Derechos humanos. Op. cit.* p. 41.

Los informadores abiertos son aquellos que directamente vigilan a los grupos sociales, lo conforman el policía, el inspector o cualquier otra persona al servicio del sistema. Su función consiste en vigilar el comportamiento de los gobernados e intervenir, cuando éste no se ajuste a la normatividad institucionalizada.

Estos informadores han sido reconocidos como los encargados de cuidar el orden entre los grupos sociales. Pero, en realidad funcionan como conector entre las acciones de los gobernados y las acciones que utiliza el grupo de poder para controlarlos.

El autovigilante representa sin duda el policía más efectivo en todas las sociedades humanas. A diferencia de los informadores abiertos y secretos, el autovigilante no necesita ser vigilado por agentes externos, no se necesita que informen acerca de todas sus acciones, pues el por sí solo limita sus actos y sólo realiza los que ordenen y permitan las instituciones enmarcadas como válidas y legítimas. El autovigilante se forma a través de la interiorización de los controles sociales formales e informales que se imponen a la sociedad. El que se autovigilen los individuos representa eficacia para el sector de control debido a la gran obediencia y total sometimiento que tienen éstos hacia las normas implantadas en la sociedad. El autovigilante es el sujeto que se convierte en el mejor policía de sí mismo.

No obstante, la acción del vigilante puede encontrar una reacción contra toda dominación y estará representada por la *resistencia*, que puede ser pasiva como el suicidio, el martirio y la fuga hacia espacios de libertad; o activa, como la insurrección, los atentados, el sabotaje y otros.

La sanción correspondiente sólo puede ser la represión física y, en los casos límites, el exilio y la muerte.

#### **1.4.2 Autoridad**

Al hablar de *autoridad* se deben analizar los elementos que la hacen real y objetiva, por lo que debemos enfocarnos hacia el propio reconocimiento que se

hace de ella. Este reconocimiento se da en virtud de las *creencias*<sup>24</sup>, lo que constituye para el grupo, la fuente de legitimación de las jerarquías de decisión y de mando, así como la obligación para someterse a las reglas establecidas.

El medio específico de que se vale la autoridad para su reconocimiento son las ideologías de legitimación, las que logran generar un consenso social gigantesco.

La autoridad impone al grupo una forma de sumisión que se traduce en *conformismo*, en virtud de la estructura ideológica que fundamenta a esas creencias. El conformismo suele presentarse dentro de un contexto fuertemente subjetivo, pero que es capaz de provocar reacciones exageradamente opuestas, que van desde el simple respeto, al fanatismo y a la obediencia ciega.

En estos casos, la sanción sólo puede ser de orden ideológico, porque la autoridad, en su forma pura, reposa íntegramente sobre el conjunto de valores que se han generalizado para homogeneizar la conciencia social.

Por ello, la transgresión de los mandatos ideológicos aprendidos generan culpa, entendida ésta como la transgresión consciente de la prohibición.

En ciertos casos, la *culpa* puede llegar a ser mayor que el castigo, por el desacato a la *creencia*. Se puede llegar al suicidio por culpa, aún cuando la sanción legal por la violación pudiera ser menor.

La forma característica de reacción contra la autoridad es el inconformismo, cuyas formas típicas son el desacuerdo ideológico y la ruptura del consenso.

La autoridad implica legitimidad y conformismo, pero además requiere un control generalizado y la instalación de redes de información y vigilancia que mantengan y controlen el cumplimiento de las reglas establecidas. No reina plena confianza entre los que deciden y los que obedecen, y *por ello se crean innumerables pirámides de poder en todos los grupos y niveles sociales*<sup>25</sup>. Por ello, es necesario el control permanente de los subordinados, es decir, es necesario trazar espacios territoriales para lograr la vigilancia.

La autoridad se expande en un ámbito de espacio homogéneo, como el que corresponde a un determinado grupo practicante de una religión o de un

---

<sup>24</sup>El ejemplo más claro lo constituye la autoridad religiosa que se ejerce en toda iglesia.

<sup>25</sup>Cfr. Foucault, Michael, *Microfísica del Poder*. Editorial La Piqueta, Madrid, 1992, p. 119-132.

nacionalismo, que son fundamentales en una sociedad moderna y que son capaces de identificar al individuo como "soberano". Este nacionalismo está representado en la mente de los miembros de una comunidad, pero es sólo una construcción de realidad subjetiva, capaz de tener resultados iguales o mayores al del uso de la fuerza física.

### 1.4.3 Dirección

Esta forma del poder supone también cierta legitimación por una ideología generalizada, es decir, una idea compartida entre dirigentes y dirigidos. Pero su naturaleza es diferente, porque su fundamento real no radica en una ideología con estructura de creencias, sino en un *reconocimiento racional aprendido* de desigualdad, de competencia entre dirigentes y dirigidos, es decir en la construcción de jerarquías.

Para entender cómo funciona la dirección, podemos decir que ésta se da debido a las divisiones técnicas que el trabajo exigen. Por lo tanto, casi siempre está encaminada a lograr un resultado, es decir, llegar a concluir el objetivo que se quiere. Esta forma del poder utiliza mínimamente la coacción física, el temor o las ideologías de legitimación, pues la justificación de ésta, se da en función de la *organización necesaria*, para lograr los resultados deseados por los asociados en el consenso. Por lo tanto, la dirección tendrá aquí como característica, el ser un poder delegado.

Un ejemplo de *dirección* lo representa el poder del capitán de navío. Durante el viaje, los tripulantes delegan en él todo el poder necesario para asegurar el éxito de la navegación, estos se basan en el reconocimiento de su competencia y en el interés por obtener las mejores ventajas para todos.

Por lo tanto, la dirección resulta una especie de contrato justificado por la necesidad de la cooperación social y por las necesidades que tiene todo trabajo.

Debemos decir que esta modalidad de poder llega a tener una naturaleza aprobada, porque no podemos negar que en ciertas actividades es necesario tener conocimientos especiales. El que ha dedicado tiempo a cierta materia

forzosamente tendrá mayor destreza al realizarla, en cambio, para aquél que nunca la ha tratado, le será difícil o imposible que pueda llevarla a cabo.

La reacción en contra de la dirección es la oposición, derivada de los abusos de poder o de una mala dirección, o quizá por no lograr los resultados buscados debido a su incompetencia.

#### **1.4.4 La Naturaleza Mixta del Poder en una Sociedad Moderna**

Sin duda cada una de las modalidades del poder tiene características diversas, pero el poder real y concreto que se observa en las sociedades modernas, participa por lo general con una naturaleza mixta. Es decir, el control que se ejerce en éstas, tiene eficacia debido a la proporcionalidad de dominación, autoridad y dirección. De ahí que cotidianamente escuchemos en nuestra sociedad los términos de poder, dominación y autoridad como un sinónimo. Sin embargo, a través de este análisis encontramos que cada uno de ellos tiene naturaleza diferente.

Conservar el poder en una sociedad puede hacerse por la fuerza; sin embargo, también es necesario que el dominante se conduzca con humanidad, con prudencia y con moderación, para que llegue a ser legítimo y aceptado por la mayor parte del grupo. Es decir, se debe emplear un concurso de modalidades para que el poder domine y se conserve, contando para ello con el consentimiento expreso o tácito de los miembros de la sociedad.

*El príncipe debe ser cauto en el creer y el obrar, no tener miedo de sí mismo y proceder con moderación, prudencia y humanidad, de modo que una excesiva confianza no lo vuelva imprudente, y una desconfianza exagerada, lo haga intolerable<sup>26</sup>.*

El mantenimiento del orden por medio del terror podría ser costoso para los sectores de control. Traería consigo un desequilibrio precario e inestable y el grupo social que se convertiría en el enemigo número uno a vencer. El orden no

---

<sup>26</sup>Maquiavelo, Nicolas. *Op. cit.*, p. 29.

perdura sólo por ejercer la fuerza, porque en el instinto humano la respuesta y la resistencia a la violencia podrían ser más violentas. En las sociedades modernas, los poderosos han logrado tener el consentimiento de los gobernados para aplicar sus reglas, bajo la consigna de que la norma dada por el dominante representa el bien y se promulga para combatir el mal. Pero nunca se renuncia a la fuerza, pues es el elemento esencial que garantiza su funcionamiento, su principal arma en caso de desobediencia. El reprimir a la disidencia o al rebelde sirve como ejemplo para el resto del grupo y evita desacuerdos ideológicos. Así, el temor que se consigue, cumple aquí su mayor objetivo, impedir el nacimiento de nuevas ideologías y la abstención de realizar conductas no autorizadas.

El Príncipe, sin embargo, entra en la disyuntiva de: "... si vale más ser amado que temido, o temido que amado. Nada mejor que ser ambas cosas a la vez; pero puesto que es difícil reunir las y que siempre ha de faltar una – Maquiavelo le aconseja – que es más seguro ser temido que amado.

*Porque de la generalidad de los hombres se puede decir que son ingratos, volubles, simuladores, cobardes ante el peligro y ávidos de lucro. Mientras les haces bien, son completamente tuyos: te ofrecen su sangre, sus bienes, su vida y sus hijos, pues ninguna necesidad tienes de ello; pero cuando la necesidad se presenta se rebelan. Y el Príncipe que ha descansado por entero en su palabra va a la ruina, al no haber tomado otras providencias; porque las amistades que se adquieren con el dinero y no con la altura y nobleza de alma son amistades merecidas, pero de las cuales no se dispone, y llegada la oportunidad no se las puede utilizar. Y los hombres tienen menos cuidado en ofender a uno que se haga amar que a uno que se haga temer, porque el amor es un vínculo de gratitud que los hombres, perversos por naturaleza, rompen cada vez que pueden beneficiarse; pero el temor es miedo al castigo que no se pierde nunca<sup>27</sup>.*

---

<sup>27</sup> *Ibidem.*

La dominación – como fuerza ejercida – necesita del grupo dominado el reconocimiento de la autoridad. Así se llega a la articulación de la naturaleza mixta del poder.

Pero es importante que, además de ese reconocimiento, el grupo se sienta protegido, se sienta amado. Que perciba del sector de control un hermano dispuesto a ayudarlo y en los casos de represión, el grupo interprete que sólo se busca su bienestar, y que este ataque representa la voluntad conjunta del grupo de someterse al control. No olvidar que lo más importante: tener contentos a los súbditos representa – aunque falsamente – obtener la aceptación y el sometimiento a las reglas establecidas.

*El príncipe debe hacerse temer de modo que, si no se granjea el amor, evite el odio, pues no es imposible ser a la vez temido y no odiado; y para ellos bastará que se abstenga de apoderarse de los bienes y de las mujeres de sus ciudadanos y súbditos, y que no proceda contra la vida de alguien sino cuando hay justificación conveniente y motivo manifiesto; pero sobre todo abstenerse de los bienes ajenos, porque los hombres olvidan antes la muerte del padre que la pérdida del patrimonio<sup>28</sup>.*

La magnanimidad de un dominador puede encontrar más eficacia al lograr la aceptación del vasallaje entre los pueblos, que utilizando acciones netamente represivas.

La dominación política tampoco puede perdurar, si no da pruebas de un mínimo de eficacia sobre todo en el plano de la seguridad y en el de la producción económica. Esto requiere de un mínimo de colaboración y de consentimiento por parte de los dominados y la demostración de cierta competencia por parte de los detentadores del poder. De donde resulta que, toda dominación política necesita los elementos de autoridad y dirección, y que la obediencia, la desobediencia y la sanción correspondientes tienen también una relación de naturaleza mixta.

---

<sup>28</sup> *Ibidem.*

Hablando de la autoridad, su funcionamiento será seguro mientras dure la unanimidad ideológica. Es decir, en el momento en que surjan nuevas creencias se estará en riesgo de ruptura, de separación de las viejas ideas, lo que trae como consecuencia el fracaso de la autoridad. Una autoridad pura, totalmente alejada de elementos de coerción para reprimir las discrepancias ideológicas, estaría condenada a una rápida desaparición. Las iglesias percibieron muy bien este peligro como lo demuestra, por ejemplo, la historia de la inquisición.

También la autoridad debe demostrar eficacia ante los que dirige, porque no podrá perdurar sin resultados positivos. La ideología aceptada se mantendrá en virtud de su legitimidad. Y ésta se conserva mientras el éxito la respalde y tenga armonía con la mayor parte de la sociedad.

La *dominación, la autoridad y la dirección* sin duda aparecen conjuntamente en el ejercicio del poder. Estas modalidades siempre estarán encaminadas a un mismo fin: los intereses de una minoría que atropellan los de una mayoría. No importa qué se necesite para lograrlo, convencimiento, engaño, fuerza, organización; los medios no importan, el objetivo es satisfacer las ambiciones particulares a cualquier costo.

#### **1.4.5 El Poder como Naturaleza Humana**

Los sectores poderosos en las sociedades de dominación establecen sus leyes utilizando como principio la desigualdad. Esta afirmación debemos compararla con otra muy significativa para este análisis, el mundo se rige por el poder, este fenómeno está adherido a la naturaleza de las cosas. Lo mismo es para practicar una actividad cualquiera, que para vivir en una sociedad con sistema de leyes. No cabría rechazar lo anterior, existe, está ahí.

En toda la historia humana se han reportado acontecimientos de lucha de ideales, en donde predominan las batallas contra la desigualdad y el abuso del poder. En nuestros días los conflictos y las fricciones de los hombres siguen siendo por buscar la igualdad entre ellos. Ni a través de la historia ni en nuestros días esto se ha logrado y pudiéramos decir que la lucha futura en su contra persistirá.

*Se nos dice que quienes buscan la sociedad sin clases, buscan lo imposible, como si buscaran crear una sociedad asexual o una sociedad de hombres sin apetito. Es peculiar ofensa de estos hombres, una permanente minoría con espontánea tenacidad de propósitos, el que quieran establecer el Reino de Dios en la Tierra, a pesar de todas las evidencias del verdadero mundo, en el que la igualdad es decisivamente rechazada<sup>29</sup>.*

El poder de control sobre cosas y personas como cualidad inherente al ser humano será difícil que deje de existir. Esto, trae consigo el riesgo latente de que los hombres se destruyan uno a otro, buscando ponerle fin al problema de la desigualdad. Este problema es en realidad complejo. Como se mencionó, el poder es inherente al ser humano. Efectivamente, está siempre ahí, no está nunca fuera, no hay márgenes para los que se sitúan en ruptura con él. Pero esto no significa que sea necesario admitir como única alternativa la dominación – subordinación o el sometimiento absoluto a la ley. Que no se pueda estar fuera del poder no quiere decir que se esté de todas formas atrapado.

## **1.5 La Construcción de la Realidad**

### **1.5.1 El Lenguaje**

Partiremos de cómo se logra la imposición de decisiones en la vida social. Para ello, trataremos de remontarnos al origen mismo de las formas de conocimiento y de comunicación humana.

Los hombres, al convivir con sus semejantes, tienen la necesidad de expresar a través de gestos sus sentimientos, emociones o cualquier otra manifestación que se externe hacia esos sujetos. *Cuando los significados de esos gestos han sido comprendidos por otros, porque se explican el sentido que hay detrás de ellos, se ha llegado al momento de la aparición del lenguaje<sup>30</sup>.*

*Las expresiones humanas son capaces de objetivarse, o sea, se manifiestan en productos de la actividad humana, que están al alcance tanto de sus*

---

<sup>29</sup>Sampson, R. V., *Igualdad y Poder*, traducción de Mónica Hason, Fondo de Cultura Económica, México 1975, p. 250.

<sup>30</sup>*Ibidem*.

*productores como de los otros hombres, por ser elementos de un mundo común*<sup>31</sup>.

Un caso general de objetivación, que tiene una importancia crucial en la construcción del conocimiento, lo constituye la expresión a través de la lengua. El lenguaje, considerado como un sistema de signos vocales, es la forma de fabricación de conocimiento más importante de la sociedad humana, debido a la capacidad intrínseca de expresividad vocal que posee el organismo humano. A través de estas expresiones se imponen todas las objetivaciones de una sociedad. Por lo tanto, la comprensión del lenguaje es esencial para cualquier interpretación de la realidad de la vida. Estas afirmaciones surgen de acuerdo a la subjetividad individual, pero se transforman en una objetividad, cuando quien las emite tiene poder para imponerlas como conciencia generalizada y de esta manera son aceptadas como reales.

Luego entonces, las manifestaciones más elementales de sociabilidad humana requieren de medios de comunicación, y ésta se presenta también como una forma primaria de interacción social. La transmisión del mundo conceptual de un hombre a otro no sería posible de no existir un medio de comunicación, como en el caso más simple, los sonidos articulados del lenguaje.

### **1.5.2 La Conciencia de la Realidad**

Es menester ocuparse de las realidades que acepta todo ser humano, a partir del concepto de la conciencia de lo real que se propone en los siguientes términos:

*La conciencia de lo real es la relación determinada del yo, con un objeto u otro sujeto (Hegel), que comienza con el conocimiento aparente de los entes que constituyen el universo, y que da al individuo, la visión de una realidad, con criterio de verdad*<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup>Berger Peter. L., Thomas Luckmann., *La Construcción Social de la Realidad*. Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina 1995. p. 52.

<sup>32</sup>González Vidaurri Alicia. Klaus-Dieter Gorenc, Augusto Sánchez Sandoval. *Control Social en México*, D.F., Op. cit., p.23.

Esta conciencia de la realidad se forma a través de la percepción superficial y aparente, que es apreciada por los hombres al momento de tener contacto con el medio que les rodea y al momento de relacionarse con otros individuos. Formación que constituye la conciencia de lo real particular, y origina que dicha realidad sea la única totalidad para el sujeto que la adopta.

En esta interacción, el lenguaje tiene una trascendencia total en la construcción de lo que se llama "realidad". Se puede afirmar que existe por una parte el mundo de lo concreto que es en sí y que está ahí, más allá de la experiencia humana y sin su intervención. Y el mundo del lenguaje, de la cultura, que es aquel que lleva la intencionalidad, el gusto o el disgusto de los individuos que le dan nombre a las cosas y valoran la "realidad concreta" a través de su perspectiva particular y subjetiva, por lo tanto esa "realidad" que ellos llaman es superficial y aparente. Ese mundo del lenguaje entonces es el mundo de lo artificial, de lo no concreto, en síntesis de lo ideológico. Es en este mundo del lenguaje donde encontramos las normas y reglas sociales y las normas jurídicas. Es el mundo de la construcción de lo subjetivo, que se impone a través de las normas como objetividad, verdad y como totalidad, pero que no dice la verdad de la realidad del mundo de lo concreto que está afuera, sino sólo habla de la verdad de su propia construcción y esencia discursiva, es solo apariencia, ideología que sirve para marcar destinos a los hombres.

*Habría al menos dos historias de la verdad. La primera es una especie de historia interna de la verdad, que se corrige partiendo de sus propios principios de regulación: es la historia de la verdad tal como se hace en o a partir de la historia de las ciencias. Por otra parte, creo que en la sociedad, o al menos en nuestras sociedades, hay otros sitios en los que se forma la verdad, allí donde se definen un cierto número de reglas de juego, a partir de las cuales vemos nacer ciertas formas de subjetividad, dominios de objeto, tipos de saber y, por consiguiente, podemos hacer a partir de ello una historia externa, exterior, de la verdad<sup>33</sup>.*

---

<sup>33</sup>Foucault Michel. *La Verdad y las Formas Jurídicas*, traducción Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 17.

Los sociólogos generalmente hablan de *construcción social de la realidad*, pero este concepto sociológico es preciso replantearlo por un concepto político y es por ello que Augusto Sánchez Sandoval afirma que al intervenir el poder en este proceso surge un nuevo concepto llamado *construcción particular de la realidad*<sup>34</sup>. Por lo tanto, una subjetividad particular forzosamente influye en un grupo receptor de conocimientos al interés y conveniencia de los sujetos dominadores.

La forma de influencia, de quienes llevan el mando, consiste en institucionalizar como obligatorios a través del discurso, de la intimidación o del medio los criterios de verdad que les conviene, aunque estos no vayan encaminados a las realidades de la mayoría de los hombres de una sociedad, sino que son producto del interés "particular" de los poderosos.

Por ello, las ideas subjetivas del poderoso se convierten en ideas objetivas para todos los gobernados y crean la ideología que ha de perdurar sobre los hombres a través de las generaciones futuras<sup>35</sup>.

### 1.5.3 La Ideología

Parece sin duda muy complejo analizar la realidad social, ya sea en sus componentes simples o profundos. Pero al indagar sobre la verdad que aceptan los hombres de nuestros días y que genera para las masas un conocimiento considerado como real, disminuye esa complejidad. De éste análisis debemos cuestionar ¿son las masas sólo un simple barro en las manos de los alfareros -dirigentes de las élites que forman los cuadros de decisión en las sociedades de la actualidad?

Y también, ¿en qué grado y medida las ideologías son el producto de procesos sociales espontáneos?, o si, por el contrario, los individuos agrupados en una masa solamente adoptan las formas ideológicas que previamente elaboradas les llegan ya listas para ser consideradas realidad.

---

<sup>34</sup> Cfr. Sánchez Sandoval, Augusto, *Construcción Particular de la Realidad: de la Premodernidad a la Posmodernidad*, en revista *Iter Criminis*, número uno, INACIPE, México, 1998, p 136-139.

<sup>35</sup> Esa subjetividad-objetivada-conocimiento-realidad, al ser institucionalizada-obligatoria, constituye el material-ideología para transmitir a las generaciones posteriores. Por ello, la conciencia de lo real

*El término ideología se usa en la actualidad en muy diversos sentidos. Estos pueden tener una acepción muy amplia sobre las creencias generales del mundo y otras muy estrechas e igual de vagas como lo es la conciencia falsa.*<sup>36</sup>

Respecto a la ideología aceptamos la tendencia que siguen autores como J. F. Martínez Rincónes, quien afirma que *la ideología representa un sistema de concepciones e ideas a través del cual los hombres tratan de ordenar al mundo, actuando sobre las contradicciones para ajustarlas a sus intereses histórico – concretos*<sup>37</sup>.

Coincidimos con Karl Mannheim cuando *en su esquema general considera que toda ideología aparece como una representación deformada de la realidad, como algo opuesto al conocimiento objetivo*<sup>38</sup>.

Marx y Engels, en una de sus definiciones amplias de ideología afirman que es *una labor, sobre ideas concebidas como entidades con propia sustantividad, con un desarrollo independiente y sometidas tan sólo a sus leyes propias*<sup>39</sup>.

Lenk afirma que *la ideología sirve a la defensa de lo que una vez devino, en contra de lo deveniente que pugna por nacer*<sup>40</sup>.

Sánchez Sandoval define a *la ideología como el conjunto de contenidos de una particular conciencia de la realidad, objetivado durante un determinado tiempo, espacio y circunstancias históricas, que ha sido institucionalizado por quien tiene el poder para hacerlo y que se mantiene a través de las generaciones, mediante controles sociales formales e informales, derivados de mecanismos de sumisión y obediencia jerárquicas*<sup>41</sup>.

---

institucionalizada. es la materia que constituye en acto a la ideología, mediante la obligatoriedad formal o informal de sus preceptos. González Vidaurri, Alicia. *Control social en México, Op. cit.*, p. 24.

<sup>36</sup>Villoro, Luis. *Ideología y Ciencias Sociales. El Concepto de Ideología en Marx y Engels*. UAM, 1979.

<sup>37</sup>Martínez Rincónes, J. F., *Ideología, Medios de Comunicación y Control Social en Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, editorial Porrua, año LV, nos. 1-12, México, enero-diciembre 1989, p. 178.

<sup>38</sup>Citado por González Vidaurri Alicia. *Control social en México, D.F., Op. cit.*, p. 26.

<sup>39</sup>*Ibidem*.

<sup>40</sup>*Ibidem*.

<sup>41</sup>*Ibidem*.

De estos razonamientos se vislumbra un amplio espectro de la intervención del hombre en la creación de supuestas realidades. Esa intervención va encaminada a fines determinados, a intereses bien definidos y utilizados por un selecto grupo de hombres de una sociedad determinada. Los conceptos generales creados por los grupos de decisión tienen como finalidad imponer criterios homogéneos al hombre-masa y de esta manera lograr la aceptación de los criterios de verdad que convengan a estos grupos de control. Además simultáneamente, logrará el combate de cualquier contradicción que surja en contra de su beneficio.

Ahora bien, al instaurar una ideología homogénea, ésta cobrará tal fuerza que tan sólo sus postulados serán suficientes para fundar su existencia y de esta forma se rechazará todo análisis nuevo respecto de una *realidad concreta objetiva*. Esta construcción de realidad, que es una subjetividad – objetivada, trae consigo la deformación de cualquier conocimiento real perteneciente al mundo de lo concreto y, en consecuencia, guía a la práctica social hacia las posiciones de falsa conciencia.

El ser humano busca comprender la realidad social y las complejas relaciones del mundo. Para ello necesita de ciertos pensamientos que une y enlaza como las partes de un todo de valores, para que lleguen a funcionar del modo debido. La masa social, encuentra en ese todo el origen, para llegar a la socialización de sus miembros. Sin embargo ese todo es el resultado de múltiples factores de distorsión a partir de la "conciencia de realidad particular y subjetiva" del dominante. Aquí una conciencia actúa sobre las demás, eliminándolas e imponiendo sólo la suya. Los que renuncian a la posibilidad de crear su propia conciencia quedan atrapados en las impuestas y de esta forma se unifica la que haya tenido el poder suficiente para triunfar. Así, aquéllos que adoptan esa ideología constituyen lo que el autor Joan Antón Mellón llama mentalidad ideologizada.

*La mentalidad ideologizada que consiste en una forma de pensar, por activa o por pasiva, por parte de un individuo o de un grupo social que deriva de la utilización sistemática y exclusiva de una Ideología. Produce automáticamente, una percepción falsa de la realidad por partir de errores*

*intelectuales o, aún partiendo de apreciaciones correctas o valores, por uso político demagógico*<sup>42</sup>.

#### **1.5.4 Conciencia Falsa**

Al hablar de ideología se mencionó que es una creencia que no se encuentra justificada en el mundo de lo concreto. Sólo tiene fundamentación en el mundo del lenguaje, por ello, no tiene sustantividad aunque se le conciba como tal, pues se trata de una creencia falsa.

Así, en la ideología interviene un sujeto particular o colectivo poderoso como constructor de realidades, que utiliza el lenguaje, la cultura y construye una "conciencia de realidad" a las que le da el carácter de universal y obligatoria, para mantener el mundo y las relaciones interpersonales que él desea.

*Frente a la sustantivización de las entidades mentales que convierte a la conciencia en algo independiente y autosuficiente, la crítica de la ideología las considera como meros productos de la actividad del individuo. No es la conciencia la que determina la vida, sino la vida la que determina la conciencia.*<sup>43</sup>

Por ello, debemos negar la objetividad de la ideología, porque muestra que no se apareja con lo que existe, sino con lo que conviene hacer creer.

La crítica que hacemos a la ideología podemos representarla con el análisis a las falsedades que la religión impone. Es el hombre quien hace la religión, la religión no hace al hombre, de igual forma, el hombre hace las ideas, las ideas no hacen al hombre. La religión busca al hombre en la realidad fantástica del cielo, pero el hombre no es algo abstracto, sino un ente concreto, situado en su sociedad, en su Estado. Ese Estado y esa sociedad producen la religión, una conciencia invertida del mundo, inventora de una conciencia falsa.

Así resume Marx la crítica que hace a Hegel en la ideología Alemana...*Los hombres siempre se han hecho hasta ahora representaciones falsas sobre ellos*

---

<sup>42</sup>Anton Mello. Joan. *Ideología y Mentalidad Ideologizada, La Opacidad Social de las Conciencias* en revista Sistema. número 135, noviembre de 1996. Madrid. España. p. 61.

<sup>43</sup>Villoro. Luis. *Op. cit.* p.16.

*mismos, sobre lo que son o deben ser. Por sus representaciones de Dios, del hombre normal, etc., dirigieron sus relaciones. Los engendros de su mente rebasaron su mente. Ante sus criaturas, ellos, los creadores, se inclinaron. Liberémoslos de las quimeras mentales, de las ideas, de los dogmas, de las esencias imaginarias bajo cuyo yugo languidecen. Rebelémonos contra ese dominio de los pensamientos. Enseñémosles a cambiar esas ilusiones por pensamientos que respondan a la esencia del hombre, ... a comportarse críticamente frente a ellas, ... a arrancárselas de la mente, ... y la realidad existente se derrumbará<sup>44</sup>.*

Esta conciencia falsa de la que hablamos se puede equiparar a lo dicho por Kelsen cuando se refiere a la idea de máscara relacionada con el uso del derecho. Las realidades impuestas por quien tuvo el poder suficiente para objetivar una subjetividad, significan una ficción consistente en que existe una máscara que permite esconder al creador de esa imposición.

*Lo dicho a través de la máscara, produce la ficción según la cual lo dicho no es dicho por el actor, sino por el personaje. Pero el personaje no existe. Quien existe es el actor. Pero no en el acto de la ficción, sino en la vida real. En la ficción, quien existe es el personaje, y el público ha asistido a la representación, no para oír al actor, sino para vivir la tragedia del personaje<sup>45</sup>.*

Es decir, aquellos grupos de control que han logrado institucionalizar conceptos a través del discurso, lo han logrado por haber construido infinidad de formas jurídicas y sociales que se han homogeneizado en la sociedad. Pero si se les quitara el nombre a esas formas jurídicas y sociales tendríamos a los creadores de esas subjetivaciones, quedarían destapados los hombres que las han creado. Hombres con poder suficiente para implantarlas y volverlas generales. Sólo hay que observar que son decisiones creadas por hombres para los hombres.

---

<sup>44</sup>*Ibidem*, p. 14.

<sup>45</sup>Correas, Óscar. *El Uso del Derecho y la Construcción del Poder*, en *Redes de Inclusión., La Construcción Social de la Autoridad*, editorial Porrúa, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 1998, p.86.

*Si se les quita la máscara a los actores de la representación religiosa o social en la escena política, deja de ser dios el que recompensa y castiga, deja de ser el Estado el que condena y hace la guerra: son hombres quienes ejercen violencia sobre otros hombres, es el señor X quien triunfa sobre el señor Y, o una bestia la que aplaca su apetito sanguinario revivido. Si caen las máscaras, renunciamos justamente a la interpretación específica de aquello que llamamos religión o sociedad; hacer abstracción de las máscaras y observar a través de ellas los movimientos desnudos de las almas y los cuerpos en su necesidad natural y su determinación causal, tal enfoque no considera ni la religión, ni la nación, ni el Estado. Pues éstas son precisamente las máscaras, las ideologías específicas que se levantan sobre la base de los hechos reales<sup>46</sup>.*

Por ello, los grupos de poder han conseguido que sus actos sean vistos como los del personaje de la máscara, y no como el actor enmascarado que impone su voluntad.

### **1.6. La legitimación**

La forma de legitimar las construcciones de verdad no será precisamente al analizar el trasfondo de esa subjetividad–objetivada, que representa una totalidad para los sujetos que la adoptan. Recordemos que en su institucionalización como objetividad se requieren múltiples medios para sus imposición. No es el caso en ese momento de legitimar esa subjetividad–objetivada. Aunque la legitimación produzca efectos importantes para darle validez a esas objetivaciones, esto no implica que analice sus significados. Solamente aporta nuevos elementos para dar objetividad a esos criterios de verdad anticipadamente impuestos.

La legitimación produce nuevos significados que sirven para integrar los ya atribuidos a procesos institucionalizados dispares. *La función de la legitimación consiste en lograr que las objetivaciones de “primer orden” ya institucionalizadas lleguen a ser objetivamente disponibles y subjetivamente plausibles<sup>47</sup>.*

---

<sup>46</sup>*Ibidem*, p. 87.

<sup>47</sup>Berger L. Peter. Luckmann Thomas. *Op. cit.*, p.120.

El problema de la legitimación surge al momento de transmitir las objetivaciones ya institucionalizadas a las generaciones nacientes, es ahí en donde legitimar es el elemento más importante. No es suficiente utilizar los recuerdos y habituaciones del individuo, para que haya aceptación por parte de las nuevas generaciones.

Es necesario que la legitimación justifique toda objetivación que se imponga. ¿Pero, de qué manera? No basta, dijimos, con la costumbre. Deben ofrecerse explicaciones y justificaciones de los elementos más sustanciales de esa tradición que se ha institucionalizado.

La legitimación no es sólo cuestión de valores, también implica conocimiento. Es decir, la legitimación no sólo indica al individuo por qué debe realizar una acción y no otra; también le indica por qué las cosas son lo que son. El conocimiento precede a los valores en la legitimación de las instituciones.

En otras palabras, para que una objetivación pueda ser justificada, primeramente deben conocerse todos los aspectos y cualidades de su estructura. Este conocimiento se deducirá de lo que la tradición imponga. Posteriormente intervendrá la ética de los tabúes que, traducidos a valores, definirán tanto las acciones aceptadas como las rechazadas dentro de la estructura.

Un ejemplo aceptable de lo que aquí se afirma consiste en la llamada ingratitud del descendiente en contra de su ascendente, al cometer el primero una acción delictiva en perjuicio del segundo. No se agrava esta conducta por el hecho de causar menoscabo en su persona, sino por el hecho de existir un parentesco en línea vertical. A manera de ingratitud la Institución califica como más grave estas conductas. Pero para ser legítimo no sólo es necesario que la ética de la tradición lo imponga, debe haber un conocimiento por parte de los parientes de ¿qué es el parentesco?, ¿que ubicación guardan los parientes dentro del mismo? Además, ¿qué condiciones tienen unos y otros?, ¿quiénes son parientes y quiénes no?, etc. Con este conocimiento el individuo sabrá qué posición guarda dentro de la sociedad y si habrá de regular sus actos bajo principios de parentesco. Una vez sabidos los conceptos de la estructura, vendrá el turno de la ética de todos aquellos tabúes que la sociedad acepta.

La legitimación aparece sin duda, en todas las instituciones, en diversos grados y de diferente forma, pero con el mismo fin: lograr la justificación de la objetivación que se implante.

El primer grado de legitimación aparece en el momento mismo de la instauración de un lenguaje. Es decir, la legitimación fundamental comienza con la explicación de lo objetivo a través del vocabulario. Por ejemplo, al niño se le enseña y explica que debe amar a su hermano. Aquí se utilizan los signos lingüísticos adecuados para que los sentidos del receptor capten el mensaje emitido y de esta forma adopten dicha objetivación. Con este grado de legitimación comienza la validez y justificación del conocimiento y significado de toda tradición.

Otro grado de legitimación lo encontramos en el surgimiento de esquemas explicativos de los significados de casos concretos. En este nivel son comunes los proverbios, las máximas morales y las sentencias, además de las leyendas y cuentos populares. Como ejemplo podemos encontrar los dichos tradicionales, que incluso llegan a ser principios fundamentales para enormes sectores de la sociedad. De estos, los niños aprenden frases como: *"Amarás a dios como a tu padre y a tu hermano"*.

El siguiente nivel surge en los momentos de la imposición de doctrinas especializadas que cuentan con administradores con dedicación exclusiva. Es decir, estas doctrinas cuentan con un grupo de legitimadores estrictamente dedicados a justificar las objetivaciones de que se trate, que utilizan técnicas válidas y generales para todos. Así pues, desarrollan extensos principios de derechos, obligaciones y procedimientos que regulan las relaciones entre hermanos.

Cuando tiene legitimidad una realidad construida, ésta aparece como vocabulario convencional y oficial. De este se sirven los sectores de control para significar lo que se tiene que decir y justificar, lo que es necesario decir, lo que se requiere obtener. Así, legitimada una subjetivación surge una falsa realidad que la masa social considera como totalidad y que eleva al rango de criterio oficial. Tan importante valor tiene la legitimación, que una vez que una subjetivación sea considerada como tal, el líder o dirigente menor sólo repetirá del vocabulario oficial

los discursos y las frases más importantes, de esta forma logrará crear todo un dogma que se homogeneiza con gran amplitud.

El derecho ha venido a convertirse en la herramienta fundamental para la legitimación de los controles sociales, pues se considera que una vez legitimados, éstos cobran validez total para el uso de cualquier coacción.

El derecho autoriza a ciertos individuos el uso de la fuerza, pero sólo con y por el derecho, es decir, con violencia legítimada.

*El derecho es la manera como el poderoso organiza la fuerza. Esto es, el derecho "autoriza" a los individuos cuya violencia no podrá ser contestada sino so pena de mayor violencia: es lo que los sociólogos llaman "legitimidad". Lo cual consiste, simplemente, en que los ciudadanos usan las normas jurídicas para mirar las conductas violentas de ciertos individuos. Si las ven como "jurídicas", es porque usan esas normas para valorar esas conductas<sup>48</sup>.*

### **1.7 La Institucionalización de la Conciencia de lo Real Impuesta**

Todas las actividades humanas están sujetas a la habituación. Todo acto que se repite con frecuencia, crea un ejemplo que luego puede reproducirse con economía de esfuerzos y que será aprehendido por el que la ejecuta. Además, la habituación implica que la acción de que se trate puede volver a ejecutarse en el futuro de la misma manera y con idéntica economía de esfuerzos.

La habituación, además, constituye una gran ventaja psicológica, debido a que libera al individuo de todas esas decisiones que ya han sido tomadas e institucionalizadas para la masa social.

La institucionalización crea historia, además de servir como modelo para los integrantes del grupo social. Las instituciones siempre tienen una historia, de la cual son productos. Es a través de esta historia como surge el reconocimiento de todos los actos realizados por el integrante del grupo social, además, una vez lograda la institucionalización de estos actos, representarán el modelo a seguir para la masa y el medio de control más efectivo para los sectores de decisión.

---

<sup>48</sup> Correas, Óscar. *Op. cit.* p. 89.

Las instituciones, por el hecho mismo de existir, controlan el comportamiento humano al establecer pautas definidas de antemano que lo canalizan en una dirección determinada, en oposición a las muchas otras que podrían darse. Es decir, cuando un sector de la actividad humana se ha institucionalizado, se puede considerar que ha sido sometido al control social y solamente se requieren mecanismos de control adicionales, cuando los procesos de institucionalización no llegan a cumplirse cabalmente.

Podemos ver a gran escala la institucionalización de conductas en las colectividades que abarcan mucha gente. Pero es importante señalar que la institución aparece con la simple participación de dos individuos, basta con que comiencen a interactuar durante un tiempo y lugar determinado.

### **1.8 La Comunicación Social**

La construcción de la realidad desde la perspectiva que ha sido analizada, es un fenómeno importante y fundamental que requiere ser transmitida a la masa social y el medio es la comunicación social.

La comunicación social requiere como factores al "promotor" y al "receptor", que en el caso que analizamos serían los "poderosos" capaces de implantar construcción de verdades y en el extremo opuesto las "masas receptivas", pendientes y dependientes de lo que ven, oyen y leen.

En el caso de las masas sociales son menos las personas que expresan opiniones que aquellas que las reciben, situación que se evidencia al momento de implantar criterios generales en cuanto a un fenómeno determinado.

Los grandes controles sociales han impuesto día a día, formas más sofisticadas de hacer llegar a la masa social los criterios de verdad que decidan imponer. De igual manera que la tecnología moderna ha ido absorbiendo los modos de producción artesanal, también las formas de producción cultural de nuestra sociedad han absorbido, al muchas veces añorado pensador libre y aislado de otros tiempos.

En la actualidad se encuentra reducida la influencia de grandes figuras pensantes en la implantación de criterios razonables y sólo encontramos algunos cuantos

promotores de corrientes ideológicas definidas. Serán los grupos, las instituciones, los sindicatos, los centros de investigación o el propio Estado, los agentes promotores de esas subjetivaciones.

En el otro extremo, encontramos a la masa social que únicamente está preparada para recibir su ración diaria de información. Esa masa es representada por lectores de periódicos y revistas, los radioescuchas, los televidentes, los que asisten a salas cinematográficas y teatrales, etc.

Por cuanto hace a quienes tienen el poder suficiente para implantar subjetivaciones: el Estado, la Iglesia, los partidos políticos, podemos afirmar que éstos se valen de cuantos medios de comunicación están a su alcance para difundir y crear, como una totalidad, los conceptos de verdad que convengan a sus intereses. Aunque entre éstos surjan luchas por lograr criterios homogéneos, desde luego en esa competencia por la toma de los medios de comunicación masivos, llevan ventaja los agrupamientos e instituciones sociales que ejercen poder sobre esos medios. El Estado, obviamente, llevará marcada delantera, pues su control específico de los medios masivos de comunicación social le brinda la oportunidad de tener a la mano una inmediata accesibilidad a la difusión de las corrientes ideológicas que le favorezca.

En un Estado como el Mexicano, donde su sistema contempla – en buena doctrina – el respeto a los derechos humanos, más o menos habría la posibilidad de ofrecer una libertad para la producción individual de objetivaciones aceptables: un escritor tendría así más o menos libertad de exponer sus puntos de vista, pero la experiencia nos marca limitaciones a este accionar. El pensamiento del escritor se verá constreñido a ser expuesto en contornos no muy amplios, como salones de conferencias, aulas universitarias y revistas especializadas. Pero al pretender una difusión masiva, se encontrará con innumerables obstáculos y requisitos burocráticos – administrativos que le serán de difícil superación. Habrá represión a su pensamiento, con censura directa o indirecta.

Las presiones de los concesionarios de los sistemas de comunicación, harán estériles los esfuerzos de los grupos en desventaja para introducir otros criterios de verdad que pudieran poner en peligro su permanencia en la cúspide.

Los sectores poderosos serán quienes decidan acerca de la comunicación hacia las masas, fijarán la vigencia de lo que sucede e impondrán las medidas a tomar en todos los ámbitos de la vida social. De esa manera, obscurecen y ocultan lo que no conviene que sea conocido por las masas, de acuerdo a juicios determinados por circunstancias de mero interés de grupos con poder político o económico.

Quizá el campo en que se observa con mayor claridad la relación de la ideología y la comunicación social sea el del efecto justificante. O sea, que mediante los medios de comunicación masiva, la ideología más difundida trata de ser justificada para que logre ser aceptada.

El Estado mismo busca, a través de los medios de comunicación, una justificación a la ideología que lo sustenta, a su propia estructura y a los principios a los cuales se liga su vida institucional. En igual forma los grupos con poder económico, cuya situación les favorece el acceso a los medios masivos de comunicación, difunden su propia ideología justificante.

La comunicación social justifica la ideología implantada, porque logra construir como totalidad para la masa social, las conciencias de realidad que les impongan. Esta masa las traduce en creencias que explican la actitud de la comunidad, de los dirigentes, de las funciones sociales y por ello el poder político y los sectores económicos fuertes utilizan cuantos medios estén a su alcance para lograr efectos positivos en la aceptación y justificación de su existencia y de sus actuaciones.

Lograda la comunicación de ideologías convenientes para el sector de control, adquieren con su repetición legitimidad, esto es, se logra cuando la ideología de un grupo determinado corresponde a la creencia común de la masa social a la cual se aplica. Es decir, esta creencia común de aceptación general y masiva sólo tendrá una menor oposición que no representará ningún riesgo para la conciencia social establecida.

## **1.9 La Construcción del Discurso Jurídico**

Para analizar la construcción del discurso jurídico, se debe observar el poder con que cuentan los dominantes bajo la pancarta de la soberanía: ¿Que es lo que une

a los individuos al soberano? *Entre cada punto del cuerpo social, entre un hombre y una mujer, en una familia, entre un maestro y su alumno, entre el que sabe y el que no sabe, pasan relaciones de poder que no son otra cosa que la proyección pura y simple del gran poder del soberano sobre los individuos. La familia, incluso hasta nuestros días, es el simple reflejo, el prolongamiento del poder de Estado; es la representante del Estado respecto a los niños, del mismo modo que el macho es el representante del Estado para la mujer. Para que el Estado funcione como funciona es necesario que haya del hombre a la mujer o del adulto al niño relaciones de dominación bien específicas que tienen su configuración propia y su relativa autonomía<sup>49</sup>, pero no olvidar que las reglas que utilizan para lograr esta dominación vienen originalmente de la conciencia de realidad que el Estado ha impuesto.*

De esto se refleja que el Estado tiene una gran influencia en todos los sectores sociales. Es decir, el soberano decide los controles formales e informales que todo grupo social debe seguir. Así, las formas absolutamente específicas de poder que se ejercen, por ejemplo, en el interior de las familias han sido penetradas por mecanismos generales de tipo estatal gracias a la escolarización.

La clase dominante hace una construcción de realidad a través de la elaboración del discurso jurídico, lo apega a sus intereses económicos, políticos y sociales. Este discurso representa la verdad total para los gobernados, por el sólo hecho de ser la voluntad del soberano y así la creencia de que es la voluntad de todos los ciudadanos.

La construcción del discurso representa para estos gobernados una verdad total, la cual se adhiere a la ideología de los hombres que detentan el poder. *Gilberto Giménez, recuerda que para Foucault, la verdad no se encuentra fuera del poder ni carece de poder. Cada sociedad posee su propio régimen de verdad, su política general de verdad. Esto es, los tipos de discurso que ella acepta y que hace funcionar como verdaderos, los mecanismos y las instancias que permiten distinguir los enunciados verdaderos o falsos, el modo en que son sancionados unos y otros, las técnicas y los procedimientos valorizados como medios para*

---

<sup>49</sup>Foucault, Michel. *Microfísica del Poder*. Op. cit., p.167.

*llegar a la verdad, el estatuto de los que están encargados de designar lo que funciona como verdad*<sup>50</sup>.

*Así, por verdad debe entenderse un conjunto de procedimientos reglamentados por la producción, la ley, la repartición, la puesta en circulación y el funcionamiento de los enunciados*<sup>51</sup>. Estos enunciados representan los principios que totaliza el discurso jurídico, transmitido a una sociedad de una época y lugar determinado.

*La verdad está ligada circularmente a los sistemas de poder que la producen y la mantienen y a los defectos de poder que induce y que la acompañan. Régimen de la verdad*<sup>52</sup>.

En cuanto a esta verdad que construye el discurso jurídico, se debe recordar que las normas jurídicas tienen como encargo establecer los estereotipos que habrán de definir las cosas buenas de las malas, las prohibidas de las permitidas, decidirá quién es el amigo y quién el enemigo de una sociedad, calificará quién es el productivo y quién el haragán. En fin, todo lo creado en el discurso jurídico impone el orden y el bienestar social.

*El orden de una sociedad..., se circunscribe al orden emanado por las instancias públicas o instituciones estatales, habiéndose asumido normalmente como referencia central el discurso de la ley, a grado tal que en ocasiones la ley y el orden han aparecido como sinónimos*<sup>53</sup>.

La calificación de las cosas como buenas siempre habrá de aparecer por las vías del Estado, al crear la ley, la cual no es otra cosa que el discurso ideológico que legitima las relaciones de dominación que aquél imponga.

El derecho expresa en su discurso ideológico su sentido de mandato imperativo, para que las personas cumplan las conductas, definidos bajo la amenaza del uso de la violencia en caso de desobediencia. Así el derecho disfraza y garantiza con

---

<sup>50</sup>Citado por Sánchez Sandoval, Augusto, *Construcción Particular de la Realidad*, Op. cit., p 142.

<sup>51</sup>Foucault, Michel. *Microfísica del Poder*, Op. cit., p. 199.

<sup>52</sup>*Ibidem*.

<sup>53</sup>Tenorio Tagle, Fernando, *Seguridad Pública y Conveniencias Políticas*, en revista *Alegatos*, número 34, septiembre-diciembre 1996, México, UAM, Azcapotzalco, p. 618.

su discurso interés político de dominación al determinar cuáles son las normas consideradas válidas y para ello hecha mano de los controles formales e informales creados. El dominante, por ejemplo, necesita que los científicos del derecho digan que las normas que él dicta son las normas que deben ser obedecidas.

A este respecto, Oscar Correas al analizar el ejercicio del poder afirma que<sup>54</sup> quienes detentan el poder necesitan precisamente que nadie se fije en la descarada justificación que de su actividad hace la ideología jurídica. Si en algo está interesado el poder, es en que sus juristas sean creídos, que tengan prestigio – aunque no se lo merezcan -, y si en algo no está interesado es en que alguien se dedique a investigar acerca de la ideología creada, transmitida y defendida por esos juristas. Y si el poder esta interesado en sustraer el discurso de sus juristas de cualquier consideración científica, es porque quien ejerce el poder lo hace porque mantiene la hegemonía sobre otros y hegemonía no es otra cosa que conseguir la eficacia del derecho que se dicta. En última instancia, el fenómeno de la dominación consiste en la donación de sentido, esto es, en determinar la conducta de otros a través de conseguir que otros produzcan conductas a las que se atribuye el sentido del deber por quien ejerce el poder.

La creación del discurso jurídico podría equipararse al momento de la construcción de cualquier enunciado. Desde un principio se sabe a qué se quiere llegar con esa creación. Se sabe el resultado que se busca. Una vez logrado, se dedican muchas acciones para tratar de justificar lo establecido. Primero la intención y el resultado, después la justificación. Podríamos observar la Institución del Ministerio Público, que tiene por consigna incriminar de entrada al posible responsable en un proceso judicial, y a pesar de ser el "representante social" y de la sabida inocencia de algunos indiciados tiene por política, que implica obligación, inconformarse hasta con el último recurso legal para que permanezca en prisión el involucrado en el juicio penal. Aquí se ilustra lo afirmado, en un principio se acusa y se afirma una culpabilidad; después se intenta justificar esa afirmación y por último se hacen

---

<sup>54</sup>Correas, Oscar. *Critica de la Ideología Jurídica, Ensayo Sociosemiológico*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. UNAM. 1993, p. 121.

excesivas maniobras para tratar de no cambiar ciertos hechos constitutivos del delito. En consecuencia no se pretende descubrir lo sucedido, sino más bien justificar lo decidido.

Por otra parte, el discurso jurídico crea para los disidentes estereotipos como el de la peligrosidad social, el enemigo público, y el malhechor, los cuales son totalmente negativos y dañinos para la agrupación social.

Sánchez Sandoval afirma que *los enunciados discursivos como el de peligrosidad social, son transmitidos a todas las instancias de la administración y de la vida social, a través de medios de control formales e informales, que institucionalizan el estereotipo de realidad - verdad que se desea. Por lo tanto la sociedad y los operadores de los medios de represión, se convencen de lo positivo y valioso de sus acciones y de la utilidad social que tienen... Así, el campo de la conciencia de la realidad jurídica implica toda la superficialidad, con la que los poderosos institucionalizan al hombre, al saber y en general al mundo que les conviene*<sup>55</sup>.

### **1.10 La Universal Inclusión como Generadora de Exclusión**

Una vez analizado el uso del discurso jurídico como instrumento de control social, se debe observar la gran eficacia que tiene éste al formar el inmenso consenso de la masa social. ¿Por qué es tan aceptado este discurso?. Ya se había mencionado que este discurso construye reglas y principios que utilizan el estandarte de la salud y la bondad para aquellos sujetos que lo obedezcan. El derecho inventa una ideología dependiente de él mismo, es decir, se pretende que cualquier actividad del ser humano deba depender de las reglas que imponga el derecho, las cuales se presentan como totalmente necesarias para llegar al resultado buscado y además se promueve que el no utilizar la reglas del derecho, sería elaborar actos en vano. Pero, además de la construcción de una ideología para que los hombres dependan del derecho, el dominante expulsa del sistema jurídico a todos aquellos hombres que no se sometan a su modelo.

*El discurso jurídico constituye un sistema de universal inclusión en el que todo acontecimiento pudiera ser previsto jurídicamente. Eso hace que el campo del*

*derecho se amplíe en forma desmesurada, y a la vez deje en claro que tampoco puede abarcar todas las acciones humanas, por lo que crea paralelamente un mundo de universal exclusión.*

*La aplicación y ampliación de la selectividad del derecho, implica que todo es posible a través del derecho, pero además significa que aquello que es posible, lo es sólo a través del derecho. La selectividad del sistema jurídico constituye la universal inclusión, pero ésta produce simultáneamente la universal exclusión porque aumenta la posibilidad de la violación de la norma<sup>55</sup>.*

Al crear esa exclusión, el derecho no deja otra alternativa más que seguir sus reglas ya que no se ve hacia fuera, es ciego hacia los demás actos humanos, por el solo hecho de no haber sido previstos jurídicamente. El derecho no se aplica sobre lo que existe, sobre lo que está ahí, sino que sólo se ocupa de aquello que le represente un interés. No actúa sobre los hechos, sino sobre aquellos acontecimientos a los que haya decidido darle su intervención. Al derecho le importa la obediencia, reprime el desacato, pero a la vez escondiendo su función real, enuncia que garantiza con ello el bien común y justificándose así crea cada día formas mas excesivas de represión.

*Los sistemas sociales, como el derecho no ven hacia afuera de ellos mismos, pues más allá de su sistema, creado por sus propias reglas de discurso, no existe otra realidad<sup>57</sup>.*

---

<sup>55</sup>Sánchez Sandoval, Augusto. *Op. cit.*, p. 144.

<sup>56</sup>*Ibidem*.

<sup>57</sup>*Ibidem*, p. 150.

## CAPITULO II

### LA CONCIENCIA DE REALIDAD MODERNA, LIBERAL Y CAPITALISTA

SUMARIO. 2.1 *El Estado Absoluto*. 2.2 *El Mercantilismo*. 2.3 *La Filosofía Liberal y el Estado Moderno de Derecho*. 2.3.1 *La Ilustración*. 2.3.2 *Revolución Francesa y Repercusiones Penales*. 2.4 *Del Liberalismo Económico al Capitalismo*. 2.5 *Principios del Derecho Penal Clásico Liberal*. 2.5.1 *Postulados Fundamentales*. 2.6 *El Inalcanzable Estado de Derecho*.

Una vez que se analizó la construcción del discurso jurídico, es necesario observar cómo en el llamado *Estado de Derecho*, nacido con la modernidad, las normas jurídicas y los procedimientos creados para el logro de aquellas, no son realizados en función de alcanzar la concordancia debida con los principios Generales del Derecho, sino para lograr un mayor control que se ocupe de la generalidad de las actividades humanas. Por ello, en el presente capítulo se elaborará un análisis de la ideología del Estado Moderno liberal europeo y del llamado Estado liberal de derecho.

A través del tiempo el Estado se ha presentado con diversos modelos, creando distintas y particulares conciencias de realidad, según las condiciones políticas, económicas, sociales y culturales que predominen en una época determinada. Por ello, veremos de manera breve las circunstancias previas al Estado Moderno, esto es, las del Estado Absoluto.

#### 2.1 El Estado Absoluto

Para examinar al Estado Moderno debemos partir de sus orígenes, esto es, del Estado Absoluto que es considerado el Estado originario. *La propia palabra Estado apareció en la lengua francesa en la época del absolutismo, esto es, hacia el siglo XVI y sería de uso generalizado desde el siglo XVII... el Estado Absoluto fue una prolongación del feudalismo: el absolutismo fue esencialmente eso: un aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal*<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Cfr .Bustos Ramírez, Juan. *Estado y Control: la ideología del control y el control de la ideología*, en *El Pensamiento Criminológico volumen II, estado y control*, obra dirigida por Bergalli, R., y Bustos, J., Temis, Bogotá - Colombia, 1983, pp. 11- 14.

El comienzo de la expansión comercial en Europa hacia los siglos XV y XVI, aunado al desarrollo de la banca y al acelerado progreso de las manufacturas, provocaron el debilitamiento del sistema económico feudal y de todo su sistema social. Resultaba necesario introducir un nuevo orden político, económico y social, y éste fue justamente el del Estado Absoluto que permitirá el acelerado ascenso y desarrollo de la burguesía y, consecuentemente, la necesaria gran acumulación de capital. Pero ese nuevo orden, para su eficacia, tendría que tener forzosamente una filosofía aceptada. Esto es, además de conseguir la acumulación para el Estado, debería contar con una potente legitimación, traducida en la unión del soberano con Dios y a través de ello, la vinculación del soberano con la moral, el derecho y la justicia<sup>59</sup>. El Estado Absoluto logró esto, por un lado legitimó la centralización total del poder y el control, y por el otro permitió la exigida acumulación de capital.

*Por eso la epístola de san Pablo a los romanos pasó a ser como el acta originaria auténtica de esa legitimidad: ... 1.- Todos habéis de estar sometidos a las autoridades superiores, pues no hay autoridad sino por Dios, y las que hay, por Dios han sido ordenadas de suerte que quien resiste a la autoridad, resiste a la disposición de Dios, y los que la resisten se atraen sobre sí la condenación. ... 3.- Porque los magistrados no son de temer para los que obran bien, sino para los que obran mal. ¿Quieres vivir sin temor a la autoridad? Haz el bien y tendrás su aprobación porque es ministro de Dios para el bien. Pero si haces el mal teme, que no en vano lleva la espada. Es ministro de Dios vengador para castigo del que obra mal. ... 5.- Es preciso someterse no sólo por el temor del castigo sino por la conciencia. 6.- Pagadles, pues, los tributos, que son ministros de Dios constantemente ocupados en eso. 7.- Pagad a todos los que debáis: a quien tributo, tributo; a quien aduana, aduana; a quien temor, temor; a quien honor, honor<sup>60</sup>.*

<sup>59</sup> He aquí lo que anteriormente llamamos naturaleza mixta del poder, existe dominación, autoridad y dirección, todo ello legitimado. Por una parte, se da el sometimiento del grupo social, el reconocimiento de una clase social como autoridad y por la otra el Estado enuncia prudencia y moderación al realizar esta dominación en el nombre de Dios. Esta combinación fue necesaria para lograr la articulación entre acumulación de capital y legitimación. De esta manera se logró la aceptación total de las nuevas reglas que el absolutismo impuso.

<sup>60</sup> Cfr. Bustos Ramírez, Juan. *Op. cit.*

Al igual que esta legitimación, la unidad jurídica y el poder del Estado fueron obra del absolutismo. Se obligó a todo el grupo social a someterse al poder central.

Se ilustra aquí, cómo los representantes del absolutismo imponían su construcción particular de realidad, utilizaban para esta imposición las normas jurídicas como un instrumento de operación de la clase dominante y llegaban así a un efectivo control social. *Este hecho fue admitido por el propio Engels, para quien, el Estado "en todos los periodos típicos es, sin excepción, el Estado de la clase dominante, siendo en todos los casos, esencialmente una máquina para mantener sometida a la clase dominada y expoliada"*<sup>61</sup>.

La concentración de los medios de dominación y especialmente la creación de normas jurídicas, en las manos del rey absoluto, así como la constitución del Estado como unidad legítima, iban acompañadas necesariamente de una terrible desigualdad social. Desde el nacimiento, todos los súbditos sin distinción de clase o nacimiento, carecían de derechos políticos frente al rey, la ley del monarca era igualmente obligatoria para todos los súbditos.

Las características del absolutismo en el orden económico estaban representados por el sistema de producción agrícola y ganadero. La sociedad estaba constituida por dos sectores sociales: la nobleza y la gleba. Sectores obviamente opuestos por el evidente desequilibrio social originado por la desigual distribución de la riqueza. Los campesinos que ocupaban y cultivaban la tierra no eran sus propietarios. La propiedad agrícola estaba controlada privadamente por una clase de señores feudales, que extraían un plusproducto del campesinado por medio de instrumentos político – legales.

En el orden político, el poder del Rey era absoluto, vertical, omnipotente y omnipresente, despótico y autoritario.

El Estado absolutista utilizó una excesiva represión para lograr el control social, pero también utilizó diversas instituciones, la más significativo y de mayor eficacia lo constituyó el derecho penal, cuya función la desarrolló *la Santa Inquisición*<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica. México 1974. p.152.

<sup>62</sup> Cfr. Margadant, Floris. Guillermo. *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, Porrúa, México, 1991, pp. 167 y ss.

Empero la seguridad estatal tenía un interés prioritario en la seguridad de los ciudadanos, pues importaba preservar al Estado, cuidar los intereses del rey y para ello la nobleza y el clero diseñaron sus específicas formas de seguridad y control, fundamentalmente, la violencia punitiva. El castigo físico predominó y consiguió la seguridad estatal, esto es, a través de la tortura pública se controlaba el actuar de todos los individuos, pues habían logrado infundir el miedo y la vergüenza.

*Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a "pública retractación ante la puerta principal de la iglesia de París", a donde debía de ser llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano" después en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado deberán serle atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio ( parricidio, por ser contra el rey, a quien se equipara al padre), quemado con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento*<sup>63</sup>.

La sociedad en esa época se gobernaba por leyes que procedían de la voluntad divina, que señalaban el correcto proceder de los individuos a cuyas normas debía adecuar sus conductas todos los sujetos para no entrar en contradicción con la voluntad de Dios. Así podemos encontrar en diferentes expresiones de los escolásticos afirmaciones como la expuesta por San Agustín en la más alta edad media: "Los hombres han venido al mundo para hacer el bien"<sup>64</sup> y en esa medida son libres lo cual evidencia que el hombre debe actuar por el camino del bien, en tanto que hacer el mal implica la negación del bien. Visto así la única opción que el

<sup>63</sup> Foucault, Michael. *Vigilar y Castigar, nacimiento de la prisión*. Siglo XXI editores, 1981, p.11.

<sup>64</sup> Cfr. Ortiz Ortiz, Serafín. *La Función de la Policía en el Estado de Derecho*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. 1997, pp. 9 y ss.

sujeto tiene es comportarse de acuerdo a las normas morales imperantes de esa época.

*Es claro que la concepción que se tiene acerca del derecho en el absolutismo presenta una influencia total de la moral, así el Estado absolutista se erige como el protector de la moral divina<sup>65</sup>.*

## **2.2 El Mercantilismo**

El absolutismo aceptó al Estado como el legítimo poder público que controlaba al conglomerado social a través de la moral implícita en la norma jurídica. Pero las reglas establecidas por el Estado implicaban una serie de controles que provocaban el malestar de los dominados, con las excesivas prohibiciones, era casi imposible lograr la acumulación de capital, esto trajo consigo la desesperación de los ciudadanos y la incredulidad en los fundamentos del Estado absoluto. Por todo esto y dadas las características del absolutismo, era inevitable la inseguridad que se creaba en los individuos y así comienza la lucha ideológica por la racionalidad y las libertades<sup>66</sup>.

Dada la inseguridad de los hombres por las inmensas limitaciones de la época, comenzó una nueva política económica conocida como mercantilismo, la cual asumió la forma de una política económica fundada en la idea del comercio como fuente de riqueza que venía a fortalecer al Estado nacional frente a la decadencia producida por el localismo feudal.

En la desaparición del mundo medieval operaron grandes factores. La aparición de los estados nacionales, impacientes por destruir tanto el particularismo de la sociedad feudal como el universalismo del poder espiritual de la Iglesia, dio por resultado un interés mayor por la riqueza y la aceleración de la actividad económica.

---

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> La crisis del Estado originario o absoluto no sólo fue de legitimación, sino que también se produjo en el ámbito de la acumulación, ya que ésta no resultaba posible si no había al mismo tiempo una reproducción de la fuerza de trabajo. Estos es, la capacidad de hombres y mujeres para llevar a cabo un trabajo. Y ello requiere precisamente libertad e igualdad: para ello era necesario romper el sistema de ligaduras y dependencias personales, era indispensable cambiar el contenido mismo del control. Mientras, por una parte, comerciantes, banqueros y propietarios de manufacturas presionaban sobre las ligaduras y controles personales de los gremios y siervos, los intelectuales de la Ilustración socavaban las bases de legitimidad de tal forma de control. Bustos Ramírez, Juan. *Op. cit.* p. 13.

Los nuevos métodos de cultivo agrícola destruyeron las bases de la economía feudal y provocaron la sobrepoblación rural, la conmutación creciente de los tributos feudales, el aumento de las deudas de los señores feudales y su necesidad de recurrir al comercio y a nuevos métodos agrícolas para surtir el mercado. El crecimiento del comercio terminó por destruir la agricultura de consumo, y obligó a acudir al mercado con mayor frecuencia.

El mercantilismo además de lograr caracterizarse por la integración de estados – naciones, se distinguió por el establecimiento de un sistema monetario y por el proteccionismo económico gracias al intervencionismo del Estado.

El mercantilismo se constituyó como una serie de prácticas económicas que tuvieron como finalidad conseguir la unificación política y el poderío nacional. *Los que tenían a su cargo las funciones del gobierno aceptaban las nociones mercantilistas y ajustaban sus políticas a ellas, porque eran el medio para fortalecer a los estados nacionales tanto contra los rivales extranjeros como contra los restos del particularismo medieval en el interior*<sup>67</sup>.

Por otra parte, el mercantilismo vino a ser un sistema laico, independiente de la moral religiosa, que trató la cuestión económica desde un punto de vista económico. Se pueden señalar características muy generales al mercantilismo, tales como la preferencia por los metales preciosos, la intervención del Estado, la balanza comercial favorable y la industria y comercio.

La preferencia por los metales preciosos consistió en considerar que la riqueza estaba representada por los metales – el oro y la plata – amonedados y amonedables. Si la riqueza de una persona se medía por la cantidad de oro y plata que tenía, lo mismo podía hacerse con un Estado. Éste sería más rico en la medida en que tuviera mayor cantidad de oro y plata. Por otra parte, es precisamente su adquisición lo que constituyó el fin de la actividad económica. El dinero no siempre significó riqueza. Para la mayor parte de los mercantilistas el dinero sólo era un medio para acrecentar la riqueza y no precisamente significaba su esencia.

---

<sup>67</sup> Roll Eric, *Historia de la Doctrinas Económicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969, p. 56.

Respecto a la balanza comercial favorable lo importante para el mercantilismo fue adquirir metales cuando se carecía de ellos y conservarlos cuando se les poseía. Si se carecía, había que explotar minas cuando se tenían; y, si no, buscar otros medios. Si hay metal, hay que impedir su salida; y, si se quiere aumentar, favorecer su entrada. Se evita su salida y se favorece su entrada, mediante una balanza comercial favorable. Esto significa que hay que reducir las importaciones y favorecer la exportaciones.

En cuanto a las industrias y al comercio se reglamentaron para que produjeran barato, para lo cual se pusieron en práctica medidas como las siguientes: pugnar por un aumento de la población, para que hubiera abundante mano de obra barata; establecer un máximo legal de salarios; implantar el trabajo forzoso; crear manufacturas reales; proporcionar estímulos al comercio; otorgar ayuda a los productores; proteger y recompensar a directores de industria; reglamentar el comercio para impedir las importaciones y favorecer las exportaciones, crear mercados mediante la colonización de países nuevos o bien mediante la supremacía impuesta a países menos civilizados.

El mercantilismo dio lugar al descontrol de la economía de auto-consumo de los sistemas feudales que aún pervivían y que sujetaban a los "siervos" a la tierra. Se produjo la migración de éstos con sus familias, hacia las ciudades y los puertos, donde esperaban engancharse en las expediciones a ultramar. Pero una gran parte de la fuerza de trabajo campesina excedente y empobrecida, no tenía lugar para vivir ni para producir, por lo que se convirtió en marginal y pordiosera.

Con la idea del comercio como fuente de la riqueza y al producirse esa dispersión de los hombres por Europa y perder los Señores su dominación inmediata, a la luz de las nuevas circunstancias, fue necesario inventar una justificación ideológica que permitiera su control social y esta fue el nacimiento de la idea del *hombre libre*.

### **2.3 La Filosofía Liberal y el Estado Moderno de Derecho**

El desplome total de la Edad Media y del sistema feudal que dirigió socialmente ese periodo histórico, dio como resultado la aparición no solamente de nuevas

estructuras económicas, sociales y políticas, sino también de una nueva corriente de pensamiento que iba a inundar todo el espíritu moderno. *el liberalismo*.

El liberalismo surge como ideología implantada por la clase dominante, que pretendía justificar las actividades de un determinado grupo social, específicamente, el poseedor de los medios de producción.

El acrecentamiento del comercio daba cada día más importancia a los poseedores de los medios de producción, quienes hicieron del liberalismo su expresión más acabada, su propia concepción del mundo, de la sociedad y del hombre. Cuando las condiciones históricas los llevaron al poder y les permitieron organizar ese mundo y esa sociedad de acuerdo con sus intereses y sus imperativos, dichos poseedores de los medios de producción impusieron a todos su propia ideología y hasta su ética personal. El liberalismo se convirtió entonces no solo en la construcción particular de realidad de un determinado grupo social, sino en la verdad total de toda una sociedad y, mejor aún, de toda una etapa histórica del hombre.

Con la aparición de la idea del hombre libre, aparece también la idea moderna de la propiedad privada individual, que utilizó como eje la filosofía liberal. El liberalismo fue por ello la ideología de los poseedores y de los propietarios, representaba la exaltación de una determinada clase social y como tal se universalizó en la medida en que esa clase se desarrolló y se impuso a todas las otras. Surgió como construcción particular de un cierto tipo de hombre destinado a controlar al mundo y a la sociedad. Esa construcción se generalizó cuando ese hombre se hizo modelo de todos los demás.

Por otra parte, la burguesía, como clase económicamente poderosa, tenía acosado al Estado feudal, monárquico y absolutista, mediante los préstamos. Este, a su vez, le mostraba trabas para su consecuente desarrollo económico, social y político. En consecuencia ella, la burguesía reivindicaba para sí el poder político. En Inglaterra y Holanda, la nobleza cedió y admitió compartir con ella el poder. Pero en Francia y otros países no sucedió así. Esa es la razón de que la lucha en estos países fuese más enconada, más violenta y con más floración de elementos teóricos y doctrinarios, que han servido de guía para los demás países

del mundo en la orientación del Estado moderno, llamado también Estado Parlamentario (por el dominio que ofrece la Asamblea Legislativa), Estado Burgués por el dominio que ejerce la clase burguesa), Estado Capitalista (por el dominio que ejerce el capital), Estado Constitucional (por estar basado en una constitución) y Estado de Derecho (por pretender el control del poder por el imperio de la ley y el derecho, en la ejecución de sus actos de gobierno, al normar la vida de los ciudadanos y al respetar las garantías individuales de éstos frente al Estado).

### 2.3.1 La Ilustración

La ideología política de la burguesía en el siglo XVIII, antes de la revolución de 1789, iba dirigida contra las normas feudales absolutistas del llamado “viejo régimen” imperante. El movimiento revolucionario burgués, en Francia se denomina la Ilustración o la Enciclopedia. Sus promotores fueron llamados ilustrados o enciclopedistas. Estos, en general, proclamaban una lucha a muerte contra la superstición y el oscurantismo medievales, contra los privilegios de la nobleza feudal<sup>68</sup> y la conquista del poder político. Tal movimiento comienza con una crítica aguda e implacable contra la Iglesia Católica, las monarquías feudales y todas sus instituciones. Su postulado o dogma principal era el dominio de la razón, como facultad superior para la dirección de todos los designios humanos, y como idea madre que anula las creencias que falsamente habían justificado, en el pasado, todas las desgracias de la humanidad.

Podemos afirmar que Europa y en consecuencia sus colonias, hasta 1750, vivían de y en los valores cristianos que había forjado la Europa Medieval. Sin embargo, a partir de esa mitad del siglo XVIII, se empieza a imponer otra visión del mundo y de la vida, como resultado de un racionalismo en el que se da un rechazo a todo lo

---

<sup>68</sup> La general ineptitud administrativa bajo Luis XV empeoró la situación: se sobregravaba a los campesinos (que además tenían que pagar el diezmo a la Iglesia y sujetarse a varias restricciones tradicionales de índole feudal), mientras que la nobleza gozaba de importantes exenciones, y la Iglesia sólo pagaba de vez en cuando, voluntariamente, lo que quería soltar (los *dons gratuits*). También la nueva burguesía se quejaba de la inícuca distribución impositiva: además el producto de los impuestos desaparecía, en gran parte, en expensas relacionadas con la crecida deuda nacional (a menudo, más de la mitad del presupuesto servía para pagar los réditos de la deuda pública), y del sobrante mucho fue utilizado para la irritante pompa monárquica. Margadant, Floris, Guillerino, *Op. Cit.*, p. 263.

que pudiera ser tradición. Se restringen sin suprimir todos los valores sobrenaturales y se resaltan otros valores que se consideraron positivos. Esto no constituye una corriente o escuela de pensamiento, sino más bien una actitud vital. Dicha actitud será resultado de una sobreestimación de la razón humana, que creía estar en posesión de un amplio saber, al que le descubre y comunica todas las verdades fundamentales. Se creía poder develar los misterios del universo, con una confianza desproporcionada en la ciencia, que les daba una seguridad intelectual. A esa actitud vital es a la que conocemos como la Ilustración.

Se concibió a la razón natural humana como un hecho conexo al hombre que le permitía ser libre y que como tal podía construir su propio mundo. De la razón humana se hizo depender la construcción de todo lo que existe, en consecuencia el racionalismo desplazó a todas las concepciones divinas que se tenían con anterioridad.

El racionalismo indicó el tránsito de la cultura medieval a la cultura moderna y no sólo se presentó como un continuo histórico sino como la superación de la cultura humana. Así podemos ejemplificar: Todo el saber medieval plasmado en la Biblia, en donde los humanos encontraban respuestas dogmáticas a todas sus dudas, fue reemplazado por la enciclopedia en cuya obra por cuestiones de razón y no de fe, el hombre encontraba respuestas racionales.

En este periodo histórico los racionalistas se convierten en los constructores de la Modernidad. El racionalismo penetró en todos los ámbitos del saber y su corriente filosófica del hombre moderno. Así, con el liberalismo clásico nos encontramos ante la ruptura de la cultura medieval y la instauración de una nueva concepción del hombre esencialmente libre.

La dispersión religiosa, que provocó la reforma protestante, propició un mero esfuerzo de algunos pensadores. Estos pretendieron, sacar una nueva y general religión aceptada por todos, singularizándose con base en un gran optimismo, esto es, la idea que todo era bueno. Simplemente había que buscar los puntos de convergencia y no los de diferencia.

Se consideró a la religión como buena e incluso como necesaria, particularmente en el aspecto moral. Sin embargo, el rechazo a los dogmas los llevaba a un

profundo rechazo de la institución eclesiástica y muy particularmente de la Iglesia Católica, por todo lo que ella representaba frente al pensamiento de esa época. Independientemente del desprecio a cualquier metafísica, ellos veían que la Iglesia sólo se preocupaba en preparar a sus fieles exclusivamente para el más allá, sin considerar a la vida terrena más que como un mero periodo de tránsito pasajero. Particularmente les repugnaban las nociones teológicas de pecado original y la existencia del demonio, pues para ellos el mal no era más que un ligero extravío, una manifestación de la debilidad humana.

La Ilustración consideraba al hombre como centro de todas las cosas, y por eso mismo tenía una extraordinaria preocupación por hacer que desapareciera el retraso cultural de los pueblos, de tal forma que todos los hombres llegasen a participar en las ventajas del progreso. De ahí viene su preocupación por ilustrar al hombre, su insistencia en la tarea educativa, único camino válido para que el hombre encuentre su felicidad, pues el individuo será feliz en la medida que se perfeccione a sí mismo.

La Ilustración encontró su concreción en el enciclopedismo francés del mismo siglo XVIII, ya que tuvo como eje de atracción, en mayor o menor medida, a los principales pensadores franceses colaboradores de la magna obra ideada y dirigida por Diderot<sup>69</sup>, en la que se pretendía reunir todo el conocimiento humano, nos referimos a la "Enciclopedia". De ahí que a todo este conjunto de intelectuales se les conozca genéricamente como los enciclopedistas, lo cuales van a dar el fundamento ideológico de todas las revoluciones burguesas de la época moderna, empezando lógicamente por la francesa de 1789, y por ende de todo el constitucionalismo moderno junto con todo lo que ello implicaba: democracia, Estado de Derecho y declaraciones de derechos humanos.

### **2.3.2 Revolución Francesa y Repercusiones Penales**

La Revolución Francesa es uno de los movimientos sociales más importantes de la época moderna, por el tremendo influjo que trajo consigo en el mundo occidental, de tal suerte que *se considera el parteaguas de la historia moderna*

---

<sup>69</sup> Cfr. Soberáñez Fernández, José Luis, *El Derecho en México, una Visión en Conjunto, Tomo I*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, 1991, pp. 54-55.

occidental<sup>70</sup>. Tuvo una enorme importancia en la construcción del derecho moderno, pero especialmente en el nacimiento de los nuevos postulados del derecho penal, específicamente la pena de prisión.

El resentimiento de los franceses estaba basado en las tristes perspectivas económicas y el desempleo, así como la notable subida de los precios. El inconformismo francés encuentra argumentos para su causa en los escritos de los más famosos tratadistas como Diderot, Voltaire, Rousseau y Montesquieu<sup>71</sup>.

Tensión y descontento llevaron al pueblo hacia la violencia del 14 de julio de 1789: *linchamiento del alcalde de París; ataque sobre la fortaleza de la Bastilla, una vieja prisión ya casi vacía*<sup>72</sup> que significó el fin de una era de privilegios y absolutismo, a partir de esos momentos fueron viejos tiempos.

La Revolución francesa produjo una interesante serie de ideas de Derecho constitucional. Sobresale el principio de la igualdad de todos ante la ley. Este principio tuvo importantes consecuencias para los derechos civil, penal, procesal, fiscal y administrativo, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>71</sup> Con las teorías de Juan Jacobo Rousseau y de Montesquieu se planteó la construcción de un particular tipo de Estado. En este sentido es evidente reconocer que la teoría de estos pensadores incidió directamente en la construcción del Estado moderno convirtiéndose en su justificación filosófica política. El Contrato Social de Rousseau constituyó el más importante de los trabajos intelectuales que nos presenta los principios sobre los que se construye la sociedad y el Estado, de ahí que en esta concepción moderna de Rousseau encontramos respuesta a categorías políticas como libertad, soberanía, democracia, legalidad y Estado de Derecho. Rousseau concibe al hombre como una entidad dotada de razón natural, es decir, la naturaleza ha provisto al sujeto de razón. Lo cual le permite tener la opción de decidir su actuación. Por ello es un hombre libre que puede decidir y orientar su forma de vida. Sin embargo para poder lograr la coexistencia social los individuos tuvieron la necesidad de acudir al pacto social que para Rousseau consiste en la cesión de parte de la libertad individual para construir la libertad colectiva que proteja con igual intensidad las libertades particulares. Otro aporte teórico significativo lo encontramos en la obra de Montesquieu quien con su teoría del equilibrio de poderes presenta la trilogía del poder público, como en lo sucesivo será la forma de construir el Gobierno en los Estados modernos. Así emergen los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Cfr. Ortiz Ortiz, Serafin. *Op. cit.* pp. 22- 24. Por su parte Voltaire proponía hacer la paz con la monarquía constitucional e incluso admitía la existencia de la monarquía absolutista, siempre que ésta se dispusiera a hacer un gobierno ilustrado, o sea que quedara eliminada la arbitrariedad real, la omnipotencia de la iglesia católica feudal y que se eliminaran las trabas que impedían el desarrollo del capitalismo y el progreso de la burguesía. Diderot opinaba que el mecanismo del Estado debe estar al servicio de la sociedad, pues los hombres se unieron en sociedad para adquirir mayor felicidad. Es adversario de la monarquía y del despotismo, pero no es partidario de la revolución. Contra la monarquía ofrece el punto de vista de que la verdadera fuente del poder político es el "acuerdo del pueblo" representado por asambleas de ciudadanos. Cfr. Hernández Callejas, Joaquín. *Desarrollo Histórico de la Teoría del Estado*. Graficolor, México, 1993, pp. 85-95.

<sup>72</sup> Cfr. Margadant Floris, Guillermo, *Op. cit.*, pp. 264- 266.

Entre los notables cambios estuvieron los siguientes:  *fueron abolidos los privilegios feudales (4 de agosto de 1789); se redujo a los nobles a la categoría de ciudadanos comunes y corrientes (23 de junio de 1790). El 4 de febrero de 1789 se suprimió la esclavitud, antigua costumbre en las colonias francesas. Hubo también una profunda reforma de la justicia (24 de agosto de 1790). En materia penal se establecieron juzgados de acusación y jurados de decisión, los jueces condenaban o absolvían. Luego hubo reformas parciales y terminó con la remodelación de esta materia con un nuevo código penal (25 de septiembre de 1791)*<sup>73</sup>.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>74</sup> estuvo influenciada por el clima cultural de la que anteriormente llamamos época de la Ilustración, en donde las ideas liberales – democráticas ejercieron un gran peso en los acontecimientos políticos de aquella época.

Esta Declaración tuvo y ha tenido hasta nuestra época gran influencia en la vida política del mundo entero, en virtud de que estableció la bases fundamentales de organización de un Estado democrático y de derecho.

El preámbulo de dicha declaración determinaba que los derechos del hombre son derechos naturales, inalienables y sagrados.

En términos generales sus diecisiete artículos plasmaban lo siguiente.

*Artículo 1º. Los hombres nacen libres e iguales en derechos.*

*Artículo 2º. Señala que la finalidad de toda asociación política (Estado) es la conservación de los derechos del hombre.*

*Artículo 3º. Reconoce el principio de soberanía nacional.*

*Artículo 4º. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otros.*

*Artículo 5º. No puede impedirse nada que no esté prohibido por la ley.*

*Artículo 6º. Consagra el derecho de los ciudadanos a participar en la formación de la ley.*

---

<sup>73</sup> Cfr. Fernández Muñoz, Dolores, *Las Repercusiones de la Revolución Francesa en el Área del Derecho Penal, en Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, UNAM, 1991, p.48.

<sup>74</sup> Cfr. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, en *Historia, Concepto y Fundamentación de los Derechos Humanos*, México, Secretaría de Gobernación, 1991, p. 44.

*Artículo 7º. Ningún hombre puede ser acusado, encarcelado ni detenido sino en los casos determinados por la ley.*

*Artículo 8º. Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito.*

*Artículo 9º. Todo hombre se presume inocente mientras no haya sido declarado culpable.*

*Artículo 10º. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, siempre que su manifestación no altere el orden público.*

*Artículo 11º. Todos los hombres tienen derecho a la libre comunicación de sus pensamientos y opiniones.*

*Artículo 12º. Para garantizar los Derechos del Hombre surge la necesidad de instituir una fuerza pública en beneficio de todos.*

*Artículo 13º. Todos los ciudadanos deben contribuir de acuerdo a sus posibilidades para el mantenimiento de la fuerza pública.*

*Artículo 14º. Los ciudadanos tienen derecho a comprobar, las necesidades de la contribución pública.*

*Artículo 15º La sociedad tiene el deber de pedir cuentas de su administración a todo funcionario público.*

*Artículo 16º. Toda sociedad que no garantice derechos ni determine la separación de poderes no tiene Constitución.*

*Artículo 17º. Nadie puede ser privado de su propiedad salvo cuando lo exija la necesidad pública, legalmente comprobada, y a condición de una indemnización previa.*

La situación que reinaba a finales del siglo XVIII y principios del XIX tuvo importantes variaciones en cuanto al derecho penal: se reformó y reorganizó al sistema judicial y penal en los diferentes países de Europa y del mundo. *En el siglo XVIII había en Inglaterra 315 conductas capaces de llevar a alguien a la horca, esto es, a la pena de muerte, entre los que se encontraban el robo de nabos, la asociación con gitanos, los daños causados a los peces de los estanques, enviar cartas amenazadoras, cazar o pescar en época de veda, cortar un árbol ajeno, y ser hallado armado o disfrazado en un bosque*<sup>75</sup>. Esto convertía

---

<sup>75</sup> Fernández Muñoz, Dolores. *Op. cit.* p. 49.

la ley y el sistema penal inglés de ese siglo, en uno de los más salvajes y sangrientos que conoce la historia de la civilización.

Esta situación se modificó profundamente a comienzos del siglo XIX, sin que cambiaran sustancialmente las formas y las instituciones judiciales inglesas. En cambio *en Francia se comenzaron a producir reformas muy profundas en las instituciones penales* <sup>76</sup>.

Las transformaciones de los sistemas penales consistían en una reelaboración teórica de la ley penal que puede encontrarse en Beccaria y Bentham y los legisladores a quienes se debe la redacción del primer y segundo códigos penales franceses de la época revolucionaria.

Hay también una nueva definición del criminal: el criminal es aquel que perturba a la sociedad, es su enemigo. La idea del criminal como la persona que rompe el pacto que teóricamente había establecido con la sociedad, es una definición nueva y muy importante en la historia de la teoría del crimen y de la penalidad. El hecho de castigar se trasladó de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad. Y la forma de castigar se modificó también.

*En unas cuantas décadas, había desaparecido el cuerpo supliciado, descuartizado, amputado, marcado simbólicamente en el rostro o en el hombro, expuesto vivo o muerto, ofrecido en espectáculo. Ha desaparecido el cuerpo como blanco mayor de la represión penal. El castigo a partir de entonces fue la parte más oculta del proceso penal. La mecánica del castigo se transformó: lo que haría apartarse del crimen a los hombres era la certidumbre de ser castigados, y no ya la vergüenza de la pena pública.*

*El látigo seguía manteniéndose en cierto número de sistemas penales como en los de Rusia, Inglaterra y Prusia, pero de una manera general las prácticas punitivas se habían vuelto púdicas; se trataba de tocar el cuerpo lo menos posible, mejor aún si no se le tocaba. El cuerpo pasaba a ser solo el intermediario en recibir una pena: la prisión, los trabajos forzados, la deportación son realmente penas físicas. A diferencia de la multa, recaen sobre el cuerpo, pero para herir algo que no es el cuerpo mismo. Incluso*

---

<sup>76</sup> Cfr. Foucault, Michel, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, Gedisa, México, 1988, pp. 90 y ss.

*tratándose de condenados a muerte, debía estar un médico a su lado, encargado de su bienestar y cuando se acercaba el momento de su muerte le era administrado un tranquilizante para evitarle sentir el daño*<sup>77</sup>.

Esta concepción, aunada al punto de la igualdad de todos frente a la ley, se confirma al recordar el famoso artículo 3 del Código Penal Francés que indicaba: a todo condenado a muerte se le cortará la cabeza. Esta frase que ahora nos parece bárbara, significaba la igualdad de todos ante la ley, es decir, una muerte igual para todos y de un solo golpe, sin recurrir a suplicios prolongados, y por consiguiente crueles. La decapitación había sido la pena de los nobles porque se la consideraba la menos infamante del delincuente.

Parte importante de esta historia es la *guillotina*<sup>78</sup>, que comenzó a usarse masivamente y con la que se evitaba la crueldad de un verdugo que a menudo requería de varios movimientos para lograr su cometido. La guillotina marcó en Francia una nueva ética de la muerte legal.

La Revolución revistió a la guillotina de un gran ritual teatral, fue necesario reemplazar la carreta descubierta en la que se trasladaba al condenado al lugar de la ejecución por un coche cerrado. Se debían organizar ejecuciones apresuradas y a deshoras, y finalmente, terminaron por situar la guillotina dentro del recinto de las prisiones, para hacerla inaccesible al público. Además, fueron perseguidos judicialmente los testigos que comentaban la escena, a fin de que la ejecución dejara de ser un espectáculo y lograr que se convirtiera en un extraño secreto entre la justicia y su sentenciado.

Los filósofos políticos del siglo XVIII tienen el crédito de haber sustituido gradualmente las penas corporales y capitales por la pena de prisión. La prisión al inicio ocurrió temporalmente y como experimentación, en casas de corrección y en casas de trabajo<sup>79</sup> en los países europeos, involucrando a un número de clérigos

---

<sup>77</sup> Cfr. Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar*, *Op. cit.* pp. 11-37.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> En las casas de trabajo iban a parar locos, vagabundos, prostitutas, deudores, delincuentes, huérfanos, etc., es decir, toda una legión de marginados de la sociedad. Por ello en esa época los gremios protestaron, en vano, por esta lesión de sus monopolios. Es decir, ya entonces, mediante la casa de trabajo, antecedente tanto de la cárcel como de la fábrica, se convierte al trabajo en una mercancía y se logra mediante ello una regulación del mercado de trabajo. Bustos Ramírez Juan, *Op. cit.* p. 13.

errantes y delincuentes menores. Pero además, con el nacimiento de la prisión surge aquí la idea de explotar al hombre bajo cuatro paredes y sin limitación alguna de tiempo. Se convierten en enemigos de la sociedad aquellos que no sean capaces de producir, son considerados una traba para la evolución del sistema capitalista - burgués<sup>80</sup>. Para estos tiempos no habían cambiado mayormente las formas de trato hacia los delincuentes de gran peligrosidad, ya que eran todavía azotados, descuartizados en la rueda, mutilados y colgados. Es justo aquí cuando surge la demanda de que todos los delincuentes deben ser sentenciados a prisión.

Pero ¿cómo llenar todos estos vacíos que progresivamente iban invadiendo el campo de la penalidad? ¿Cómo reemplazar el arsenal de las penas corporales, es decir, aquellas que no consisten en sanciones pecuniarias?. El remedio se formó pronto a expensas de la prisión, que fue utilizada como verdadera pena, o sea, después de una sentencia adecuada. Este proceso de cambio tuvo una lógica sencilla: *...primero la idea de que la privación de la libertad es un dolor que todos sentimos de igual modo; luego, la de que la civilización no puede tolerar ya los castigos corporales, y, por último la necesidad de igualdad y simetría en todas las cosas, acabaron dando la preferencia a esta clase de penas, susceptibles de ser graduadas y divididas casi hasta el infinito*<sup>81</sup>.

Esta transformación fue trascendente, pero difícil en esta etapa como lo refería Jeremías Bentham<sup>82</sup>, pues si se hallara un medio de hacerse dueño de todo lo que puede suceder a cierto número de hombres, de preparar todo lo que les rodea, de modo que hiciese en ellos la impresión que se quiere producir; de asegurarse de sus acciones, de sus relaciones, y de todas las circunstancias de su vida, de manera que nada pudiera ignorarse ni contrariar el efecto deseado, no hay duda

---

<sup>80</sup> Los Ilustrados que descubrieron las libertades también descubrieron la disciplina. Para ello sirvió también la casa de trabajo o corrección. Donde el control estatal aparecía más transparente, se ejemplificaba la disciplina del trabajo. Síntesis ejemplar y profundamente metafórica de todo el sistema que emergía es una de las formas de enseñanza utilizada, la del sótano de agua: los presos que no querían trabajar eran encerrados en este sótano, en el cual solamente se podían salvar de morir ahogados en tanto bombean hacia afuera el agua que les era bombeada hacia dentro, aprendiendo de este modo a hacer trabajo corporal. *Ibidem*.

<sup>81</sup> Bernaldo de Quiróz. Constanancio. *Lecciones de Derecho Penitenciario*. México, Imprenta Universitaria, 1953, p. 50

<sup>82</sup> Cfr. Bentham, Jeremías. *Panóptico*. México, Publicaciones del Archivo General de la Nación, 1980, p. 14 y ss.

que sería un instrumento muy enérgico y muy útil que los gobiernos podrían aplicar a diferentes objetos de la mayor importancia. Este fue el problema que Bentham creyó haber resuelto con los principios que adoptó para las casas de reclusión: asegurarse de la buena conducta actual y de la enmienda de los presos; fijar la salubridad, la limpieza, el orden y la industria en estas casas de reclusión. Para este autor la prisión debía ser una mansión en que se priva a ciertos individuos de la libertad de que han abusado, con el fin de prevenir nuevos delitos, y contener a los otros con el temor del ejemplo. Es además una casa de corrección en que se debe tratar de transformar las costumbres de las personas reclusas, para que cuando vuelvan a la libertad no sea esto una desgracia para la sociedad ni para ellas mismas.

El nuevo papel que adquiere la prisión en el sistema de la penalidad coincide con los comienzos de la codificación penal en Europa, y también con lo que podría llamarse derecho penal clásico, liberal y humanitario, consecuencia de la revolución francesa. La pena de prisión se presenta en algunas legislaciones con el solo nombre de prisión. Los gobiernos que se dejaron influenciar por la nueva filosofía reflejan en sus sistemas penales las ideas de Beccaria y de Jeremías Bentham.

#### **2.4. Del Liberalismo Económico al Capitalismo**

Como mencionamos anteriormente, con el nacimiento de la prisión surge también la idea de explotar al hombre sin limitación alguna. Se convierten en enemigos de la sociedad aquellos que no sean capaces de producir. Son considerados una traba para la evolución del sistema de producción burgués y por lo tanto dañinos para el grupo social. Por ello, era necesario construir una justificación para que los hombres se sometieran al nuevo sistema económico que también nacía, este era *el sistema capitalista de competencia*.

La primera etapa del liberalismo económico es la llamada etapa comercial, mencionada con antelación como mercantilismo. Este liberalismo asumió la forma de una política económica fundada en la idea del comercio como fuente de riqueza, que venía a fortalecer el nuevo Estado nacional tanto frente al localismo

feudal interior como frente a los otros Estados nacionales. Esta doctrina y esta política económicas constituyeron la base del mercantilismo.

Sin embargo, esta forma comercial debía cambiar a una segunda etapa debido a los grandes descubrimientos y avances científicos y tecnológicos. El acontecimiento que cambió radicalmente el carácter y el papel histórico de la burguesía, dentro de la sociedad moderna, fue la Revolución Industrial. La concentración de capital comercial y el incremento a la manufactura – ocasionados fundamentalmente por la ampliación del mercado comercial e internacional – dieron un cambio completo de dirección casi inesperado y de dimensiones universales, como se habría de ver muy pronto, al apoyarse en los adelantos de la técnica para acelerar la producción en serie de mercancías. Es esto lo que se ha llamado precisamente la *Revolución Industrial*<sup>83</sup>.

La Revolución Industrial señala el momento de liberación definitiva de la burguesía dentro de la sociedad moderna. Es la etapa en la que se consolida su poder económico, permitiéndole escalar los primeros puestos de la sociedad, dominar el aparato estatal y rehacer desde allí, de acuerdo con sus intereses y principios, a toda la estructura social. Señala también una modificación profunda operada en el cuerpo de la burguesía: su espina dorsal empieza a depender cada vez más de la industria, de la cual deriva como nunca el progreso del comercio, tanto nacional como internacional.

El antiguo tipo de comercio estaba siendo desplazado por las grandes compañías coloniales. Había también corporaciones capitalistas más recientes, dominadas ya por comerciantes al por mayor o por capitalistas semi – industriales, y su influencia era cada vez mayor. Los pequeños gremios urbanos locales de maestros artesanos, por otra parte, iban perdiendo importancia debido a la competencia de la industria. Por consiguiente, la reglamentación local se debilitaba continuamente, siempre a favor de la reglamentación nacional.

---

<sup>83</sup> A fines del siglo XVIII empezaron a generalizarse, con paso vacilante, la invención y aplicación de maquinaria que economiza trabajo humano y el uso de fuerza inanimada. Roll, Eric. *Op. cit.*, p. 86.

*Los tratados comerciales, que en un tiempo habían sido instrumentos proteccionistas y restrictivos, pudieron utilizarse para otros fines. Una vez que los intereses económicos fueron bastante fuertes, se concertaron tratados conducentes a ampliar el comercio entre los países interesados. La libertad de comercio sufrió muchos reveses<sup>84</sup>.*

La organización de producción iba en aquel tiempo cediendo el lugar a la producción concentrada en el sistema fabril. La forma de producción en la época mercantil, en la que el comerciante tomó la dirección comprando materias primas que entregaba a talleres domésticos para después vender los productos en otros mercados, pudo sobrevivir durante algún tiempo, pero ya no era la forma típica: la tendencia iba definitivamente hacia la producción en fábricas.

El cambio que experimentó la posición del trabajador fue semejante a la transformación del comerciante en industrial. Para que el capital comercial se convirtiese en capital industrial, era esencial que encontrase mano de obra, tierra y materias primas como mercancías adquiribles. Es decir, era necesario que los hombres se pusieran al servicio de los grandes monopolios industriales, para así lograr la producción.

Pero además esta nueva forma de comercio debía justificar la obligación de los hombres de estar al completo servicio del patrón, bajo la idea del hombre productivo. De esta manera se construyó la idea del hombre con igualdad y libertad que podía contratar y ser contratado.

*Esto es, para que tal mercado se diera era necesaria la concurrencia a él de los que poseen los medios de producción (los capitalistas) y de los que no los tienen (los trabajadores). Pero para que estos pusieran a disposición su capacidad de llevar a cabo un trabajo era indispensable que se diese dentro de un marco de libertad e igualdad con los primeros; de otra manera no había posibilidad de reproducir la fuerza de trabajo, con lo cual no había acumulación y el sistema fracasaría. En otra palabras, sólo se podía hablar de mercado en la medida en que se aseguraban la libertad y la igualdad<sup>85</sup>.*

---

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 85.

<sup>85</sup> Bustos Ramírez, Juan. *Op. cit.* p. 14.

Con la internación de una ideología de trabajo como elemento esencial del hombre bueno, se construye socialmente una realidad. Esto es, el dominante capitalista generaliza para el grupo social la idea de que sólo trabajando se hace el bien, y aquellos que no lo hicieran representarían el mal.

He aquí la otra de forma de control a la que se refería Maquiavelo. No se controla a los hombres por el poder físico, no existen ya los castigos al cuerpo, no se ejerce una violencia directa, pero se expresa un control por el consentimiento. Esto es, se convence a los hombres para que sean productivos, porque de lo contrario se convertirían en el desecho de la sociedad que todo mundo aborrecería.

*Era necesario interiorizar en las fuerzas de trabajo, como elemento fundamental del sistema, que el trabajo es un bien valioso, así como que es lo único con que pueden concurrir al mercado. Por ello es preciso disciplinar para el trabajo. El control surge como disciplina, de la cual ha sido antecedente la casa de trabajo; la cárcel y la fábrica, cada una en su propio ámbito, serán las imágenes y centros vivos del control del nuevo sistema. De lo que se trataba era de disciplinar la psique de los individuos mediante la coacción sobre ella, de modo que interiorizaran la relación costo – beneficio de su actividad y, evidentemente, la mejor forma para hacerlo patente consistía en afectar su libertad (esto es, su capacidad para disponer de su fuerza de trabajo en el mercado). Por eso la pena privativa de libertad pasa a ser la pena por excelencia, ya que es la que mejor representa el tipo de control que ha de ejercer el Estado<sup>86</sup>.*

Ya se había mencionado que las condiciones económicas son el aspecto más importante en la estructura de una sociedad, pero también se afirmó, que su origen está representado por el fenómeno poder – dominación. Así, se puede explicar que con la construcción de la ideología del hombre trabajador, la clase dominante lograría que la clase dominada se pusiera a su servicio, que el sistema de producción fuera creciendo y dejando para el patrón grandes ganancias y

---

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 15

beneficios. Y por otra parte lograr el control de la clase trabajadora, que bajo pretexto de ser hombre de bien debía obedecer y trabajar para el poderoso capitalista.

Con todo lo que se ha mencionado se puede decir que con el cambio de sistema productivo surgían otros muchos aspectos que disfrazaban y hacían posible los intereses económicos de ese sistema. Por sí solo no lograría nada. Es el caso de la idea del hombre libre que podía contratarse, pero para que los dominantes lo logaran necesitarían de otros instrumentos que atendieran a quienes no siguieran este modelo, para ellos se inventó la pena de prisión la cual se encargaría de establecer el prototipo del desviado social.

## **2.5 Principios del Derecho Penal Clásico Liberal**

Anteriormente citamos, cómo a través del tiempo se ha tenido un estilo penal determinado y cómo se modificó y distribuyó la economía del castigo a partir de la construcción ideológica del hombre libre. Entre estas variables se encuentra la desaparición de los suplicios a cambio de la pena de prisión y así lograr castigos menos inmediatamente físicos.

A Cesar Bonesana, Marqués de Beccaria es a quien debemos la abolición del tormento en la mayor parte de los estados de Europa, la supresión de los suplicios y la mejoría de las leyes penales.

Una constante en el pensamiento de Beccaria es la combatividad. Por una parte, criticaba severamente al sistema penal entonces vigente, a la vez que perfilaba el que creía que debía reemplazarlo.

El sistema que criticaba tenía como distintivo la concepción que el absolutismo daba a la función punitiva, y a la existencia de una excesiva arbitrariedad judicial.

Especialmente criticó del Antiguo régimen lo siguiente:

La desproporción entre la gravedad de la falta y la severidad de la pena.

La desigualdad de las personas ante la ley y en la aplicación de ella.

El carácter expiatorio de la pena.

El abuso de la tortura y de la pena de muerte.

La indefinición de los delitos y las faltas.

El ilimitado poder del juez en la interpretación.

Los denominados juicios de Dios y la existencia de la Santa Inquisición.

La función represiva se ejercía sin limitación alguna, siendo los jueces sólo los mandatarios del poder real.

*La imposición de la pena y su ejecución tenía el sentido de una venganza expiatoria, tal como se lee en un escrito del siglo XVIII: La venganza está prohibida a los hombres y solo el Rey la puede ejercer por medio de sus oficiales, en virtud del poder que le viene de Dios<sup>87</sup>.*

Al hacer la crítica del sistema punitivo entonces vigente, Beccaria proponía reemplazarlo por un nuevo sistema penal, basado en una nueva filosofía política, la del demoliberalismo – basada en la democracia y la libertad –. Esta filosofía se ilustró en su famosa obra *De los Delitos y de las Penas*, la cual alcanzó un valor incalculable debido a la época en que se presentó.

## **2.5.1 Postulados Fundamentales**

### **1. Principio del Derecho de Castigar**

Como punto de partida Beccaria retoma el fundamento contractualista. Ya Rousseau<sup>88</sup> había dicho en el contrato social:

*Supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan por su resistencia a las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces este estado primitivo no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiara de manera de ser.*

*Ahora bien, como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepujar la*

---

<sup>87</sup> Cesare Beccaria. *De los Delitos y de las Penas*. Estudio preliminar de Nodier Agudelo Betancour, segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 17.

<sup>88</sup> Cfr. Rousseau Juan Jacobo. *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, Porrúa, México, 1979, p.9.

*resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar y de conformidad.*

*Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos, pero constituyendo la fuerza y la libertad de cada hombre los principales instrumentos para su conservación ¿Como podría comprometerlos sin perjudicarse y sin descuidar las obligaciones que tiene para consigo mismo? Esta dificultad, concretándola a mi objeto, puede enunciarse en los siguientes términos:*

*Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el Contrato Social.*

Beccaria, coincide con el punto de partida de Rousseau cuando en su obra de los Delitos y de las Penas menciona:

*Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos é independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el Soberano es su administrador y legítimo depositario<sup>89</sup>.*

Asentar el fundamento del derecho de castigar en el contrato social, expresando la voluntad popular, introducía limitantes a dicho poder y el cimiento del pacto lo constituía la necesidad: todo aquello que excediera los límites de la necesidad no estaría legitimado, pasaría a ser arbitrario y tiránico:

*Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito*

---

<sup>89</sup> Bonesano Cesare. *Tratado de los delitos y de las penas*, precedido de una noticia sobre Beccaria, quinta edición. Porrúa. México 1992, p.7.

*público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste á mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar: todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho<sup>90</sup>.*

## 2. Principio de Legalidad

Ya se había mencionado que Beccaria proponía un nuevo sistema penal basado en una nueva filosofía política, la del demoliberalismo. Esta filosofía tenía entre sus principios fundamentales el control del poder y del Estado a través del derecho. La ley implicaba una limitación de libertad, pero una vez establecida, ella era libertad, debido a que representa la voluntad general, además era una barrera que la autoridad no podría rebasar.

Mientras la mayoría de las actividades del ciudadano puede moverse sin necesidad de regla alguna, porque se parte de la base de que la libertad es el estado natural del hombre. La actividad del Estado no puede hacerse sino a través de normas.

El Principio de legalidad de los delitos y de las penas aparece como una consecuencia que sobresale de lo dicho en el principio del derecho de castigar. En efecto los hombres que vivían en un continuo estado de guerra sacrificaron parte de su libertad para gozar del resto con tranquilidad; la suma de esas porciones, constituye la soberanía y el soberano no es si no el depositario y administrador de esas porciones. Pero era necesario defender esas libertades entregadas, de los arrebatos de otros hombres, es decir, de los actos que dañaran las libertades entregadas.

*No bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuran todos no solo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles, que fueran bastantes á contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiere sumergir las*

---

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 10.

*leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes*<sup>91</sup>.

Pero ¿quien puede decretar estas penas? Beccaria afirma, que *solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad no puede darse sino al legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar á su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad*<sup>92</sup>. Es la ley la que decreta los delitos y las penas, y no el magistrado a su arbitrio o voluntad, pues ni siquiera él puede interpretar la ley por los peligros que ello implica para la libertad.

Este principio puede resumirse de la siguiente manera: todos los delitos que puedan imputarse a una persona y todas las penas que a ella puedan imponerse, deberán estar pre-establecidos en una ley emitida por el poder legislativo y mediante un procedimiento legalmente previsto.

### *3. Principio de la Separación de los Poderes.*

En este principio se nota la influencia de Carlos Luis Secondat, Barón de Montesquieu. Este filósofo le da una preponderancia exagerada tanto a las condiciones geográficas (el suelo y el clima) como a la fuerza de las instituciones políticas para influir sobre el espíritu de las leyes. En su forma de concebir el Estado Moderno, sostenía que las instituciones fundamentales de éste debían repartir sus fuerzas, de manera que se rompiera la concentración tradicional en uno solo o en unos pocos, de modo que el poder resultase dividido sin alterar la indivisibilidad del gobierno y del Estado. En este sentido, distingue dentro del Estado, tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial, los cuales deben estar en diferentes órganos del Estado.

Esta es la llamada separación de los poderes que implica un régimen de frenos y contrapesos que limitan los alcances o facultades de cada uno de lo poderes y garantiza a la vez, el ejercicio de las libertades y el cumplimiento de la legalidad

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 12.

que es el dominio de las leyes dentro del Estado. La legalidad es la garantía de la libertad.

Montesquieu había sostenido la necesidad de la existencia de tres poderes o, por lo contrario, el peligro que existe de abuso cuando ellos se concentran:

*Existe una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder, siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder<sup>93</sup>.*

Beccaria influenciado por esta corriente de pensamiento y en busca de un control del poder pensaba de idéntica manera. Esta separación de poderes traía consigo dos consecuencias:

Primeramente la necesidad de la existencia de magistrados para el juzgamiento de delitos y en segundo lugar la prohibición de la interpretación de la ley por parte del juez.

Por lo que refiere a la primera, se pretendía evitar el abuso a través de la concentración del poder. Es necesario que sean diferentes los que legislan de los que juzgan y de los que ejecutan.

*El Soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen á todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la Nación se dividiría en dos partes: una representada por el Soberano, que afirma la violación, y otra del acusado, que la niega. Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables, y consistan en meras aserciones ó negativas de hechos particulares<sup>94</sup>.*

---

<sup>93</sup> Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, España, 1987, en el capítulo IV del libro XI, p. 106.

<sup>94</sup> Bonesano Cesare, *Op. cit.*, p. 13.

Aquí surgía el anhelo de Beccaria de la total independencia de la magistratura, aunque a decir verdad siempre ha sido asediada por múltiples intereses.

En cuanto a la segunda consecuencia referente a la prohibición de la interpretación de la ley por parte del juez podemos decir: si de lo que se trataba era de que existiese una separación de poderes, el juez no debía interpretar la ley, debiendo limitarse a decir la ley. Si el juez interpretaba la ley podía entonces convertirse en legislador y este era el peligro a evitar, ya Montesquieu había dicho:

*Cuanto más se aproxima el Gobierno a la República, más fija será la manera de juzgar... En los Estados despóticos no hay leyes, el juez es su propia regla... En el Gobierno Republicano es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra el cual se pueda interpretar ninguna ley cuando se trate de sus bienes, de su honor o de su vida<sup>95</sup>.*

*Las sentencias deben ser fijas, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella<sup>96</sup>.*

Siguiendo estos pensamientos, el magistrado encargado de castigar la violación de la ley, no puede convertirse en legislador interpretándola y por eso debe limitarse a aplicarla en su tenor literal, evitando de esta manera los desvíos a lo que puede conducir.

Al respecto Beccaria manifestaba:

*Tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores<sup>97</sup>.*

Un desorden que nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal, no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación... *Un código*

---

<sup>95</sup> Montesquieu. *Op. cit.* p. 56

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 108 - 109.

<sup>97</sup> Bonesano Cesare, *Op. cit.* p14.

*fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja mas facultad al juez, que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son ó no conformes á la ley escrita*<sup>98</sup>.

La sentencia del juez debía ser un verdadero silogismo. Premisa mayor, que era la ley general que contempla el hecho; premisa menor, la acción que puede o no caer en el caso previsto por esa ley general; y finalmente la conclusión que sería la libertad o la pena. Con esta operación, más o menos mecánica se buscaba llegar a juicios garantistas. Esta pretensión de Beccaria, coincide con la de Montesquieu:

*Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*<sup>99</sup>.

#### 4. La pena: fundamento, fines de ella y requisitos de eficacia.

Ya se ha visto cómo el origen de la pena fue la necesidad de regular la coexistencia de los distintos miembros de la sociedad; la autoridad no sería sino la administradora de la soberanía resultante de las cuotas de libertad depositadas para el beneficio de todos. La función punitiva se ejerce pues por la necesidad de aplicar motivos sensibles como amenazas para el ciudadano que no quiera respetar el pacto. Atendiendo estos razonamientos podemos decir que el ejercicio de la pena es un mal necesario. De aquí surge que ella no debe aplicarse de modo arbitrario, sino que debe ser regulada y obedecer a ciertos criterios que sirven de control. Entre esos criterios se debe mencionar: la necesidad y la proporcionalidad. La pena debe fijarse sólo dentro del marco de la estricta necesidad, siendo tiránica y cruel la que exceda los límites de lo necesario:

*... las penas que sobrepasen la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por su naturaleza injustas; y tanto mas justas son las penas*

---

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>99</sup> Montesquieu, *Op. cit.* p. 112.

*, cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserve a sus súbditos<sup>100</sup>.*

Para Beccaria las penas son motivos sensibles mediante los cuales se pretende refrenar el ánimo despótico del ciudadano a sustraer la porción de libertad que enajenó y la de los demás. Ella no tiene por finalidad sino prevenir los delitos y en ningún momento atormentar al ciudadano por el hecho cometido. El delito cometido no se borrará por el hecho de hacer sufrir a quien lo cometió:

*El fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido... ¿Los gritos de dolor de un infeliz, harán que desaparezcan del tiempo, que no retrocede, las acciones ya consumadas? El fin, pues no es otro que el impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que lo hagan iguales<sup>101</sup>.*

La pena no debía tener, pues, una finalidad talional o retributiva. El mal de la pena no era un mal surgido porque se había causado otro mal, el cual pretendía expiar, sino que tenía por finalidad evitar nuevos delitos: ¿Cuál era el fin político de las penas? El solo hecho de causar terror a los hombres.

Beccaria reconoce que la pena era un mal y precisamente porque era un mal que se impone al ciudadano, había que limitarla, proporcionarla, regularla, es decir era necesaria una racionalización de la función punitiva, para que no hubiera abusos. Pero además de ser sin excesos debía tener eficacia:

*...el peso de la pena y la consecuencia de un delito, debe ser lo más eficaz que sea posible para los demás y lo menos dura para quien la sufre<sup>102</sup>.*

Una vez que se descartaba la finalidad retributiva de la pena, debiéndose atender solamente como función preventiva, Beccaria expresaba los criterios para atender

---

<sup>100</sup> Bonesano Cesare. *Op. cit.* p 9.

<sup>101</sup> *Ibidem.* p. 45.

<sup>102</sup> *Ibidem.*

a la eficacia según el fin en ella establecida: la prontitud y la certeza son dos características esenciales de la pena.

Esta prontitud se justificaba al razonar: si la cárcel o la detención preventiva cumplen un papel de simple custodia del individuo que ha delinquido, con el fin de evitar la fuga o el ocultamiento de pruebas por su parte, estas debían durar el menor tiempo posible y la pena debía aplicarse de manera rápida.

*... entre menor sea la distancia de tiempo, que haya entre la pena y el crimen, tanto más fuerte y más duradera será en el ánimo del hombre la asociación de estas dos ideas, delito y pena; al punto que se considerarán la una como causa y la otra como efecto necesario e indefectible; es necesario que exista proximidad entre el delito y la pena si se quiere que en las mentes de los hombres a la seductora pintura de un delito ventajoso, se perciba inmediatamente la idea asociada de la pena<sup>103</sup>.*

Con referencia a la certeza dice que no es la crueldad de una pena la que garantiza su eficacia sino su infalibilidad, esto es, la seguridad de que no puede equivocarse:

*La certeza de un castigo, aunque moderado, hará siempre una mayor impresión, que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad<sup>104</sup>.*

##### 5. Rechazo de la pena de muerte

La pena de muerte había sido impuesta de manera común y ejecutada con infinidad de tormentos. Los principios Beccarianos se declararon en contra de ella. A esta pena no se le considero ni útil ni necesaria, afirmaban que *no es la intensidad de la pena lo que produce el mayor efecto en el ánimo de los hombres, sino la extensión de ella, porque la sensibilidad se mueve con mas facilidad y permanencia con continuas y pequeñas impresiones, que una u otra pasajera, y*

---

<sup>103</sup> *Ibidem.* p. 82.

<sup>104</sup> *Ibidem.* P. 83.

*poco durable, aunque fuerte*<sup>105</sup>. Asimismo afirman que los trabajos forzados, por ejemplo, la pena de esclavitud, un hombre privado de su libertad, convertido en bestia de servicio, constituye el freno más poderoso contra los delitos. Son las impresiones duraderas y frecuentes y no las fuertes las que alejan a los hombres de los delitos. Las atrocidades inquisitivas antes que servir de freno a los delitos, tienen un efecto contrario. El pueblo se acostumbra a la ferocidad violenta, a la crueldad y ésta es fuente de delitos.

Sin embargo, Beccaria no se contenta con esta fundamentación de rechazo a la pena de muerte y presenta un argumento sustentado en consideraciones de mayor profundidad, como puede verse en las siguientes líneas:

*¿Qué derecho pueden atribuirse estos para despedazar a sus semejantes? Por cierto no el que resulta de la soberanía y de la leyes. ¿Son estas mas que una suma de cortas porciones de libertad de cada uno, que representan la voluntad general como agregado de los particulares? ¿Quien es aquel que ha querido dejar a los otros hombres el arbitrio de hacerlo morir? ¿Como puede decirse que en el mas corto sacrificio de la libertad de cada particular se halla aquel de la vida, grandísimo entre todos los bienes? Y si fue así hecho este sacrificio, ¿como se concuerda tal principio con el otro, en que se afirma que el hombre no es dueño de matarse? Debía serlo, si es que pudo dar a otro o a la sociedad entera este dominio*<sup>106</sup>.

En este razonamiento Beccaria se remonta al fundamento de la sociedad civil, el contrato social: el legislador no puede ir más allá de las cuotas de libertad que cada uno voluntariamente depositó, y el hombre no ha depositado el derecho a la vida, por ello pregunta ¿Quién es aquél que ha querido dejar a los otros hombres la decisión de vivir o morir?. Nadie, se debe asegurar, porque ningún hombre ha depositado el derecho de la vida, por la sola y única razón que ese derecho es considerado el más valioso.

---

<sup>105</sup> *Ibidem.* 120.

<sup>106</sup> *Ibidem.* p. 118.

Para Beccaria había reservas en la entrega de derechos a la sociedad, es decir, no debían entregarse todos, y precisamente había que poner obstáculos en cuanto al derecho de vivir. Frente a esta afirmación de que la vida era irrenunciable surge de inmediato la pregunta: ¿Por qué no puede estar en el mínimo sacrificio de la libertad de cada uno, el de mayor de todos los bienes que es la vida?. Porque si el hombre hubiera depositado también este derecho ¿como se armoniza ese principio de que el hombre no es dueño de matarse?. Por lo tanto si el hombre no es dueño de su vida, mal haría en disponer de ésta en el contrato social; y si no ha dispuesto de ella, el soberano o el legislador no pueden decidir sobre la misma decretando la pena de muerte<sup>107</sup>.

Debe destacarse, sin embargo, que a pesar del rechazo a la pena de muerte como principio general, el mismo Beccaria la aceptó en casos excepcionales. Esto ocurre en estas dos situaciones: a) cuando el sujeto, aun privado de libertad, tenga todavía el poder y relaciones que su muerte sea necesaria para la seguridad de la nación, y b) en tiempo de anarquía cuando los desórdenes mismos hacen las veces de leyes y la muerte fuere el verdadero y único freno para retener a los demás en su impulso de cometer delitos. De tales situaciones se debe decir que la aceptación de la pena muerte, tendría justificación, sólo cuando el hecho punible pudiese poner en riesgo al Estado, es decir, que el mismo fuese débil y se encontrara en peligro. Asimismo la aceptación va encaminada en el tiempo de revolución y guerra, cuando los desórdenes hicieran el papel de leyes. Pero sobre

---

<sup>107</sup> Es conveniente resaltar que la lucha de Beccaria por combatir la pena de muerte iba dirigida a la justificación que daba el Contrato Social de Rousseau, pues en él se decía: Se preguntará: no teniendo los particulares el derecho de disponer de su vida, ¿cómo pueden transmitir al soberano ese mismo derecho del cual carecen? Esta cuestión parece difícil de resolver por estar mal enunciada. El hombre tiene el derecho de arriesgar su propia vida para conservarla. ¿Se ha jamás dicho que el que se arroja por una ventana para salvarse de un incendio, es un suicida? o ¿se ha imputado nunca tal crimen al que perece en un naufragio cuyo peligro ignoraba al embarcarse? El Contrato social tienen por fin la conservación de los contratantes. El que quiere el fin quiere los medios, y estos medios son, en el presente caso, inseparables de algunos riesgos y aun algunas pérdidas. El que quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe también exponerla por ellos cuando sea necesario. En consecuencia, el ciudadano no es juez del peligro a que la ley lo expone, y cuando el soberano le dice: Es conveniente para el Estado que tú mueras, debe morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado. La pena de muerte infligida a los criminales puede ser considerada, más o menos, desde el mismo punto de vista: para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente el morir si se degenera en tal. En el contrato social, lejos de pensarse en disponer de su propia vida, solo se piensa en garantizarla, y no es de presumirse que ninguno de los contratantes premedite hacerse pretender. Rousseau Juan Jacobo, *Op. cit.* p. 18

tales exposiciones Beccaria resalta las ideas que podrían evitar llegar a los extremos de la pena capital. A este respecto manifiesta:

*... durante el reino tranquilo de las leyes, en una forma de gobierno, por la cual los votos de la nación estén reunidos, bien prevenida dentro y fuera con la fuerza y con la opinión, acaso más eficaz que la misma fuerza, donde el mando reside solo en el verdadero soberano, donde las riquezas compran placeres y no autoridad; no veo yo necesidad alguna de destruir a un ciudadano<sup>108</sup>.*

Es importante la mirada que realiza Beccaria del pasado. En ella podría estar la demostración de que la pena de muerte no es ni útil ni necesaria, gran reto de este autor. No hay prueba más contundente de la ineficacia de ciertos actos que la de experimentarlos. Cuando una y otra vez se obtiene el mismo resultado con ellos. La transgresión de las reglas, impuestas a los hombres a través de los siglos, no se ha eliminado. De una u otra forma la violación de las leyes siempre ha aparecido, los suplicios y la pena de muerte tampoco lograron la abstención de conductas prohibidas. La pena de muerte, mas que para evitar conductas prohibidas, ha funcionado como espectáculo del morbo humano.

*La experiencia de todos los siglos, es que el último suplicio no ha contenido a los hombres determinados a ofender la sociedad...la pena de muerte es un espectáculo para la mayor parte, y un objeto de compasión mezclado con desagrado para algunos: las resultas de estos diferentes dictámenes ocupan mas el ánimo de los concurrentes, que el terror saludable que la ley pretende inspirar<sup>109</sup>.*

## 6. Rechazo de la tortura

No se sabe de qué se abusaba más durante la época del antiguo régimen, si de la pena de muerte o de la tortura. El derecho de la época se basaba principalmente en el criterio de la intimidación, razón por la cual la tortura era utilizada como

---

<sup>108</sup> Cfr. Bonesano Cesare. *Op. cit.* p.119.

<sup>109</sup> *Ibidem.* p.121.

medio de escarmiento en la ejecución de la pena de muerte, convirtiéndose en uno de los pasos hacia su consumación.

La tortura era utilizada durante la instrucción del proceso con la siguientes finalidades: a) como medio de constreñimiento para la confesión del delito; b) por las contradicciones en que incurría; c) como medio para el descubrimiento de los cómplices, d) como purgación de infamia, y e) por otros delitos de los cuales, eventualmente, pudiera el sujeto ser responsable aunque de ellos no se acusara al procesado.

A cada uno de los anteriores motivos se refería Beccaria para impugnar el fundamento de la tortura. Al primer motivo opone el autor el siguiente razonamiento<sup>110</sup>: *nadie es reo antes de la sentencia que así lo declare y entonces el dilema es inexorable: "o el delito es cierto o él es incierto", si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, ya que es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados.* Y esta argumentación se ensaya no sólo desde el campo lógico, sino también desde otro punto de vista: todo acto de nuestra voluntad es siempre proporcionado a la fuerza de la impresión sensible que es su fuente y la sensibilidad de cada hombre es limitada. Por consiguiente, la impresión del dolor puede crecer al punto de que, ocupándola toda, no deje otra libertad al torturado que la de elegir el camino más corto, de momento, para sustraerse a la pena. Entonces, el inocente sensible se declarará culpable, si cree que con ello hará cesar el tormento. Toda diferencia entre culpables e inocentes desaparece por el medio mismo que se pretende emplear para descubrirla. *Este es el medio seguro para absolver a los criminales robustos y condenar a los inocentes débiles*<sup>111</sup>.

Encontramos aquí, la afirmación que se había manifestado con antelación, la imposición de un reconocimiento de autoconciencia. Es decir, cuando se encuentran dos autoconciencias, el juzgador por un lado y el inocente imputado por el otro y en ellos no se da un reconocimiento mutuo de sus conciencias,

---

<sup>110</sup> *Ibidem.* pp. 60-71.

<sup>111</sup> *Ibidem.*

traducidas éstas en cada una de sus afirmaciones respecto del delito investigado, entonces se entabla una lucha para saber en quién reside la verdad. Cuando en esa lucha el inocente imputado es vencido y éste valora más la vida que la libertad, opta por someterse al dominante, convirtiéndose en dominado y reconociendo sólo en aquél la autoconciencia, es decir, acepta el delito que el dominante decida imputarle.

Los argumentos que da Beccaria para criticar y rechazar la tortura son en su totalidad razonables. Esta afirmación se encuentra presente cuando dice que la tortura pone al inocente en peores condiciones que al responsable. Si a ambos se les aplica el tormento, el primero lleva las de perder ya que, o confiesa el delito y se le condena, o se le declara inocente y ha sufrido una pena indebida. En cambio, el reo tiene una probabilidad en su favor, toda vez que si resiste con firmeza a la tortura, se le debe absolver como inocente, con lo cual ha cambiado una pena mayor por otra menor. Por consiguiente, el inocente no puede más que perder, y el culpable tiene la posibilidad de ganar.

El segundo motivo que da Beccaria afirma: que es equivocada la tortura porque el temor de la pena, la falta de certeza del juicio, el aparato y la majestad del juez, la ignorancia, común a casi todos los criminales y a los inocentes pueden hacer caer en contradicción tanto al inocente como al reo que trata de encubrirse.

En relación al tercer motivo, dice: siendo idónea la tortura para encontrar la verdad, también lo será para descubrir a los cómplices que es una de las verdades a revelar. El hombre que se acusa a sí mismo, sostiene, puede acusar más fácilmente a los demás. Por otra parte, los cómplices pueden demostrarse por otros medios de prueba.

Refiriéndose al cuarto, afirma que ella parece haberse tomado de las ideas religiosas y espirituales que sostienen la purificación mediante el fuego. El siguiente sería el razonamiento: la infamia es una mancha civil y puesto que el dolor y el fuego quitan las manchas espirituales e incorpóreas, ¿por qué los espasmos de la tortura no habrían de quitar la mancha civil que es la infamia?

Finalmente, en relación con el quinto no se extiende en razonamientos para combatirlo, sino que utiliza una argumentación por el absurdo. Dice que torturar

para descubrir si el reo lo es de otros delitos, equivale a este razonamiento: eres reo de un delito, luego es posible que lo seas de cien otros delitos; esta duda me preocupa, y quiero cerciorarme por mi criterio de verdad; las leyes, pues, te atormentan porque eres reo, porque puedes ser reo y porque quiero que seas reo.

### 7. Rechazo de las acusaciones y pruebas secretas; publicidad de los procesos.

En el antiguo régimen, revestían gran importancia las acusaciones e investigaciones secretas en el procedimiento inquisitorial, Beccaria muestra la inconveniencia de tal sistema al resaltar el secreto como arma de la tiranía<sup>112</sup>:

*¿Quién podrá defenderse de la calumnia, cuando esté ella armada con el más poderoso escudo de la tiranía, que es el secreto?.*

A esta cuestión se refería Montesquieu cuando decía:

*...en las Repúblicas de Italia, los tres poderes están reunidos, y tienen menos libertad que en nuestras Monarquías. Por eso, el Gobierno necesita para mantenerse de medios tan violentos como los del Gobierno Turco. Prueba de ello son los inquisidores de Estado en Venecia y el buzón donde todo delator podía en cualquier momento depositar el escrito de su acusación*<sup>113</sup>.

En este buzón de acusaciones secretas cualquiera podía depositar allí un papel con la indicación de aquel a quien quería hacer aprender y procesar, trayendo esto como consecuencia, innumerables violaciones en contra de la libertad de los acusados.

Respecto de la publicidad en los juicios, indudablemente representaba una garantía para el ciudadano como lo citaba Beccaria:

*Sean públicos los juicios, y públicas las pruebas del reato, para que la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos...*<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 58-60.

<sup>113</sup> Montesquieu. *Op. cit.*, p.108.

<sup>114</sup> Beccaria. *Op. cit.*, p. 53.

Rescatar la obra de Beccaria, representa pedir la vigencia hasta nuestros días del argumento racional que ella contiene y acudir al encuentro de la ilustración europea que ella resumía. La batalla llevada por Beccaria no se culminó en su tiempo, por ello, nuestra atención debe fijarse en la batalla cotidiana.

Lamentablemente la lucha entablada frontalmente por los ilustrados no ha obtenido el triunfo deseado. Los principios liberales no han logrado mover del todo la práctica perniciosa de un actual poder arbitrario y despótico.

La realidad mexicana ha reflejado durante largo tiempo, una terrible desconfianza por las autoridades encargadas del poder punitivo. Nuestra inquietud es paralela con la de Beccaria, existe preocupación por la pena de muerte, por la tortura y por el respeto a los principios de la legalidad y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Estos principios parecen estar en su mayor crisis, los legisladores sólo saben que surgieron por allá en la Revolución Francesa, sin indagar por su origen, por su desarrollo histórico. Así el tiempo va transcurriendo y se olvidan del sufrimiento que causó su reconocimiento e instauración. Todo esto ocurre sin mirar a su alrededor, elaboran reformas, todas de máxima represión. De pronto nos encontramos con la dolorosa verdad de que estos principios liberales son casi letra muerta. Y preguntemos ¿practicamos alguna vez un Estado de derecho?

## **2.6 El Inalcanzable Estado de Derecho**

A partir del cambio económico del sistema de producción mercantilista al modo capitalista, la modernidad trató de justificar una nueva forma de control social, con postulados ideológicos como el de *soberanía popular*, el de *división de poderes*, el de *legalidad*, los de *responsabilidad de los servidores públicos* y los relativos al *respeto de las garantías individuales* para sancionar los abusos oficiales de poder. Esos principios emanados de la modernidad intentaron dar *seguridad y certeza jurídicas* y representaron el llamado Estado de Derecho.

Sin embargo, todas esas expectativas se vieron truncadas en los siglos XIX y XX por el desarrollo de un sistema capitalista desigual basado en la explotación del hombre por el hombre, que no podía producir un derecho igualitario. En los albores del siglo XXI, los avances científicos y tecnológicos han roto las fronteras

tradicionales de los países, para alcanzar, distintas y nuevas formas de dominación político – económicas globales. Esto provoca una mayor complejidad al encuadrar los principios de la modernidad, que buscaba respetar los nacionalismos territoriales, en las actuales reglas de economía global y de normas del Derecho penal transnacional.

La disparidad de estos principios con las actuales normas penales las podemos observar si consideramos que, *hoy se han vuelto jurídicamente éticas aquellas prácticas de las autoridades que durante el pensamiento moderno fueron consideradas delitos, como la invasión al domicilio, la intervención de las comunicaciones privadas o la detención de las personas por simple sospecha*<sup>115</sup>.

Esas situaciones jurídicas nacen en virtud de la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, las modificaciones a la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y la promulgación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en México. Esto refleja la nueva acción de los países centrales que controlan el sistema productivo para homogeneizar a nivel transnacional, las *normas modelo* que abren el camino hacia formas jurídicas posmodernas, mucho más represivas y violatorias de los principios de la modernidad.

Las promesas que daba el Estado de Derecho, en los países con grandes desigualdades, no llegaron a realizarse. A través del tiempo y hasta nuestros días se ilustra la desconfianza de los gobernados por someterse a leyes y autoridades espurias, es decir, ilegítimas que no respetaron los principios propios del Estado de Derecho. Por esto no ha habido certidumbre en las normas, ni en el actuar de los servidores públicos.

De ahí que depositar el futuro jurídico en las manos del Derecho requiere de autoridades respetuosas de los principios generales y de la legalidad. De otra manera el derecho no es posible, pues se resuelve con decisiones de poder y no con decisiones jurídicas.

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

---

<sup>115</sup> González Vidaurri, Alicia. *Criminología: Vida y Movimiento*, en *La Criminología del Siglo XXI en América Latina*. Coordinador Carlos Alberto Elbert. Buenos Aires, Argentina. 1999, p. 250.

## **CAPÍTULO III**

### **LA CONCIENCIA DE REALIDAD GLOBAL Y NEOLIBERAL**

**SUMARIO.** 3.1 *La Apertura de las fronteras económicas.* 3.2 *La Apertura de la Fronteras Jurídicas y El Derecho Penal Transnacional.* 3.3 *Posmodernidad Política Jurídica en México y su Programa de Restricción de Garantías.* 3.3.1 *La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.* 3.3.2 *Reformas Constituciones de 1993, 1996 y 1999.* 3.3.3 *La Criminalidad Organizada y la Política Criminal Mexicana.* 3.3.3.1 *El crimen organizado.* 3.3.3.2 *La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.* 3.4 *El Garantismo Penal, Una Alternativa.* 3.4.1 *Principios de Derecho Penal Mínimo.*

#### **3.1 La Apertura de las Fronteras Económicas**

Hemos llegado al punto de considerar a la actividad económica como algo inherente a todo grupo social. El actuar de todo individuo interviene en el proceso de producción, distribución y consumo de bienes. A este proceso incluso contribuye el marginado social, *aunque su participación sea solamente en el consumo de dichos bienes.*

La actividad comercial ha ido creciendo a grado tal que, las formas en que tradicionalmente se había venido expresando (crecimiento nacional hacia adentro) llegaron a ser inoperantes para un sistema de producción que creció al exceso en los países ricos, al grado de romper las fronteras nacionales e imponer sus productos a los países pobres menos industrializados.

Con los adelantos científicos y tecnológicos, tales como: las exploraciones espaciales, la energía nuclear aplicada a producciones bélicas y pacíficas, la creación y usos de nuevos materiales como la fibra óptica, los progresos de la biotecnología en la vida vegetal y animal, el avance espectacular de las telecomunicaciones, el manejo de satélites y la revolución de la informática, las empresas transnacionales reafirman su hegemonía no ya a niveles internos y nacionales, sino que se lanzan a la conquista mundial, con el estandarte del libre mercado y logran derribar las fronteras económicas y sus correspondientes aranceles comerciales.

Hoy la producción comercial, por ejemplo en el sector automotriz, electrónico y de comunicación alcanza niveles altísimos y su fabricación se expande día a día por nuevos e innumerables mercados internacionales. De esta manera se materializa una globalización que atenta contra las regulaciones nacionales comerciales y aduaneras.

Las fronteras arancelarias son consideradas barreras y obstáculos al libre mercado y por lo tanto una traba para el nuevo orden económico global.

*Con el vocablo globalización económica se identifica al proceso de interrelación entre diversos mercados, generalmente por conducto de agentes privados (compañías multinacionales) y cuyo objeto primordial consiste en ensanchar su escala de ganancias por la venta de productos y servicios o el establecimiento directo de filiales con el fin de reducir costos o el de competir en mercados protegidos, es, en síntesis, la eliminación de las fronteras bajo el signo de libre mercado<sup>116</sup>.*

Paralelamente al surgimiento de la globalización económica aparece un nuevo sistema político de dominación que se adecua a los fines de la globalización, es el llamado Estado Neoliberal, que no es otra cosa que la implantación de estrategias tendientes a llevar a buen término las expansiones comerciales, la ley de la oferta y la demanda y la libre competencia. *Es algo más que la frase dejar hacer y dejar pasar, es en síntesis, hacer que pase y hacer que dejen que pase. El trasfondo de esta ideología política, es evitar y en su caso eliminar, los obstáculos que se presenten ante este fenómeno económico mundial<sup>117</sup>.*

Con el Estado Neoliberal surge una enorme desigualdad entre las naciones. En cuanto a los niveles de desarrollo comercial, preocupa en la actualidad a los países pobres, es un impedimento a su crecimiento interno de difícil superación, pero que ha sido aprovechado por grupos económicos desarraigados de responsabilidad humana, con la sola meta de la ganancia y el poder, generándose

---

<sup>116</sup> Regino, Gabriel, *Globalización, Neoliberalismo y Control Social, ¿Hacia dónde se dirige el Derecho Penal en México?*, en Revista Criminología, año LXV, n° 1, enero – abril 1999, México, Porrúa, p. 114.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 116.

potentes empresas trasnacionales que miran solamente a la obtención de capital y no al beneficio compartido de estos ingresos y de estos adelantos científicos.

En síntesis, la globalización expresa una concentración de poder económico mundial en los países ricos y provoca la ruptura de la economía de los países pobres, transformando los sistemas productivos tradicionales a fabricas mundiales que lesionan a las sociedades débiles en su autonomía y proyectos nacionales independientes.

### **3.2 La Apertura de las Fronteras Jurídicas y el Derecho Penal Trasnacional**

Si por globalización entendemos *la unión de todas las fuerzas reales y activas de la sociedad actual en torno al modelo capitalista postindustrial de los países ricos*<sup>118</sup>, debemos afirmar que los nacionalismos, regionalismos y localismos no tienen posibilidad alguna ni viabilidad, si pretenden ser distintos al modelo globalizador. Lo que se anhela, es vender en un mercado mundial donde sólo exista actividad económica de competencia, por lo tanto, aquellos Estados que no reúnan esta condición estarán fuera del modelo impuesto por la gobalización.

Hemos afirmado que la globalización económica tiene como eje principal la apertura de los mercados. Esto trae como consecuencia que la soberanía de los Estados sea un elemento contrario al expansionismo comercial. Por ello, ha sido necesario que las políticas jurídicas adoptadas por el neoliberalismo traten de justificar la ruptura de las soberanías de los Estados nacionales.

*La globalización económica y tecnológica está desintegrando los conceptos de soberanía, de territorialidad de la ley de los Estados nacionales que formalmente se ostentaban como modernos, eliminando las fronteras para el flujo de mercancías y de capitales, y construyendo una legalidad trasnacional para la creación y aplicación de normas extra – nacionales*<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> Molina Piñeiro, Luis. *Problemas Jurídicos derivados del Subdesarrollo frente a la Globalización*, en Revista Lex, tercera época, año III, número 24, México, junio 1997, p. 60.

<sup>119</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Op. cit.*, p. 135.

La apertura de las fronteras económicas provoca paralelamente la apertura de fronteras jurídicas. Para llegar a los fines de la globalización, es necesario que el modelo a seguir no se circunscriba únicamente al aspecto comercial, sino que debe fijar directrices jurídico – políticas ajenas a los Estados nacionales. De esta manera se construye particularmente la legalidad que todas las naciones deberán adoptar ante el cambio neoliberal.

El diseño de la actual política económica intenta destruir el orden jurídico anterior – denominado Estado Moderno –, para imponer una estructura jurídica que responda a los nuevos conceptos globales y a las expectativas del discurso económico, cuyo punto de partida sea asegurar el comercio y reduzca al Derecho a un aspecto secundario cuya tarea se limite a preservar actividades como la de la privatización de los Estados, el libre comercio y el control social transnacional.

La actual transformación en el Estado Mexicano del sistema jurídico liberal se ve ampliamente reflejada en el área del Derecho Penal. La implantación de reformas legales, la creación de leyes especiales y en general la política adoptada de *máxima represión* son algunas de las figuras que patrocinan al nuevo Derecho Penal Transnacional, el cual tiene su origen real, a partir de los compromisos internacionales adquiridos, que buscan liberar de todo obstáculo a la poderosa actividad económica mundial.

Pero además, este neoliberalismo no es sólo un Estado que protege al mercado y transforma al derecho penal, sino que aparece como un sistema que busca tener una total eficacia. Para lograrlo, es necesario que controle la ideología de los integrantes del Estado. Y esta ideología será la conciencia de los países ricos, que afirman que no hay sino una fórmula para llegar a serlo y que los países pobres deben aplicarla, por lo que cualquier desviación del modelo debe ser excluida por ajena al desarrollo de la clase económica dominante. De esta manera se irripone la ideología de bondad, a las empresas comerciales que tienen nivel de competencia y se rechaza a los grupos marginales por causar enorme daño a la potente actividad comercial. Así etiquetan al enemigo social, a quien el Estado debe reprimir. El Estado se reafirma, justifica su existencia y convierte la lucha de todos contra todos, de todos contra uno

Las exigencias del Estado para ejercer un efectivo control social, siempre han requerido la manipulación de las ideologías de todo el grupo social. Así como la modernidad totalizó la idea del hombre libre y el concepto del Estado de Derecho para llegar al llamado bienestar social, el Estado Neoliberal impone ideologías como la competencia, el progreso y la superación para que el hombre llegue así a la felicidad.

La construcción de un sistema neoliberal requiere desmontar el armazón legal de derechos que caracterizaron al llamado Estado de Derecho Moderno surgido de la filosofía liberal. Y ello se debe a que los principios globales y neoliberales sólo atienden el interés de los sectores poderosos y de competencia, donde la desigualdad es un valor positivo e imprescindible: Su doctrina se levanta sobre el principio de la redistribución de los ingresos de los pobres a los ricos. El sustentar las legislaciones en los conceptos de igualdad y de derechos choca de frente con el modelo globalizador.

*Las sociedades, lejos de ser consensuales, se estructuran jerárquicamente y por lo tanto, expresan relaciones de dominación y sumisión;... la igualdad y homogeneidad entre los hombres es un mito cuyo objetivo sigue siendo la exclusión y la condena de los que son diferentes<sup>120</sup>.*

### **3.3 Posmodernidad Político Jurídica en México y su Programa de Restricción de Garantías**

*Se denomina posmodernidad político-jurídica a la imposición de reglas de control social internacional, que hacen los países ricos, a los Estados pobres, obligándolos a pasar de la premodernidad en que viven, a la posmodernidad del control legal y de facto, extra-territorial<sup>121</sup>.*

Las nuevas modalidades globales, impuestas al Estado moderno liberal, provocaron que se fuera transformando en un Estado posmoderno, representativo del neoliberalismo y la globalización. El derecho moderno en México está siendo

<sup>120</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, México, INACIPE, 2000, p. 12.

<sup>121</sup> Sánchez Sandoval, Augusto. *Construcción Particular de la Realidad*, op. cit. p. 178.

arrasado por criterios de desarrollo comercial y nuevas formas de accionar políticas. La posmodernidad responde a criterios político – jurídicos que buscan el desarrollo comercial, dejando fuera los principios liberales y se adoptan los del Estado viable, el Estado posible, el Estado abierto y competitivo, pero determinado e influenciado por la dinámica internacional.

*El término posmodernidad pertenece a una red de conceptos y pensamientos post – sociedad post-industrial, post-estructuralismo, post-empirismo, post-racionalismo –en los que, según parece, trata de articularse así misma la conciencia de un cambio de época, conciencia cuyos contornos son aún imprecisos, confusos y ambivalentes, pero cuya experiencia central, la de la muerte de la razón, parece anunciar el fin de un proyecto histórico: el proyecto de la modernidad, el proyecto de la ilustración europea, o finalmente, también el proyecto de la civilización occidental<sup>122</sup>.*

Así como el sistema liberal de producción justificó su control al crear un sistema jurídico que constituyó el Estado de Derecho, de la misma manera el nuevo sistema neoliberal argumenta conceptos como la protección a la salud y el combate a la delincuencia para justificar su sistema jurídico de control y dominación. Este sistema busca el máximo beneficio al menor costo y deja afuera del modelo a una mayoría significativa del grupo, a la cual etiqueta como el enemigo social al que habrá que eliminar a cualquier costo.

El combate contra este enemigo debe ser lo más eficaz posible y precisamente la eliminación de él se consigue con la represión de su libertad. Los principios liberales, no tienen ya cabida, las garantías penales otorgadas por la modernidad representan una barrera para los fines neoliberales y habrá que destruirlas. El Estado considera que ante la problemática del desecho humano – la gente que no sirve ni para ser explotada –, su única alternativa la representa el Derecho penal. Pero además de toda la disminución de derechos para la clase marginada, el Estado Mexicano implanta una política más: la necesaria reducción de las

---

<sup>122</sup> Pérez Miranda, Rafael. *El Estado Posmoderno y el Derecho Penal Económico*, en Cuadernos de Posgrado, serie a, número 7, México, UNAM, ENEP Acatlán, 1998, p.23.

exigencias legales que la autoridad debe tener para el ejercicio del poder punitivo del Estado.

*El Derecho penal que se está construyendo en México, sigue el modelo neoliberal que tiende a la implantación de un control absoluto y antidemocrático, lo que pone de manifiesto la crisis del llamado Estado de Bienestar – nunca completamente alcanzado – . En el fondo se recurre a antiguas soluciones que ya han demostrado ser ineficaces y que, por lo tanto, no son aptas para solucionar la crisis<sup>123</sup>.*

Por todo esto, decimos que los principios del Derecho moderno están desapareciendo, para dar paso a una posmodernidad política jurídica en México que restringe las garantías individuales heredadas de la modernidad y que disminuye los límites legales para el actuar de la autoridad encargada del ejercicio del poder punitivo del Estado.

Los instrumentos más relevantes que marcan las pautas hacia la posmodernidad político – jurídica y por lo tanto hacia el nuevo control social nacional e internacional están constituidos por:

- La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas firmada en Viena en diciembre de 1988, ratificada por México y promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Septiembre de 1990.
- Las modificaciones Constitucionales de 1993 a los artículos 16, 20 y 119; las de 1996 a los artículos 16, 20 y 22; y la de 1999 a los artículos 16, 19 y 22.
- La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

### **3.3.1 La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas**

El discurso oficial, que México ha utilizado para la instauración de nuevos principios jurídicos que respalden al Derecho Penal Transnacional, se refleja en conceptos como el de la protección a la salud y la lucha contra la delincuencia

---

<sup>123</sup> Bustos Ramírez. Juan. *Op. cit.* p.23.

organizada. Este discurso afirma, por ejemplo, que es una preocupación del gobierno mexicano el crecimiento que tiene la demanda ilícita de drogas. Para ello, es necesario que el Estado combata ese fenómeno con una serie de medidas legales, que representen además, parte importante de la cooperación global que debe predominar frente a este problema.

Como expresión del compromiso asumido por México para entrar al modelo neoliberal y así fortalecer la cooperación internacional, nuestro país se suscribió a la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas adoptada en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988 y promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de septiembre de 1990. A partir de ella se construyen los principios que regirán el nuevo tipo de Derecho penal en México.

En virtud del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención de Viena fue tomada con el carácter de Ley Suprema de toda la Unión, aunque como más adelante lo citaremos no debió haber sido así, por las violaciones a los principios jurídicos que contiene la misma. El citado numeral expresa:

*Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados<sup>124</sup>.*

Con el rango que alcanzó la Convención de Viena, su obligatoriedad impuso a México la creación de medidas de control respecto a la producción, distribución y consumo de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Pero además contempla una serie de formas sancionatorias novedosas que no aparecían en ninguna de

---

<sup>124</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 133. Sista. México, 2000, p. 133.

las precedentes convenciones firmadas para reprimir los estupefacientes<sup>125</sup>. Alguna de estas formas de sanción novedosas contemplaba principalmente atacar o perseguir al narcotráfico, por medio del decomiso de los bienes surgidos directa o indirectamente de tal actividad y de las sustancias y elementos utilizados en la producción de los estupefacientes y psicotrópicos.

En cuanto a los bienes jurídicos que asegura proteger dicha Convención, de las consideraciones iniciales se desprende que estos bienes son la protección a la salud y el combate a la delincuencia. Sin embargo, este discurso es sumamente cuestionable si se compara con otras actividades comerciales que dañan en mayor grado y número la salud física del hombre. Es el caso de las industrias dedicadas al alcohol y al tabaco, en donde el Estado participa abriendo caminos que permiten su producción, distribución y consumo.

Las consideraciones expresadas en la citada Convención afirman que los Estados:

*Profundamente preocupados por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que presentan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad.*

*Profundamente preocupados asimismo por las sostenida y creciente penetración del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en los diversos grupos sociales y, particularmente, por la utilización de niños en muchas partes del mundo como mercado de consumo y como instrumentos para la producción, la distribución y el comercio ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, lo que entraña un peligro de gravedad incalculable,*

*Reconociendo los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados,...*<sup>126</sup>

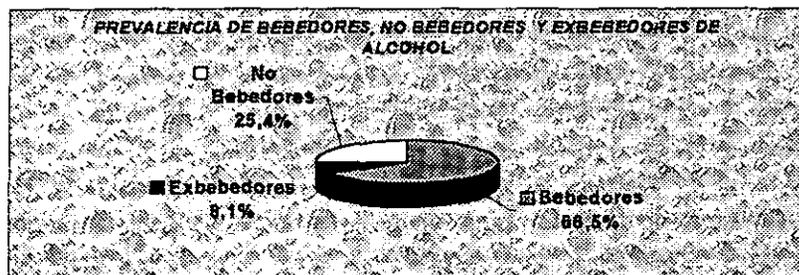
<sup>125</sup> Las Convenciones precedentes a la Convención de Viena son la de la Haya de 1911, la Convención Única de Viena de 1961, que fue adicionada por la de Nueva York de 1971. Cfr. Saavedra R., Edgar, Del Olmo, Rosa. *La Convención de Viena y el Narcotráfico*. Temis, Bogotá, Colombia, 1991. P. 3.

<sup>126</sup> Secretaría de Relaciones Exteriores. *Decreto de Promulgación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas adoptada en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988*, en Diario Oficial de la Federación, México, 5 de septiembre de 1990, p. 3.

Además de afirmar su preocupación por la salud y por la seguridad de los Estados, la Convención afirma dichos Estados se encuentran profundamente preocupados porque sean niños los consumidores de estas sustancias prohibidas. Cabe mencionar que en el caso de la comercialización del alcohol y el tabaco, las estrategias de consumo alcanzan numerosos sectores, entre los que existe gran variedad de grupos en cuanto a su edad, sexo y posición social. El mercado comprende, niños, jóvenes, hombres maduros y ancianos. Para la mercadotecnia no hay límite en cuanto a consumidores, lo importante es vender. Por ello, es necesario que el Estado contribuya con las transnacionales que comercializan estos productos y que adopten políticas que tienen por objeto destruir cualquier traba que pudieran impedir su actividad comercial. Los bienes que asegura proteger el Estado Mexicano, al adoptarse a esta Convención, son puestos en duda, si hacemos la siguiente consideración:

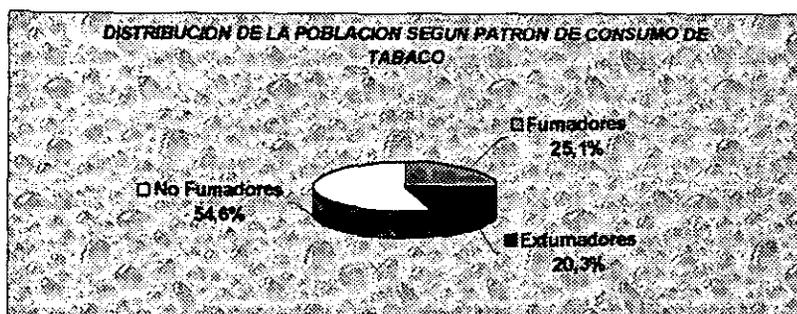
Derivado de la Encuesta Nacional de Adicciones que se llevó a cabo con el apoyo de la Secretaría de Salud y el gobierno de los Estados Unidos de América, a través de la Oficina de Narcóticos de su Embajada en México, se obtuvieron resultados generales de los consumidores de alcohol, tabaco y drogas ilegales durante 1993.

*La distribución porcentual de los diferentes patrones de consumo muestra como dos terceras partes de la población a nivel nacional pueden clasificarse como bebedores<sup>127</sup>, es decir consumidores de drogas legales.*



<sup>127</sup> Secretaría de Salud, *Encuesta Nacional de Adicciones, Tomo I*, México, 1993, p. 38.

Los resultados obtenidos a nivel nacional, mostraron que el 25% de la población son fumadores, 20% son ex - fumadores y el 54.6% no fumadores<sup>128</sup>, es decir consumidores de drogas lícitas.



El consumo de Drogas Ilegales "alguna vez en la vida" se estimó en el 3.9% de la población. La prevalencia de consumo durante el último año para drogas ilegales fue el 0.7% de la población. La prevalencia para uso de drogas ilegales en los últimos 30 días muestra que el 0.4 % de personas las consumieron<sup>129</sup>.



<sup>128</sup> *Ibidem*, Tomo II, p. 37.

<sup>129</sup> *Ibidem*, Tomo III, p. 37.

De estos resultados puede compararse la disparidad que existe en el Estado mexicano entre los consumidores de las drogas permitidas como el alcohol y el tabaco y los consumidores de las drogas prohibidas. El número de adictos al alcohol alcanza a nivel nacional poco más de 28 millones de individuos, de tabaco más de 10 millones y de drogas ilegales cerca de 200 mil personas las han consumido en los últimos treinta días<sup>130</sup>. De esta manera es puesto en duda el discurso del Estado que afirma estar profundamente preocupado por la salud. Sin embargo no combate la comercialización de las drogas permitidas, a sabiendas que su consumo es excesivamente más alto que el de las drogas prohibidas y por lo tanto dañan en mayor grado la salud pública.

*Entre las drogas de uso social se considera al alcohol y al tabaco y son las que ocupan principalmente a los estudios epidemiológicos mundiales dado su alto nivel de toxicidad y daños que ocasionan a la salud física. Las drogas consideradas lícitas tienen consecuencias nefastas tanto en la salud y la productividad individual como en el desarrollo de un país<sup>131</sup>.*

Es posible entonces que el mercado de drogas ilegales al estar fuera del alcance del Estado y al no tener aparentemente en ellas participación económica ni política, sea considerado como enemigo de su economía formal. Se permite en cambio el comercio de algunas drogas llamadas lícitas, que sí dan frutos a esa economía formal y es por ello que reciben el apoyo del sistema. Quedaría por saberse, si las grandes empresas transnacionales amigas del Estado tuvieran el control de las drogas ilegales, ¿el sistema económico neoliberal apoyaría su comercialización?

El mercado ilícito de drogas tóxicas prohibidas no es diferente del mercado de drogas tóxicas permitidas. En los Estados Unidos de América las mafias surgieron como consecuencia del prohibicionismo del alcohol en los años veinte y principios de los treinta. Esto cualquiera lo sabe después de haber visto la serie de televisión "Los Intocables". Ahora se afronta nuevamente el problema de las mafias como

---

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> <http://www.ctv.es/USERS/mgrev/uso3.htm> , *El Uso de Drogas Lícitas y sus Consecuencias*, p.p. 1-2.

consecuencia del prohibicionismo de las drogas prohibidas. Pero a diferencia de la solución dada al fenómeno del alcohol, el país del norte pretende dar un remedio diferente. Se olvida que se trata de un fenómeno ocasional de mercado, basado en las leyes de la oferta y la demanda, estimulada por el alto consumo, que hacen del tráfico de drogas uno de los negocios más rentables.

La solución que Estados Unidos emplea para el tráfico de drogas prohibidas, se basan principalmente en etiquetar al enemigo social. Este enemigo, según la autoridad estadounidense, conspira contra el virtuoso pueblo de los Estados Unidos de América, enviándoles miles de toneladas de drogas tóxicas prohibidas, a cambio de millones de toneladas que ellos envían de drogas tóxicas permitidas, como el alcohol y el tabaco, que se consumen en gran escala y que constituyen una verdadera amenaza contra la salud de estos pueblos afectados por la construcción ideológica del consumismo. Pero esto no tiene importancia, pues los malos están aquí y no en el norte y hay que castigarlos con todo el rigor.

No debemos olvidar que desde los remotos tiempos el hombre usa sustancias tóxicas y hasta ahora nada catastrófico ha ocurrido, aparte del alcoholismo y el tabaquismo como enfermedades que pueden –y de hecho conducen– a la muerte. Con estas reflexiones no se pretende afirmar que el consumo de drogas ilegales no cause daño físico, pero es necesario observar que el discurso jurídico no siempre protege los bienes que enuncia, sino más bien combate al estigmatizado: el enemigo social. En este caso, al que trafica y al mercado que está fuera de su control.

Por otra parte, diremos que la citada Convención de las Naciones Unidas originó el surgimiento de nuevas figuras jurídicas en el Estado mexicano, en virtud de que la misma obliga a los Estados que la adoptan a crear en su derecho interno las medidas necesarias que lleven a cabo los fines de dicha Convención. A partir de estas figuras se crearon otras tantas que tuvieron como fin la extensión del Derecho Penal y la disminución de las exigencias legales para la autoridad encargada del poder punitivo del Estado.

La adhesión a la Convención firmada en Viena transforma la política jurídica que hasta entonces México había adoptado; esta transformación se observa en las siguientes disposiciones<sup>132</sup>:

- En el artículo 3º de esta Convención se expresa que con una simple suposición es posible **incriminar** a un individuo. Basta para ello, presumir de las circunstancias objetivas del caso, la intención, el conocimiento o la finalidad de los elementos que constituyen el delito. Se renuncia a los conceptos de probar y acreditar el delito, y se adopta los de presunción y sospecha.
- Asimismo el artículo 3º, en su párrafo quinto, fracción h) ordena **agravar** por analogía el delito. El citado numeral menciona que se dará particular gravedad al hecho punible si existe una declaración de culpabilidad anterior, en particular **por delitos análogos**. Contrariamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe en el párrafo segundo, del artículo 14, que se imponga en los juicios del orden criminal alguna pena por simple analogía o aún por mayoría de razón. No obstante, en este mismo numeral de la Convención se alude a que será en la medida en que el derecho interno de cada una de las partes lo permita. En el caso mexicano, recordemos que la figura de la analogía es utilizada en diversos momentos en un juicio criminal – como es el caso del informe de anteriores ingresos, el cuál es tomado en cuenta al momento de resolver una situación jurídica definitiva o para negar una libertad bajo caución –, por lo que se entiende que aún estando en contra de nuestra Constitución, esto no será obstáculo para su aplicación.
- En el mismo artículo 3º, en su párrafo sexto, se subrayan las medidas a tomar en materia de **discrecionalidad** legal por parte de la autoridad. En él se establece que los Estados se esforzarán para asegurarse de que cualesquiera facultades discrecionales, relativas al enjuiciamiento de personas se ejercerán para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión de esos delitos.

---

<sup>132</sup> Cfr. Secretaría de Relaciones Exteriores, *Ibidem*, p.p. 3-21.

Contrariamente, nuestra Constitución expresa en su artículo 14 que las penas de un juicio criminal deberán imponerse sólo cuando estén decretadas por una ley exactamente aplicable al delito que se trate y es un principio general de derecho que el servidor público solo puede hacer lo que la norma taxativamente ordena, para evitar la discrecionalidad.

- El artículo 3º, en su párrafo séptimo, establece que los Tribunales y demás autoridades competentes deberán **disminuir los beneficios penitenciarios** de libertad anticipada o de libertad condicional, en los casos de declarar culpable a alguna persona por alguno de los delitos a que se refiere la citada Convención. Además se refiere a la gravedad de estos delitos de acuerdo a la descripción que se hace en el párrafo quinto, del mismo artículo 3º, de donde se desprende que la mayoría de los delitos relacionados con estupefacientes y sustancias psicotrópicas son considerados graves. Por lo tanto, desaparecen por completo los beneficios que se daban en el proceso penal tal es el caso de la libertad condicional, así como los beneficios que se daban en el momento de compurgar una condena, por ejemplo en el caso de la libertad preparatoria o la remisión parcial de la pena.

- El artículo 3º, en su párrafo octavo, establece que los Estados deberán dictar, en sus legislaciones internas, disposiciones sobre la **prolongación de los términos de prescripción**, en los casos de delitos tipificados por la Convención en comento. De esta forma se estará en posibilidad de ejercer una mayor y efectiva represión en contra de individuos inmiscuidos en estos ilícitos.

- El párrafo séptimo, del artículo 5º, modifica el concepto de la carga de la prueba. Dentro de nuestro sistema jurídico penal, existe la presunción de inocencia. Es el Estado quien, por medio de sus instrumentos y de sus funcionarios judiciales, debe mostrarle al ciudadano que ha dejado de ser presumido inocente y que existe la duda de su responsabilidad penal.

La Convención de Viena propone que tratándose del delito de enriquecimiento ilícito se invierta **la carga de la prueba**. Esto significa fundamentalmente, que el

sospechoso tiene la obligación de explicar la procedencia de su dinero. Si alguien no logra demostrar la licitud de su origen, esa persona será incriminada como delincuente. Se deja fuera de toda posibilidad, aquellas acciones de descuido y que de buena fe pudieron haber cometido los individuos señalados con sospecha.

- En el párrafo segundo, del artículo 4º, se establece que los Estados se comprometen a **declararse competentes** de los delitos tipificados por la Convención de Viena. También se obligan a conceder la extradición cuando sea requerida. Si esto no sucede, deberá juzgar al sujeto de acuerdo a las leyes construidas y derivadas de la Convención. Es decir, reprimir al máximo y en el país que sea de acuerdo a los principios establecidos por la misma.

- El párrafo cuarto, del artículo 7º, establece la colaboración de testigos e incluso de personas que estén detenidas en un país para la integración de procesos penales en otro. Esto implica que los Estados puedan **ocupar como testigos a individuos extranjeros relacionados con algún delito** y así integrar averiguaciones en otro país en los términos convenientes a la autoridad. El utilizar testimonios de personas relacionados con alguna causa delictiva, forzosamente implica un interés mutuo. Es decir, a la autoridad le interesa que el inculparlo haga ciertas afirmaciones para estar en posibilidad de incriminar al enemigo social y al testigo transgresor le importa conseguir algún beneficio a la privación de su libertad.

- En el párrafo quinto, del artículo 7º, la Convención de Viena propone la **abolición del secreto bancario** para que en cualquier momento, cuando una autoridad judicial lo requiera, cualquier banco del mundo suministre la información que le sea solicitada para poder detectar la grandes sumas de dinero que no hayan dejado la correspondiente ganancia a los representantes del Estado. Las millonarias cuentas bancarias sólo podrán ser de quienes tengan su respaldo y estas sólo podrán ser las poderosas empresas trasnacionales que el propio Estado ha calificado como legítimas.

- El artículo 5º establece la principal política de esta Convención para combatir o atacar al narcotráfico. Esta consiste, en el **decomiso de los bienes** surgidos directa o indirectamente de tal actividad y de las sustancias y elementos utilizados en su producción. Es la finalidad principal de la Convención de Viena atacar los capitales del narcotráfico. Este ataque garantiza una efectiva persecución a este criminal comercio, sin embargo como hemos afirmado con anterioridad, al Estado sólo le preocupa no participar en el proceso comercial de las drogas prohibidas. Además, la comercialización de ellas representa un grave peligro a los intereses de las poderosas empresas trasnacionales, por el hecho de que los grupos del narcotráfico han logrado competir con ellas y han alcanzado increíbles niveles de poder político y económico.

- En el artículo 11º, de la citada Convención, aparece el concepto de la entrega vigilada, que no es otra cosa que la figura del agente provocador del delito. Es decir, **la incitación** de un individuo, para que otro cometa un hecho punible relacionado con el narcotráfico. Este es el caso de los informadores secretos, que se encuentran infiltrados entre los grupos dedicados a esta actividad.

Es necesario observar a los encargados de la persecución de esta actividad comercial. En un sin número de veces han sido los principales colaboradores en la distribución de Estupefacientes y Sustancia Psicotrópicas. Ahora, con la incitación a estos delitos de manera oficial no se puede asegurar que se descubrirá el modo de operación de estos grupos, ni se podrá decir que se combate con mayor eficacia este fenómeno. ¿Por qué decir que el problema consiste en descubrir lo que ya está descubierto? ¿Acaso con la incitación legal a estos delitos no se pone en riesgo aún más que los agentes encargados participen pero no denuncien tal actividad?

Múltiples preceptos de la Convención de Viena manifiestan que se atenderá siempre al derecho interno de cada Estado para la aplicación de la misma. En el caso mexicano, esta disposición nunca se tomó en cuenta. Si se hubiera atendido a lo señalado, México ni siquiera hubiera podido adoptar dicha Convención.

Nuestra Constitución señala expresamente, en la primera parte del numeral 133, que la Constitución y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma serán Ley Suprema de toda la Unión. Es decir, se impone como obligatoria la característica de estar de acuerdo con nuestra Carta Magna.

Y más aún en el artículo 15 Constitucional se expresa que:

*Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la calidad de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución*<sup>133</sup>.

Además de los principios que hemos señalado, se han transformado diversas disposiciones legales en el Derecho Mexicano que siguen abriendo camino a la expansión del Derecho penal, a la disminución de las garantías penales y a la reducción de las exigencias legales para la autoridad encargada del poder punitivo del Estado. Esta transformación también la sufre nuestra Carta Magna por algunas modificaciones realizadas en los años 1993, 1996 y 1999, las cuales dieron origen a la creación de figuras netamente represivas.

### **3.3.2 Reformas Constitucionales de 1993, 1996 y 1999**

#### **1) Reformas de 1993**

En el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de septiembre de 1993, se publicó el decreto que reformaba entre otras disposiciones, los artículos 16, 20 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ellos se referían a la libertad de las personas.

#### **a) Artículo 16**

Respecto del artículo 16 de nuestra Carta Magna, señalaremos que la redacción anterior aludía en su párrafo primero a figuras procesales de muy distinta

---

<sup>133</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 15, op. cit., p. 9

naturaleza, pues mencionaba: a) los actos de molestia; b) la orden de aprehensión o detención; c) la pena corporal; d) los casos de delito flagrante; e) la detención en casos urgentes y, f) los cateos<sup>134</sup>.

Con las modificaciones hechas, quedó dividido el contenido de ese párrafo en ocho. Así, en el primer párrafo se alude a los actos de molestia; el segundo establece los requisitos para librar orden de aprehensión; el tercero, a la ejecución de la orden de aprehensión y a la puesta a disposición de una persona al juez; el cuarto, a la detención en casos de delito flagrante; el quinto, a la detención por parte del Ministerio Público en casos urgentes; el sexto, a la ratificación por parte del Juez, de la detención practicada por el Ministerio Público, si fue conforme a la Constitución y en caso contrario, decretará la autoridad judicial la libertad con las reservas de ley; el séptimo, a la retención y al aspecto temporal o cronológico de la averiguación previa con detenido; y el octavo, a la orden de cateo<sup>135</sup>.

Respecto al párrafo quinto de este artículo 16, se especifica el poder que se da al Ministerio Público de decidir de acuerdo a su voluntad, los casos en que podrá detener a una persona alegando que existe "caso urgente".

**Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder**<sup>136</sup>.

El llamado "caso urgente" implica la privación de libertad de una persona, sólo porque existe la apreciación de otra que hay riesgo que el inculpado pueda escapar de la acción del M.P. Esta medida representa una figura desventajosa y reductora de garantías para el indiciado.

<sup>134</sup> Tribunal Superior de Justicia del D.F., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16, México, 1992*, p. 7.

<sup>135</sup> Cfr. Secretaría de Gobernación. Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Diario Oficial de la Federación, México, 3 de septiembre de 1993, p. 1.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

La interpretación de que un sujeto pueda sustraerse de la autoridad es totalmente subjetiva. Todas las personas, al relacionarse con alguna causa delictiva y al no estar privadas de su libertad caen en el riesgo de poder sustraerse a la autoridad, por el solo hecho, de que para la mayoría de los individuos (sean culpables o inocentes), la libertad representa el valor máspreciado y por el que no renuncian tan fácilmente. Por lo tanto, es equivoco que se pueda fundar objetivamente tal afirmación.

Para justificar esta subjetividad, la autoridad ha empleado artificios discursivos como el siguiente: "debido al domicilio incierto del inculpado, aunado a que no cuenta con un empleo con domicilio fijo, además de no tener la autoridad certeza de donde localizar al sujeto mencionado y al estar en riesgo esta autoridad de que él mismo se sustraiga a la acción de la justicia, se decreta su legal detención por considerarse caso urgente, en los términos que señala el párrafo quinto del artículo 16 de nuestra Constitución".

De lo anterior se desprende que, aquellas personas marginadas socialmente que no tienen un lugar ni siquiera donde vivir y un empleo estable donde puedan acudir estarán además señaladas como personas de riesgo y alcanzan por ese solo hecho la afirmación de ser "sujetos peligrosos" que pueden sustraerse en cualquier momento al requerimiento de la Representación Social.

Este tipo de figuras pone en claro riesgo un aspecto tan delicado como es la libertad personal. Sin embargo, las nuevas políticas del derecho penal posmoderno así lo requieren.

Ahora bien, este párrafo quinto alude en su parte última, que el Ministerio Público podrá decretar la detención bajo su responsabilidad. Se entiende que el órgano investigador podría responder jurídicamente cuando su decisión no sea la correcta. Si tomamos como ejemplo el Distrito Federal, y en el supuesto que la Representación Social haya incurrido en un delito al privar de la libertad a una persona durante la averiguación previa, tal como lo establece el artículo 225 del Código Penal para el D.F., que a la letra dice:

*Artículo 225. Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes:...*

*X. Detener a un individuo durante la averiguación previa fuera de los casos señalados por la ley, o retenerlo por tiempo señalado por el párrafo séptimo del artículo 16 constitucional....<sup>137</sup>.*

¿Qué autoridad le haría responder por ésta violación a la libertad de las personas? Surge aquí el grave problema de que la figura del Ministerio Público como órgano investigador sería la encargada de iniciar las averiguaciones correspondientes de la conducta de sí mismo, por lo que tendríamos como autoridad y parte a la misma figura.

En el séptimo párrafo del mismo artículo 16, se menciona que además de la detención de una persona por el término de 48 horas, el Ministerio Público la podrá retener hasta por 96 horas. Se crea una excepción de tiempo para retener a un inculpado por Delincuencia Organizada. La citada fracción expresa:

*Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal....<sup>138</sup>.*

Con este séptimo párrafo del artículo 16 se contempla por primera vez en la Constitución Federal el término de "Delincuencia Organizada". En ella se menciona expresamente que el Estado Mexicano deberá legislar respecto de este tema, lo que más adelante traería como consecuencia una serie de reformas a la legislación interna del Estado Mexicano<sup>139</sup>, hasta llegar a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

<sup>137</sup> Código Penal para el Distrito Federal, artículo 225, Porrúa, 2000, p.55.

<sup>138</sup> Secretaría de Gobernación, *Ibidem*.

<sup>139</sup> En relación a las reforma Constitucionales, fue necesario actualizar la legislación secundaria en materia penal. Por tal motivo, el 22 de noviembre de 1993, el Ejecutivo sometió a consideración del Congreso de la Unión una serie de reformas a diversos ordenamientos jurídicos: Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Código Federal de

Para la definición de los casos denominados como "delincuencia organizada" vendrían los conceptos creados en los artículos 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal – de ellos nos ocuparemos más adelante – .

La figura delictiva llamada delincuencia organizada implica que el inculpado este ante el Ministerio Público un mayor tiempo retenido, lo que trae como consecuencia un mayor número de averiguaciones consignadas con detenido, pero además con una figura que agrava por completo su situación jurídica y reduce al máximo sus garantías.

Con las modificaciones constitucionales al artículo 16 en el año 1993, se refleja la restricción de derechos a la libertad personal, a la libre circulación y a la seguridad jurídica. Además, se ignora por completo lo ordenado por nuestra propia Carta Magna en su artículo 1º: "todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución y no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos que ella misma establece"<sup>140</sup>.

Asimismo se observa que, con la sola suposición de un individuo llamado Ministerio Público, podrá inculparse a una persona como miembro de la delincuencia organizada o privarlo de su libertad hasta por 96 horas, si se alega que hay caso urgente. Es decir, la autoridad decidirá el futuro de una persona, de acuerdo a su buena o mala digestión, o más aún, de acuerdo a la política criminal que le ha sido impuesta, "cero tolerancia y máxima represión".

---

Procedimientos Penales, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley de Extradición Internacional, Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Las reformas se publicaron en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994. La exposición de motivos indicó que se sometían tales reformas para ajustarlas a las reformas constitucionales recientemente aprobadas y para dar eficaz soporte y mayor agilidad a la lucha contra las actuales tendencias de la delincuencia organizada, que por la magnitud de sus efectos dañosos y por sus alcances, que llegan a ser internacionales están conformando un nuevo fenómeno de criminalidad. Vargas Casillas, Leticia, *Algunos Antecedentes de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, en *Revista Iter Criminis*, op. cit. p. 226.

<sup>140</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º, op. cit. p. 5.

## **b) Artículo 20**

El artículo 20 Constitucional sufre también en 1993, una serie de modificaciones que refleja, de la misma manera que las reformas anteriores, una disminución de las exigencias legales para el ejercicio del poder punitivo y menos garantías para el inculpado.

La fracción I de este artículo alude al otorgamiento de la libertad provisional bajo caución. Anteriormente, la citada fracción establecía como requisito principal para otorgar dicha libertad, que ***el delito imputado no excediera del término medio aritmético de cinco años***. Asimismo, exigía en los casos de delitos *preterintencionales o imprudenciales* sólo un monto que garantizara la posible reparación del daño y los perjuicios patrimoniales.

El artículo 20 Constitucional en su fracción I expresaba antes de la reforma lo siguiente:

*Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:*

*I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.*

...

*Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales...*<sup>141</sup>

Con las reformas de 1993 a esta fracción, se modificó principalmente el criterio del término medio aritmético, por el de delito grave. Esto es, inicialmente deberá observarse que el delito imputado no esté dentro del catálogo de delitos

<sup>141</sup> Tribunal Superior de Justicia del D.F., *op. cit.*, p. 9.

considerados como graves. Se deja atrás aquella operación de la penalidad, para dar entrada al etiquetamiento de un gran número de delitos y resolver así respecto de una libertad provisional.

Con las reformas al numeral 20 de nuestra Carta Magna, la Fracción I estableció:

*Artículo 20 En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:*

*I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio.<sup>142</sup>*

Ante estas reformas a la Constitución, la legislación procesal también sufre importantes modificaciones en cuanto a los requisitos para otorgar libertad provisional bajo caución. Estas disposiciones se publican el 10 de enero de 1994 en el Diario Oficial de la Federación.

Anteriormente, el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 556 de la Legislación Procesal para el Distrito Federal exigían para conceder el beneficio de la libertad caucional lo siguiente:

*Todo inculpado tendrá derecho a ser puesto en libertad bajo caución, si no excede de cinco años el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado, incluyendo sus modalidades. En caso de acumulación se atenderá al delito cuya pena sea mayor<sup>143</sup>.*

Con las reformas a la legislación procesal, los artículos ocupados a la libertad provisional bajo caución, establecieron que :

<sup>142</sup> Secretaría de Gobernación, *op. cit.* p. 2.

<sup>143</sup> Cfr. Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 399, Porrúa, 1992, p. 88 y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 556, Porrúa, 1992, p. 119.

*Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa y en el proceso judicial, a ser puesto en libertad provisional bajo caución, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:*

- I. Que garantice el monto estimado de la reparación del daño;*
- II. Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;*
- III. Que garantice el monto estimado de las sanciones pecuniaras que en su caso puedan imponérsele;*
- IV. Que otorgue caución para el cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley se deriven a su cargo en razón del proceso; y*
- V. Que no se trate de delitos que por su gravedad estén previstos en el artículo 194 de la legislación Federal procesal y 268 de la Ley Procesal para el D.F.<sup>144</sup>.*

A partir de estas modificaciones, se multiplicó el catálogo de los delitos graves, pues se consideraban algunas circunstancias que sirvieran como pretexto para agravar el delito. Los artículos encargados de enumerar los delitos graves fueron aumentando su contenido, hasta llegar a considerar a la mayoría de ellos como graves. De esta manera, se lograba mantener a un gran número de sujetos privados de su libertad durante el proceso, independientemente de que en sentencia definitiva, alcanzaran algún beneficio de libertad. Los procesos penales implican un lapso amplio de tiempo, aunque la legislación al respecto mencione lo contrario. En un proceso sumario, considerado el más corto, se ordena que la audiencia principal se realice de una sola vez y de manera ininterrumpida. El hecho refleja que la audiencia es dividida en varias ocasiones, aunado a la tardanza

---

<sup>144</sup> Cfr. Secretaría de Gobernación. *Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.* en Diario Oficial de la Federación, México, 10 de enero de 1994, p. 35.

que implica cubrir los requisitos ordenados en la formal prisión, como es el caso del informe de anteriores ingresos, la ficha de identificación y el estudio de personalidad. Si sumamos los tiempos de todo esto, tendremos como resultado un largo periodo que ahora el inculpado tendrá que pasar forzosamente en la prisión preventiva y sin la opción de acogerse a la libertad provisional bajo caución.

Para observar como fue creciendo la lista de delitos graves y así la posibilidad de salir provisionalmente, atenderemos ejemplificativamente las reformas que hubo a nivel Local en el D. F., sin negar que lo mismo sucedió a nivel Federal.

Las modificaciones al artículo 268, del Código de Procedimientos Penales para el D.F., (CPPDF) publicadas en el Diario Oficial el 10 de enero de 1994, señalaban:

*Artículo 268.- ... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se califican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; y extorsión previsto en el artículo 390 todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal<sup>145</sup>.*

Posteriormente, la reforma al CPPDF en su artículo 268 publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 22 de julio de 1994 aumenta el número de delitos por considerarlos graves. El artículo quedó así:

---

<sup>145</sup> Cfr. *Ibidem*. p. 22.

*Artículo 268.- ... Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves, los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX y X, y 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; así como el de tortura previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>146</sup>.*

Con la reforma a este artículo 268 del CPPDF publicada el 13 de mayo de 1996 en el Diario Oficial de la Federación, el catálogo de delitos graves seguía aumentando. El citado artículo quedó de la siguiente manera:

*Artículo 268.- ...*

*Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves los*

---

<sup>146</sup> Cfr. Secretaría de Gobernación, Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y del Código Fiscal de la Federación, en Diario Oficial de la Federación México, 22 de julio de 1994, p. 2.

*siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60, párrafo tercero; terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores, previsto en el artículo 201; trata de personas, previsto en el artículo 205, segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208; violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto, previsto en los artículos 286, párrafo segundo y 287; homicidio, previsto en los artículos 302, con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro, previsto en el artículo 366 exceptuando el párrafo antepenúltimo; robo calificado, previsto en los artículos 367, en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX, y X y 381 bis; robo, previsto en el artículo 371, párrafo último; extorsión, previsto en el artículo 390; y despojo, previsto en el artículo 395, último párrafo todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. También lo será el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>147</sup>.*

Posteriormente, el CPPDF cambia nuevamente el criterio a seguir para otorgar la libertad provisional bajo caución. Es decir, del catálogo de delitos graves se vuelve a la operación de la penalidad. Esta reforma se publica en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999. El artículo mencionado quedó de la siguiente forma:

**Artículo 268.- ...Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la**

<sup>147</sup> Cfr. Secretaría de Gobernación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Fiscal de la Federación, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales, en Diario Oficial de la Federación publicado, México, 13 de mayo de 1996, p. 7.

*libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos<sup>148</sup>.*

El regreso al criterio del término medio aritmético por el de delito grave para otorgar la libertad provisional en el Distrito Federal, no trajo consigo un mayor índice de beneficios de libertad. Aunque se pudiera entender lo contrario, por haberse eliminado aquella lista que crecía rápida e innumerablemente y que consideraba cada día a más delitos dentro de ese supuesto. Lo que sucedió al momento de esta reforma fue que los juzgadores seguían negando tal beneficio, pero no como consecuencia de una lista que agravaba el delito, sino por el hecho, que el ilícito por sí solo prohibía la libertad provisional bajo caución. Es decir, al momento de la última reforma al artículo 268 del CPPDF, existía ya en la Ley Sustantiva Penal una elevada penalidad para un sinnúmero de delitos, lo que trajo como consecuencia que al hacer la operación aritmética de la penalidad, en una gran cantidad de ilícitos su término medio aritmético excedía de cinco años. No ocurría lo mismo en el año 1992, que era el tiempo en que operaba este criterio, por el hecho que no eran tan elevadas las penas de prisión como en la actualidad. Lo anterior se puede observar si atendemos algunas disposiciones que anteriormente tenían el derecho a la libertad provisional bajo caución y que en la actualidad debido a esa serie de reformas se les ha negado tal beneficio.

El 13 de mayo de 1996, se adicionó un párrafo al artículo 371 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal. Dicho párrafo expresaba:

*Artículo 371.- ....*

*Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la acechanza o cualquier otra circunstancia*

---

<sup>148</sup> Cfr. Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y de la Ley Orgánica del Tribunal de Superior de Justicia del Distrito Federal*, en *Diario Oficial de la Federación*, México, 30 de septiembre de 1999, p.p. 87-88.

*que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, la pena aplicable será de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa. También podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de la libertad impuesta*<sup>149</sup>.

En la misma fecha se reforma el artículo 377 del citado Código, que anteriormente se encontraba derogado por Decreto publicado el 13 de enero de 1984. Este numeral quedó como sigue:

*Artículo 377.- Se sancionará con pena de cinco a quince años de prisión y hasta mil días multa, al que a sabiendas y con independencia de las penas que le correspondan por la comisión de otros delitos:*

*I. Desmantele algún o algunos vehículos robados o comercialice conjunta o separadamente sus partes;*

*II. Enajene o trafique de cualquier manera con vehículo o vehículos robados;*

*III. Detente, posea, custodie, altere o modifique de cualquier manera la documentación que acredite la propiedad o identificación de un vehículo robado;*

*IV. Traslade el o los vehículos robados a otra entidad federativa o al extranjero, y*

*V. Utilice el o los vehículos robados en la comisión de otro u otros delitos.*

*A quien aporte recursos económicos o de cualquier índole, para la ejecución de las actividades descritas en las fracciones anteriores, se le considerará copartícipe en los términos del artículo 13 de este Código.*

*Si en los actos mencionados participa algún servidor público que tenga a su cargo funciones de prevención, persecución o sanción del delito o de ejecución de penas, además de las sanciones a que se refiere este artículo, se le aumentará pena de prisión hasta en una mitad más y se le inhabilitará para desempeñar cualquier empleo, cargo o comisión públicos por un período igual a la pena de prisión impuesta*<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> Cfr. Secretaría de Gobernación. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. ... 13 de mayo de 1996, op. cit. p. 8.

<sup>150</sup> *Ibidem*.

En el mismo Decreto de mayo de 1996, se reforma el artículo 243 del Código Penal mencionado. Anterior a esta modificación, la pena impuesta al delito de falsificación era de tres meses a tres años. Con la reforma quedó de la siguiente manera:

*Artículo 243.- El delito de falsificación se castigará, tratándose de documentos públicos, con prisión de cuatro a ocho años y de doscientos a trescientos sesenta días multa. En el caso de documentos privados, con prisión de seis meses a cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa*<sup>151</sup>.

Las reformas de mayo de 1996, crearon los artículos 368 bis. y 368 ter. Ellos expresan:

*Artículo 368 bis.- Se sancionará con pena de tres a diez años de prisión y hasta mil días multa, al que después de la ejecución del robo y sin haber participado en éste, posea, enajene o trafique de cualquier manera, adquiera o reciba, los instrumentos, objetos o productos del robo, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de éstos sea superior a quinientas veces el salario.*

*Artículo 368 ter.- Al que comercialice en forma habitual objetos robados, a sabiendas de esta circunstancia y el valor intrínseco de aquéllos sea superior a quinientas veces el salario, se le sancionará con una pena de prisión de seis a trece años y de cien a mil días multa*<sup>152</sup>.

Es necesario precisar que las penas que señalamos anteriormente y no se modificaron, independientemente de la nueva designación que se le dio a la legislación penal. Es decir, las penas son idénticas tanto en el Código Penal para el Distrito Federal, como en el Código Penal Federal. Designación que fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 17 de septiembre de 1999.

---

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 8.

Estas disposiciones sólo son algunas de tantas que podríamos seguir señalando, sin embargo, debemos dedicar más espacio a tan importante tema, que sin duda debe ser tema de una nueva investigación.

El análisis anterior refleja la dureza del Derecho Penal en cuanto a libertad provisional bajo caución. Son muchas las ocasiones en que se niega tal beneficio, sea local o federal, sea por lista de delitos graves o porque la operación de la penalidad exceda en su término medio de cinco años. Es por ello que nos atrevemos a concluir que el Derecho Penal en nuestro país evoluciona hacia un sistema de control social más represivo.

Sin terminar con la reforma de septiembre de 1993, que es uno de los puntos principales de este capítulo, seguiremos atendiendo al numeral 20 de nuestra Carta Magna.

Además de tan exigente requisito para alcanzar la libertad provisional, como es el caso de la gravedad del delito o de su término medio aritmético, esta reforma impone otra nueva medida de gran severidad. No sólo se debe garantizar las obligaciones que contrae con la autoridad y la posible reparación del daño, sino que además deberá garantizar la posible multa que en su caso pudiera imponerse. Esto refleja la violación al principio de inocencia, pues si no debe obligarse al inculpado a pagar una reparación del daño, que aún no se ha comprobado, mucho menos se le debe exigir por parte de la autoridad el pago de una posible multa. Hasta ese momento jurídico, no se ha probado la acusación que se hace. Más aún, el objeto de que el inculpado caucione, es precisamente que se obligue ante la autoridad a comparecer en el momento que se le ordene, pero de ninguna manera tiene como finalidad juzgar anticipadamente al sujeto o afectar su patrimonio.

### **c) Artículo 119**

Respecto al *artículo 119* Constitucional, las reformas de septiembre de 1993, lo modificaron para quedar de la siguiente manera:

*Artículo 119.- Cada Estado y el Distrito Federal están obligados a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como a practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán, con intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia, en los términos de los convenios de colaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, los Estados y el Distrito Federal, podrán celebrar convenios de colaboración con el Gobierno Federal, quien actuará a través de Procuraduría General de la República.*

*Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los Tratados Internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales<sup>153</sup>.*

De esta modificación, es importante destacar los convenios de colaboración que, con base en este artículo, pueden celebrar la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados integrantes de la Federación, que son los encargados de la investigación de los delitos.

Entre los puntos principales de estos Convenios, se resalta lo siguiente:

Los Ministerios Públicos de los distintos Estados de la República podrán privar de la libertad a aquellos individuos que sean señalados por la autoridad de cualquier otro Estado como probables responsables de un delito. Estos inculcados deberán ser capturados y entregados a la autoridad que los solicitó. Cabe resaltar que con estos convenios la Representación Social tiene la capacidad de aprehender a los indiciados en la fase de averiguación previa, es decir, por considerarlos sospechosos del delito que se investiga, además sin orden judicial alguna. Se

---

<sup>153</sup> Cfr. Secretaría de Gobernación. Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 ..., 3 de septiembre de 1993, op. cit. p. 5.

corre el riesgo que se interprete que, sólo basta la solicitud de un Ministerio Público a otro, para que se prive al inculcado de su libertad personal.

Ya habíamos mencionado la problemática que implica la detención por caso urgente, ahora se multiplica la complejidad del aseguramiento de personas, si atendemos la posible interpretación que se le dé al artículo 119 Constitucional.

Ahora bien, de este mismo numeral se desprende que sólo por el hecho de ser indiciado en una averiguación, o sea, que sin haberse probado la responsabilidad penal a éste por algún hecho que se investigue, el Ministerio Público podrá solicitar a otro, el aseguramiento de los bienes o productos que necesite para integrar la averiguación previa correspondiente. Es de preocuparse que al interpretar esta disposición exista el riesgo que la Representación Social tome la iniciativa de ordenar diligencias para el aseguramiento de bienes que ayuden a integrar la correspondiente averiguación.

Encontramos aquí una problemática. Existe el riesgo de tener dos tipos de cateo. Por una parte el autorizado por un juez en los términos del artículo 16 de nuestra Carta Magna, y por el otro, las diligencias que se ordenen por el Ministerio Público para conseguir las pruebas que habrán de contener las actuaciones ministeriales. Estas pueden ser la inspección de inmuebles y por lo tanto el aseguramiento de los bienes propiedad del inculcado.

Este razonamiento crece si observamos el convenio de colaboración entre las Procuradurías de los Estados, la Procuraduría General de la República y la Procuraduría General de Justicia del D.F. publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de diciembre de 1993. En la parte dedicada al aseguramiento de objetos menciona:

*Las partes se entregarán sin demora los instrumentos, vestigios, objetos o productos del delito que sean necesarios para integrar una averiguación previa o para ser presentados en un proceso, aunque no medie requerimiento expreso<sup>154</sup>.*

<sup>154</sup> Procuraduría General de la República, *Convenio de colaboración que, con base en el artículo 119 Constitucional, celebran la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de los treinta y un Estados integrantes de la Federación*, en Diario Oficial de la Federación, México, 3 de diciembre de 1993, p. 33.

La parte última de este párrafo, permite el aseguramiento de bienes por la autoridad Ministerial inclusive sin orden expresa de la autoridad, lo que refleja la falta de seguridad jurídica para el sujeto relacionado con la investigación. Basta que el órgano persecutor de delitos argumente que son necesarios los bienes asegurados para la integración de la averiguación previa correspondiente.

## **2) Reformas de 1996**

El Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de julio de 1996 publicó un decreto que reformaba entre otras disposiciones los artículos 16, 20 y 22 de nuestra Constitución Política.

Una vez más se adecuaba la Constitución a la política de represión y máximo control y reformaba disposiciones que se ocupan del derecho a la vida privada y nuevamente de aquellas que regulan la libertad personal.

### **a) Artículo 16**

El artículo 16 *Constitucional* sufre reformas y se adicionan dos párrafos al mismo, el noveno y décimo. Los subsecuentes se recorren en su orden. Los citados párrafos son los siguientes:

*(Párrafo noveno)*

*Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o*

*administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.*

*(Párrafo décimo)*

*Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio<sup>155</sup>.*

De esta manera, nuestra Constitución es modificada para dar cabida a la intervención de comunicaciones privadas que antes era un derecho inviolable. Posteriormente, otras leyes comienzan a encargarse de reglamentar esta nueva figura, como es el caso de la Ley contra la Delincuencia Organizada. Esta nueva actividad indagatoria ilustra otro gran riesgo para los mínimos derechos de todos los gobernados. Pues violan el derecho a la intimidad y el de la comunicación privada, con el riesgo de que la autoridad no encuentre prueba alguna. Es decir, son abandonados los derechos a la intimidad y a la comunicación privada con la sola presunción de un delito y por la sola presencia de figuras inquisitoriales como es el caso de la denuncia anónima.

Ya no importa garantizar el derecho a la intimidad del individuo, sólo interesa perseguir a los sospechosos de quienes se espera obtener información. Esta actividad puede no lograr sus objetivos, y aún así, se arriesga este derecho a sabiendas de provocar sólo su violación.

¿Por qué no considerar el daño que se causa a un individuo cuando es afectado por una intromisión que no desea y que, quizás, celosamente ha procurado evitar?

¿Acaso es más importante buscar culpables o encontrar delitos que tener el control sobre nuestra propia información personal?

*La intimidad es el derecho en virtud del cual excluimos a todas o determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos, sentimientos, sensaciones y emociones. Es el derecho a vivir en soledad aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con los demás, bien sea con la*

---

<sup>155</sup> Secretaría de Gobernación, *Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I, y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en Diario Oficial de la Federación, México 3 de julio de 2000, p. 23.

*sociedad que nos rodea, con todo el mundo que nos circunda, o bien con una parte de ese mundo (a través de la comunicación)*<sup>156</sup>.

A veces se olvida lo valioso de este derecho. Debe atenderse lo importante que es para el hombre la intimidad de muchos de sus actos, y que el Estado no tiene derecho a usurparle ese mínimo de libertad que debe tener todo ciudadano. Todos los individuos tienen un sector personal reservado, a fin de hacer inaccesible a determinado público y ello constituye lo esencial de su personalidad.

El solo hecho de intervenir sin su consentimiento la comunicación de un hombre implica un atentado contra la reputación del mismo. Ante todo y como principio, se debe respetar la reputación de las personas y no debe ponerse en riesgo por una simple sospecha.

#### **b) Artículo 20**

El artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos también es modificado nuevamente en julio de 1996. Específicamente dicha transformación la sufre la fracción I y el penúltimo párrafo de este numeral. El mismo quedó de la siguiente forma:

##### *Artículo 20.*

*I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpaado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpaado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.*

<sup>156</sup> Romero Coloma, María Aurelia. *Derecho a la Intimidad, a la Información y Proceso Penal*, editorial Colex, España. 1987, p. 29.

*El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.*

*La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional;*

*II a X. ...*

*Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna<sup>157</sup>.*

Debemos observar que además del aumento de los delitos considerados graves que impiden el otorgamiento de la libertad caucional, ahora con esta modificación, no sólo se toma en cuenta el delito que se trata, sino que se deberá observar la conducta pasada del sujeto y el supuesto riesgo que provoca la misma para decidir sobre la libertad provisional bajo caución.

Se da el poder al Ministerio Público para que cuando se trate de delitos no graves, solicite a la autoridad judicial la negación de tal beneficio. ¿Qué importa si es culposo o insignificante el delito por el que se investiga al sujeto? No importa ya lo que expresa el numeral 19 de nuestra Constitución cuando ordena que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, lo que interesa es que los hombres permanezcan el mayor tiempo posible en prisión.

De la disposición del citado artículo 19 Constitucional, debemos interpretar que a nadie se le puede juzgar, sino sólo por el delito que se le acusa, es decir, únicamente por el hecho ilícito que haya cometido. Al hablar de seguir el proceso

---

<sup>157</sup> Secretaría de Gobernación. Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo, op. cit. p. 24.

forzosamente por el delito específico, también debemos entender que sólo debe tomarse en cuenta la conducta del caso concreto para decidir respecto de todas sus situaciones jurídicas ¿Por qué mezclar actos pasados con los presentes?.

El criterio, de que la Representación Social pueda solicitar la negación de la libertad caucional tratándose de delitos no graves, argumentando peligrosidad social del inculpado, es otorgar discrecionalidad máxima al Ministerio Público y donde existe discrecionalidad no hay derecho.

Todos somos potencialmente peligrosos y todos podemos manifestar conductas que denotan alguna temibilidad, pero ello no indica que necesariamente se pase al terreno de los actos, incluso cuando se exterioricen verbalmente.

La peligrosidad es un concepto subjetivo de quien la valora y no es efectivamente medible, ni pronosticable; queda siempre en el campo de la hipótesis y no debe ser éticamente atribuida a una persona. En esos casos no se requiere realizar ninguna conducta para que la persona pueda ser inculpada.

No existe, por tanto, un instrumento para medirla, aunque haya habido muchos preocupados en inventarse peligrosómetros, que caen en los mismos estereotipos vinculados a la disgresión social de los ambientes sociales y culturales en que les ha tocado vivir a las personas que ingresan a las instituciones de resocialización.

Ahora bien, el tomar en cuenta los hechos delictivos cometidos en el pasado por el inculpado, es tanto como extender la pena ya cumplida. ¿Por qué hacerla trascendental? Es suficiente con la experiencia de haber estado en prisión, además del desprecio social que deviene tras haber cumplido una sentencia.

Es preocupante la ocupación de estos criterios cuando se trata de uno de los valores más grandes del hombre, la libertad.

### **c) Artículo 22**

El artículo 22 *Constitucional* también es modificado en la reforma de 1996 y queda de la siguiente manera:

*Artículo 22. ...*

*No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la*

*responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes*<sup>158</sup>.

En esta reforma, es claro el cambio que se da al renunciar al principio de la carga de la prueba. Se aleja de la afirmación de que quien acusa un hecho delictivo está obligado a probarlo. Ahora se pone en grave riesgo el derecho a la propiedad, no importa que quien pone en duda el origen de los bienes no lo acredite, pero sí se le exige al inculpado que cuente con los medios legales que prueben esa propiedad.

¿Dónde queda la protección a los bienes de la personas? La experiencia nos indica, que en un gran número de procesos judiciales ni la víctima ni el inculpado están en posibilidad de probar formal y legalmente la propiedad de bienes muebles e inmuebles que aseguran tener. Esta situación no puede afirmar que no se tienen los derechos de propiedad. Muchos pueden saber quien es el titular de ellos, pero eso al derecho no le importa; el único valor que éste otorga, es cuando se cumple lo que la norma exige. Esto es claro si atendemos la pretensión del pago de una reparación del daño. Se castiga al indiciado por un delito patrimonial, sin embargo, si la víctima no tiene posibilidad de presentar un documento que describa el objeto por el que se castigó al inculpado, la autoridad afirma que no se condena al inculpado a dicha reparación, por no existir elementos que lo cuantifiquen. Sin duda, lo importante para el Estado es que se cumpla con lo ordenado en sus normas y se argumenta que protege así los derechos del individuo, aunque no suceda en la realidad concreta.

Pero además, no siempre los fines de las normas jurídicas tienen coherencia entre sí. Ello no implica que no se le dé validez a las mismas independientemente de su

---

<sup>158</sup> *Ibidem.*

jerarquía. Observemos en el actual artículo 798 del Código Civil para el D.F., lo referente a la presunción de la propiedad de los bienes. Dicho numeral establece:

*Artículo 798. La posesión da al que tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales. El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído<sup>159</sup>.*

Es razonable que la presunción de propiedad se le dé a quien tiene la posesión de buena fe. Si no existe litigio que ponga en duda específicamente la propiedad de esos bienes y además quien lo acusa no prueba precisamente que esos bienes son el resultado de un hecho ilícito, ¿por qué imponer el decomiso de ellos? Por lo tanto, es improcedente el aseguramiento de aquellos bienes respecto de los cuales una persona se conduce como dueño y los cuales los ha poseído de buena fe.

### **3) Reformas de 1999**

El 8 de marzo de 1999 se publica en el Diario Oficial de la Federación nuevas modificaciones a nuestra Constitución. Entre las disposiciones reformadas están los artículos 16, 19 y 22. Del artículo 16 se cambia el segundo párrafo. Se adiciona un segundo y los dos subsecuentes pasan a ser tercero y cuarto párrafos del artículo 19 y se aumenta un tercer párrafo al artículo 22.

#### **a) Artículo 16**

El artículo 16 *Constitucional* establece en su segundo párrafo, los requisitos para librar una orden de aprehensión. Las condiciones para obsequiar dicha orden quedaron modificadas de la siguiente forma :

---

<sup>159</sup> *Código Civil para el Distrito Federal*, Ediciones Delma, México, 1998, p. 104.

*Artículo 16.- ...*

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado*<sup>160</sup>.

Asimismo, el artículo 19 de nuestra Constitución modifica los requisitos para dictar auto de formal prisión a un individuo. Esta disposición quedó de la siguiente forma:

*Artículo 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.*

*Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.*

*La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá de llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad*<sup>161</sup>.

De estas reformas queda evidenciada, una vez más, la disminución de exigencias legales que se dan a la autoridad encargada del poder punitivo del Estado. Las modificaciones a los artículos 16 y 19 de nuestra Constitución, en lo referente a

---

<sup>160</sup> Secretaría de Gobernación. Decreto por el que se declaran reformados los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Diario Oficial de la Federación, México 8 de marzo de 2000, p. 2.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

requisitos para dictar orden de aprehensión y auto de formal prisión respectivamente, exigen comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado.

La respuesta oficial a los problemas relativos a la justicia penal ha sido, invariablemente, la misma: la reforma a la legislación, incluida las reformas a la Constitución. Recordemos que en 1994 los artículos 16 y 19 de nuestra carta magna ya habían sido modificados.

En el año 1994 se estableció un mayor número de requisitos que el Ministerio Público debía reunir. Se le exigía acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado para ejercitar o no la acción penal. Asimismo, los órganos judiciales debían comprobar los mismos requisitos para dictar el auto de plazo constitucional.

Con la reforma de 1999 este criterio se modifica para dar paso nuevamente a la figura de cuerpo del delito.

Según los artículos 122 y 168, del Código de Procedimientos Penales Distrital y Federal, respectivamente expresan que por cuerpo del delito se entiende:

*Artículo 122.- ...*

*El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito<sup>162</sup>.*

*Artículo 168.- ...*

*Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los elementos normativos en el caso de que la descripción típica lo requiera<sup>163</sup>.*

La legislación Procesal Federal aclara en su artículo 134 la figura de cuerpo del delito. Dicho numeral expresa:

<sup>162</sup> Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 122, Greca, México, 1999, p. 39

<sup>163</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 168, Sodi, México, 1999, p. 64.

*Artículo 134.- En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá acción penal ante los tribunales y expresará, **sin necesidad de acreditar plenamente**, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.*

*No obstante en lo dispuesto en la fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo<sup>164</sup>.*

Este numeral menciona que no hay necesidad de acreditar plenamente la forma de realización de la conducta, así como los elementos subjetivos y las demás circunstancias que la ley prevea. Esto significa, que se pretende dejar en estado de probabilidad la acreditación de un delito para el libramiento de una orden de aprehensión. Se sitúa a los gobernados ante el grave problema de la inseguridad jurídica, lo cual es indeseable.

Es necesario recordar que lo probable alude a tener buenas razones para creer; a lo verosímil; a lo fundado en razón prudente; a que más fácilmente puede ser que no ser. Lo cual nos sitúa "a contrario sensu" ante lo que puede no ser, ante lo inverosímil o ante lo infundado. Esto representa un grave riesgo para el valor más preciado del hombre, la libertad.

El acreditar el cuerpo del delito en los términos antes expuestos, sin duda representa una reducción de requisitos para la autoridad y un peligro para quienes

---

<sup>164</sup> *Ibidem.* p. 46

se encuentren relacionados por cualquier motivo en la investigación de un hecho criminal.

La reducción de los requisitos para librar una orden de aprehensión o dictar auto de formal prisión no puede significar solamente una disminución de lo que para algunos son formalismos legales, sino que consideramos que estos requisitos constituyen el mínimo de derechos a favor de todos los gobernados.

Esta reforma es innecesaria e inconveniente. El remedio puede ser peor que la enfermedad, pues la misma suprime garantías y facilita extraordinariamente la persecución de aquellos hombres a quien el Ministerio Público elija consignar.

El solo acreditar los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de un hecho y el dejar en mera sospecha al elemento subjetivo del mismo, representa el aspecto más peligroso para encontrar la verdad buscada.

Con ello se vuelve aún más compleja la veracidad del derecho penal. No sólo se juega con las reglas procesales que buscan probar o negar los hechos pasados y se utilizan figuras absurdas como la reconstrucción de hechos y los dictámenes periciales; sino que ahora también se facilita justificar las decisiones del Ministerio Público. Es decir, según su elección, se buscará, perseguirá y consignará al sujeto sospechoso. De igual forma, la autoridad judicial dictará la formal prisión en su contra y será hasta después de haber estado en prisión durante un largo proceso, cuando esa autoridad atienda los elementos que pudieran probar que existe una causa de exclusión del delito.

Ahora bien, atendiendo los posibles problemas que provoca esta reforma, podemos citar los casos de la tentativa. Encontramos aquí que el Ministerio Público una vez más decidirá la suerte futura de un inculpado. De acuerdo con el Código penal federal y con la mayoría de las legislaciones penales de las entidades federativas (coincidentes en el fondo, aunque no en la redacción):

*“Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían*

*producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél o se consume por causas ajenas a la voluntad del agente.*<sup>165</sup>

Si el elemento central de la tentativa es, precisamente, el elemento subjetivo: intención del agente, ¿cómo se va a consignar sólo con la acreditación de los elementos objetivos del delito y con la sola presunción de los elementos subjetivos? Como mencionamos anteriormente, lo probable, puede o no ser. Es decir, existe la posibilidad de que no haya la voluntad del agente y el riesgo de que se le dicte una formal prisión.

En un caso de robo, ¿cómo saber, sin probar plenamente el ánimo de dominio o el ánimo de uso (elementos subjetivos), si el tipo aplicable es el del artículo 367 (comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena) o del 380 (que haya tomado una cosa ajena con carácter temporal y no para apropiársela o venderla), ambos del Código Penal Federal?

¿Cómo saber, acreditando sólo los elementos objetivos, cuál es el tipo penal aplicable: el de tentativa de homicidio o el de lesiones consumadas? El Ministerio Público decidirá de acuerdo a su buena o mala digestión el delito por el que habrá de llevar proceso el inculcado.

Si se observa la legislación procesal federal en su artículo 134, se advierte claramente la imposibilidad del indiciado de probar durante la averiguación previa y el proceso, la inexistencia del elemento subjetivo del delito. Si bien se observa en la parte final de este artículo, que deja a salvo el derecho del inculcado de probar la inexistencia de los citados elementos subjetivos, también es importante atender lo que renglones arriba se afirma. El Ministerio Público y el Juzgador no están obligados a atender las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos, sino que serán atendidos hasta la sentencia definitiva. He aquí lo que pareciera una contradicción, sin embargo, consideramos que no es así. La figura del Ministerio Público no representa un órgano de buena fe como algunos lo afirman, sino que por el contrario la llamada Representación Social en estas circunstancias tiene por consigna mantener el mayor número de

---

<sup>165</sup> Código Penal Federal, artículo 12, Sista, México, 2000, p. 8.

sujetos presos, independientemente de su responsabilidad. Sólo hay que observar los requisitos impuestos para que el Ministerio Público acceda a reconocer la inocencia de alguien. Si éste fuera un órgano de buena fe, debería reconocer cuando el inculpado no es culpable y actuar de manera pronta para que él mismo obtenga la libertad. Para que el Ministerio Público solicite al juzgador la libertad de un inculpado se debe dar vista al Procurador, pero para meterlo preso, utiliza una simple llamada anónima. ¿Es entonces, la representación social o el representante de la represión?

Visto esto, la aplicación del artículo 134 de la ley adjetiva federal representa una herramienta para mantener a un número mayor de individuos en prisión. Las modificaciones a los artículos 16 y 19 de nuestra Constitución constituyen el rompimiento de candados para ejercer acción penal en contra de las personas. Y es, a su vez, otro claro ejemplo de la restricción de las garantías individuales.

#### **b) Artículo 22**

El artículo 22 *constitucional*, también es modificado en marzo de 1999, y queda de la siguiente manera:

*Artículo 22.- ...*

*No se considerará confiscación la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables. La autoridad judicial resolverá que se apliquen en favor del Estado los bienes que hayan sido asegurados con motivo de una investigación o proceso que se sigan por delitos de delincuencia organizada, cuando se ponga fin a dicha investigación o proceso, sin que haya un pronunciamiento sobre los bienes asegurados. La resolución judicial se dictará previo procedimiento en el que se otorgue audiencia a terceros y se acredite plenamente el cuerpo del delito previsto por la ley como de delincuencia organizada, siempre y cuando se trate de bienes respecto de los cuales el inculpado en la investigación o proceso citados haya sido poseedor, propietario o se haya conducido como tales, independientemente de que*

*hubieran sido transferidos a terceros, salvo que éstos acrediten que son poseedores o adquirentes de buena fe*<sup>166</sup>.

Con esta reforma, nuestra Constitución cambia el principio de seguridad jurídica, por el de simple sospecha. La seguridad que toda persona tenía del derecho a la propiedad se pone en riesgo ante este cambio. Si nuestra máxima ley impone estas reglas, se deja en claro cuáles serán las políticas a seguir respecto de los bienes propiedad del inculpaado, independientemente de su responsabilidad.

La carga de la prueba de la lícita procedencia de los bienes queda a cargo de sus propietarios o tenedores y no de la autoridad encargada, como debería ser. Esto representa una enorme desventaja para el sujeto relacionado con una investigación. Ya hemos mencionado nuestra desconfianza, acerca de la acreditación del delito de delincuencia organizada, así como del concepto de cuerpo del delito. Con la simple sospecha, podrá privarse de sus bienes, sea temporal o definitivamente, a las personas que no estén en posibilidad de presentar el documento que exige la ley para acreditar su propiedad. Como anteriormente lo citamos, existen innumerables casos en los que las personas no cuentan con el mencionado documento, ya sea por descuido, por ignorancia, o por que tal vez nunca imaginó que la autoridad lo obligaría a probar su derecho de propiedad sobre aquellos objetos que ha ejercido posesión.

El derecho de audiencia a terceros suena poco confiable. El artículo citado menciona que existe una salvedad para ellos. Esta consiste, en que el tercero poseedor o adquirente de la cosa acredite haberla obtenido de buena fe. Ello puede representar algo imposible. ¿Cómo puede el adquirente de la cosa, acreditar que al momento de la adquisición no tenía conocimiento del origen ilícito de ese bien? Es decir, ¿cómo probar que no sabía? No debemos olvidar que de acuerdo con este artículo la carga de la prueba corresponde al sujeto relacionado con la investigación o proceso, o en su caso, al tercero poseedor o adquirente.

¿Dónde queda la legislación especial encargada de la propiedad y la posesión de los bienes?

---

<sup>166</sup> Secretaría de Gobernación. *Decreto por el que se declaran reformados los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit. p.2.

El artículo 807 del Código Civil para el D.F. afirma que:

*Artículo 807.- La buena fe se presume siempre, al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla*<sup>167</sup>.

Y el artículo siguiente impone la necesidad de que haya actos que acrediten que indebidamente se obtuvieron tales bienes:

*Artículo 808.- La posesión adquirida de buena fe no pierde ese carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente*<sup>168</sup>.

Visto así, sólo quien ponga en duda la propiedad de los bienes, tendrá la obligación de decir cuáles son los actos que acreditan la mala fe en la posesión.

Observemos un caso similar, pero con distinto resultado: cuando el Ministerio Público es quien acusa un hecho delictivo, éste tiene la obligación de probar su afirmación y en el caso de no hacerlo, las cosas quedan en el estado original, es decir, no se modifica la situación del acusado. Esta afirmación tiene coherencia, todos tenemos el riesgo de relacionarnos por cualquier motivo con un hecho delictivo, pero es quien acusa quien debe acreditar el grado de relación. Sin embargo, no sucede de la misma forma, si atendemos la parte última del artículo 22 constitucional. Ante la imposibilidad de acreditar la propiedad, sea cual sea la causa, la autoridad aplicará los bienes del poseedor o adquirente a favor del Estado, sin importar que la autoridad no haya probado el origen ilícito de los mismos. Con esta disposición, no importa que nadie pruebe su afirmación, de cualquier manera se modifican las cosas de su estado original, es decir, se afectan los bienes propiedad del poseedor o del adquirente.

Con esta modificación a la Constitución, ha quedado atrás la figura: quien afirma, está obligado a probar. Vale la pena preguntarse: ¿acaso el Derecho Penal tiene como función regular la propiedad de bienes?

---

<sup>167</sup> Código Civil, op. cit., p. 105

<sup>168</sup> *Ibidem*.

### 3.3.3 La Criminalidad Organizada y la Política Criminal Mexicana

#### 3.3.3.1 El crimen organizado

Inicialmente nos ocuparemos del renombrado concepto crimen organizado. Para nadie es desconocido que el llamado crimen organizado llegó a México y a otros países de América Latina por imposición de los Estados Unidos, al comienzo con el prohibicionismo del alcohol en los años veinte y principios de los treinta. El vecino país del norte comenzó a utilizar nuevamente este concepto a través de la "certificación"<sup>169</sup>.

El combate contra el crimen organizado trae consigo la implantación de un modelo totalitario o autoritario de Derecho Penal para extirpar, sin respeto alguno, los derechos humanos y a los principios del Derecho Penal Liberal. Este modelo pugna por el retorno de un sistema inquisitorial para combatir esta vez, no los delitos religiosos, sino fenómenos transitorios como el narcotráfico, el terrorismo y el contrabando entre otros.

México se vio obligado a entrar en la guerra contra el crimen organizado, con lo que destruyó lo mucho o poco que representa su Estado de Derecho e introdujo un modelo autoritario de Derecho Penal. Nuestro país cedió a la política represora al tipificar a la llamada Delincuencia Organizada.

La guerra que implantó el país del norte contra el crimen organizado sirve a su vez como medio para someter a sus vecinos del sur. Se declaran en contra del enemigo social, a quienes además consideran altamente peligrosos. Por ello, el

---

<sup>169</sup> El proceso intervencionista de "certificación" apareció en 1986 cuando el Congreso de los Estados Unidos de América desconfió de que el ejecutivo fuera suficientemente severo con los principales países productores y de tránsito de drogas tóxicas ilícitas (fracciones LXXXIX y CDXC de la Ley de Asistencia Exterior, FAA, de 1991). Desde entonces se exige al Presidente y al Secretario de Estado que preparen la lista de esos países, en el entendido de que queda retenida la mayor parte de la "ayuda externa" hasta que el presidente "certifique que han cooperado cabalmente para cumplir con las metas y objetivos antinarcóticos". La ayuda que es "retenida" incluye la mayor parte de la asistencia financiera ante los organismos mundiales. La ley le concede al presidente tres opciones: certificar, negar la certificación, o dar la certificación en aras del interés nacional. La Oficina de Asuntos Internacionales del Narcotráfico (INM) inicia el proceso en el otoño cuando prepara una lista de países señalados por el Departamento de Estado como los principales productores y de tránsito de drogas ilícitas. La lista es elaborada por el Departamento de Estado que la trasmite al Presidente, quien la somete a los presidentes de la Comisiones de Relaciones Exteriores y de Asignaciones de Fondos del Senado y Cámara. A mediados de febrero el Secretario de Estado le envía su recomendación al Presidente, quien tiene plazo hasta el 1º de marzo para su decisión final. Camargo, Pedro Pablo, *Derechos Humanos y Democracia en América Latina (análisis crítico)*, Bogotá, Editorial Leyer, 1996, p. 10.

llamado delincuente organizado debe ser aquél que se encuentra en los países latinoamericanos y aquellos pocos que están dentro de los Estados Unidos tendrán que ser forzosamente individuos inmigrados que sólo entran a contaminar a los bien portados ciudadanos americanos.

*...la atribución del crimen organizado a los grupos étnicos inmigrados en los Estados Unidos empalma muy bien con toda la ideología racista que tiñó la política inmigratoria de ese país en el período de entreguerras...*<sup>170</sup>

El jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni realizó un análisis del tema en cuestión en un trabajo llamado *"El Crimen Organizado: una Categorización Frustrada"*. El concluye que el transporte de una categoría frustrada –como el llamado *crimen organizado*– al campo de la ley penal no es más que una criminalización que apela a una idea difusa, indefinida, carente de límites ciertos y, por ende, una lesión al principio de legalidad, esto es, a la primera y fundamental característica del Derecho Penal Liberal o de Garantías<sup>171</sup>.

Las conclusiones a las que llega en este trabajo sobre crimen organizado son las siguientes.

- a) *"Nadie duda acerca de las existencia misma de asociaciones ilícitas, sociedades para delinquir, cuadrillas o bandas."*
- b) *"En toda economía de mercado aparecen y desaparecen sectores indisciplinados, como resultado de su propia dinámica, que son ocupados por empresas, al igual que los sectores disciplinados, pero estas empresas muy pocas veces son asociaciones ilícitas, puesto que en la generalidad de los casos combinan actividades lícitas a ilícitas en diferente medida."*
- c) *"Fuera de los casos de verdaderas asociaciones ilícitas, no hay un límite claro y ni siquiera aproximado que permita distinguir entre una empresa legal y otra ilegal, porque siempre combinan actividades y es incluso muy raro que una empresa lícita no incurra en alguna actividad ilegal. La tentativa de categorizar la actividad ilícita, como crimen organizado, fracasa en el plano científico,*

<sup>170</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl. *El Crimen Organizado: una Categorización Frustrada*, artículo fotocopiado sin datos bibliográficos.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

*pues lo único que pudo probarse es la existencia de un fenómeno de mercado."*

- d) *"El mito mafioso extendido a todas las actividades ilegales en el mercado, es una teoría conspirativa científicamente falsa, sostenida por los medios, la ficción, el clientelismo político y las policías, que la criminología se esforzó por elaborar pero no pudo hacerlo, pese a que hubiera sido del agrado de muchos criminólogos."*
- e) *"La pretensión de llevar el mito mafioso a la ley penal implica una interferencia totalmente arbitraria en la economía de mercado que puede conducir a efectos económicamente catastróficos: concentración económica, eliminación de la pequeña y mediana empresa, corrupción en las corporaciones por concentración de actividad ilegal, proteccionismo disparatado, alteraciones irracionales de algunos bienes y servicios con consiguiente aumento de actividad ilegal en razón de absurda rentabilidad."*
- f) *"En el plano jurídico penal esta intervención punitiva en base a un concepto falso e ilimitado implica un retroceso muy grave del Derecho Penal Liberal y el consiguiente restablecimiento del Derecho Penal Autoritario (inquisitorial), lesionando las garantías constitucionales e internacionales y potenciando la corrupción de las agencias del sistema penal."<sup>172</sup>*

Otra conclusión del jurista argentino en torno al crimen organizado es que: *en general, puede afirmarse que el transporte a la ley de una categoría criminológica frustrada, que trataron de inventar los criminólogos norteamericanos por presión de los políticos, de las corporaciones policiales y de los medios masivos, no tiene otro efecto que lesionar en forma plural la legalidad en el Derecho Penal y el acusatorio en el Derecho Procesal Penal<sup>173</sup>.*

Nuestro país, al representar el trampolín o la ruta de tránsito hacia los Estados Unidos de América para el tráfico de drogas prohibidas, tenía la obligación de desmantelar su Estado de Derecho y poner en marcha, en sustitución de su Derecho Penal Liberal, el Derecho Penal autoritario como el único instrumento

---

<sup>172</sup> *Ibidem.*

<sup>173</sup> *Ibidem.*

para tratar de resolver un problema político y económico, como el narcotráfico, aunque el costo fuera la adopción de un Estado totalitario.

### **3.3.3.2 La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada**

Al ser la principal ruta de tránsito, México tuvo que introducir normas *ad hoc* contra la Delincuencia Organizada. Fue así, como mencionamos en el capítulo anterior, que en el año 1996 fue reformado el artículo 16 de nuestra Constitución para dar entrada al concepto de Delincuencia Organizada.

Por iniciativa del Ejecutivo Federal, en noviembre de 1996, el Congreso aprobó la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO).

La exposición de motivos de esta ley especial utilizó en términos generales el siguiente discurso:

La lucha contra el crimen organizado representa en la actualidad un compromiso para todos los Estados de la Comunidad Internacional. El crimen organizado representa una asociación que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, involucrando gran número de delincuentes que trabajan dentro de una estructura compleja, manifestándose de forma permanente y respaldada con una estructura jerárquica.

Se expone la necesidad de que la legislación mexicana contemple la Delincuencia Organizada como un delito aislado o independiente, y no como una agravante en los delitos contra la salud, con la finalidad de que este nuevo tipo penal permita sancionar a los delincuentes por el solo hecho de pertenecer a una organización criminal, y propone la necesidad de adoptar una nueva política integral para combatir el crimen organizado, que incluya desde la prevención general hasta la readaptación especial para lograr un combate eficiente contra la Delincuencia Organizada.

Esta iniciativa fue aprobada por el Congreso de la Unión. La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO) se publica en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996.

El supuesto tipo penal de la Delincuencia Organizada tiene sus antecedentes en el antiguo artículo 196 bis del actual Código Penal Federal y se plantea como una

forma calificada de asociación delictuosa que se actualizaba cuando ciertos servidores públicos o ex servidores públicos cometían el delito contra la salud.

La instauración de esta Ley trae consigo todo un nuevo tipo de Derecho y disminuye considerablemente bienes jurídicos de gran importancia. Para el análisis de esta Ley, se expondrán las figuras que por su importancia merecen ser analizadas.

### **i. La LFCDO como un Sistema Penal Especial**

El artículo 1º establece:

*Artículo 1o.- La presente Ley tiene por objeto establecer reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional<sup>174</sup>.*

Con el objeto que busca esta ley se crea un nuevo ordenamiento penal especial, pues contiene disposiciones de carácter sustantivo, procesal y de ejecución. Es decir, son exclusivas para aquellas personas que perteneciendo a la Delincuencia Organizada acuerden realizar o realicen cualquiera de las conductas descritas en el catálogo de delitos que la misma ley señala en su artículo 2º.

Nuestra Constitución Política establece, en su artículo 13, la garantía de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. La misma Constitución dispone expresamente cuáles son los regímenes paralelos al sistema penal ordinario. Crea el derecho penal militar (artículo 13), las instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores (artículo 18), el sistema administrativo de faltas de policía y buen gobierno (artículo 21) y el régimen específico de servidores públicos (artículos 108 a 114).

Con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se impone una calidad específica en los sujetos, se crea un ordenamiento distinto al ordinario y no previsto en nuestra Constitución, lo que implica que al aplicar esta ley se esté

---

<sup>174</sup> Secretaría de Gobernación. Decreto por el que se expide la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en Diario Oficial de la Federación de 11 de abril de 1996, México. p.1.

tratando a los individuos de manera selectiva. Ello contradice el principio que afirma, que toda ley por naturaleza debe ser abstracta y general.

*“...Por definición la ley debe ser abstracta y general, esto es, rige para una serie indeterminada de casos y para el número indefinido de personas comprendidas en la situación prevista por ella. De ahí que el precepto constitucional impida que las leyes designen nominalmente a las personas a quienes se refieran o que las situaciones por ellas previstas, se agoten en un número predeterminado de casos...”<sup>175</sup>*

Al cerrarse el tipo de delitos y al determinarse la calidad de los sujetos que tendrán una consideración, un trato y un trámite específicos, diferentes al común generalizado por el fuero ordinario, se vuelve una ley privativa, pues es sólo para algunos casos y unas determinadas personas.

## **ii. El delito de Delincuencia Organizada como Tipo Penal Autónomo**

El artículo 2º de esta la Ley establece el supuesto tipo penal de Delincuencia Organizada.

*Artículo 2o.- Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada:*

*1. Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero; falsificación o alteración de moneda, previstos en los artículos 234, 236 y 237; operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 bis, todos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal;*

---

<sup>175</sup> Congreso de la Unión. *Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, Tomo III, citado por Sánchez Sandoval. Agosto en revista *Alter*, año I, número 3, septiembre- diciembre, 1997, p. 146.

- II. Acopio y tráfico de armas, previstos en los artículos 83 bis y 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos;
- III. Tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población;
- IV. Tráfico de órganos, previsto en los artículos 461, 462 y 462 bis de la Ley General de Salud, y
- V. Asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter, y robo de vehículos, previsto en el artículo 381 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales estatales<sup>176</sup>.

De esta disposición se desprende que basta la voluntad de acordar organizarse, para que se tipifique como autónomo el delito de Delincuencia Organizada. Asimismo se desprende la imposibilidad de la tentativa, pues con el simple hecho de haber un acuerdo entre los miembros de la organización, independientemente de realizar o no alguna conducta, podrá acreditarse el citado tipo penal<sup>177</sup>.

Ahora bien, el simple acuerdo de organizarse implica que puede o no ser. Lo que nos obliga a concluir que el simple acuerdo de la organización no debe ser suficiente para atribuir un hecho delictivo, sino que sería necesario que ese hecho se exteriorizara a través de ciertas conductas. De lo contrario, se viola el principio de *cogitationis poenam nemo patitur*: el pensamiento no delinque.

Se está sancionando a los sujetos por lo que piensan y no por lo que hacen. La responsabilidad es atribuible a los sujetos por los actos que hacen u omiten, pero de ninguna manera debe atribuirse por lo que piensan. El acuerdo o la organización de ciertos sujetos para realizar en el futuro cualquier delito no puede

<sup>176</sup> Secretaría de Gobernación, *Ibidem*.

<sup>177</sup> Esta figura hipotética delictiva que tiene como base el acordar organizarse tiene su origen en el Código Penal de 1931 cuando por primera vez en el artículo 13 fracción I se considera responsable de un hecho delictivo a quien lo conciba o lo prepare, cambiando la percepción de los códigos anteriores que exigían la obtención del resultado. Este cambio pragmático sirvió para fundamentar el tipo de la asociación delictuosa, artículo 164 vigente con algunas modificaciones, y es el que basta el sólo hecho de ser miembro de la asociación, independientemente del delito que se pudiera cometer o ya se haya cometido. Desde entonces, para esta clase de delitos no existe la posibilidad de la tentativa. Sánchez Sandoval, Augusto, *La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, un Nuevo Fuero Penal Posmoderno*, op. cit. pp 148.

considerase una conducta típica. Establece el artículo 7º del Código Penal Federal “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”; el simple acuerdo no debe considerarse una acción, pues para que exista acción se requiere movimiento corporal del sujeto que la realiza. El acuerdo para cometer delitos de forma permanente y reiterada no es un acto ni una omisión; es la simple expresión de una idea que puede llegar a ser acto únicamente si los sujetos cometen cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 2º. Es absurdo sancionar una forma de pensar: ¿cómo podría comprobarse que tres o más sujetos acordaron organizarse para realizar cualquiera de las conductas establecidas en los delitos mencionados en el artículo 2º, o bien que tuvieron el deseo de organizarse si la acción nunca se exteriorizo? Inclusive la confesión de los inculpados de haberse organizado no puede probar objetivamente que se haya realizado tal hecho, si no hay una exteriorización de conductas que se concatene a ellas. No olvidemos las falsas confesiones, que si bien la justicia penal les otorga valor probatorio, ello no garantiza objetivamente la verdad.

Al tratar de probar el tipo penal de Delincuencia Organizada, debemos observar que el delito se actualiza con el simple acuerdo de los miembros de la organización. Para acreditar el sólo supuesto acuerdo, se pone en riesgo la seguridad jurídica, si observamos la figura que esta ley implanta en el artículo 38, esta es, la de la denuncia anónima. El Ministerio Público podrá hacer investigaciones sin denuncia cierta. Aunque se diga que deberá verificar tales denuncias, ¿de qué otra manera podrá verificar, si no es tras investigar y causar actos de molestia a los gobernados? Además, será el Ministerio Público quien de acuerdo a sus sospechas decida qué denuncias podrán ser ciertas y cuáles no.

Se olvidan las garantías de legalidad y seguridad jurídica que contempla el artículo 16 de nuestra Constitución, el cual ordena como requisito para la petición del ejercicio de la acción penal, que exista denuncia, acusación o querrela cierta.

### **iii. Atracción Federal de delitos comunes**

En su artículo 3º, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada establece:

*Artículo 3o.- Los delitos a que se refieren las fracciones I, II, III y IV del artículo anterior, que sean cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley.*

*Los delitos señalados en la fracción V de dicho artículo lo serán únicamente si, además de cometerse por un miembro de la delincuencia organizada, el **Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción**. En este caso, el Ministerio Público de la Federación y las autoridades judiciales federales serán las competentes para conocer de tales delitos. Bajo ninguna circunstancia se agravarán las penas previstas en las legislaciones de las entidades federativas<sup>178</sup>.*

De este precepto se refleja una invasión a la soberanía de los Estados. Al no señalar la ley los casos específicos del orden local que serán considerados como Delincuencia Organizada, se construye una terrible inseguridad jurídica. Será el Ministerio Público Federal quien discrecionalmente decida en que casos ejerce o no la facultad de atracción en delitos del orden común que hayan sido cometidos por algún miembro de la Delincuencia Organizada. La gran discrecionalidad otorgada a la Representación Social representa un riesgo más a la credibilidad de la justicia penal.

#### **iv. Duplicación del plazo para la prescripción**

El artículo 6º de la Ley que nos ocupa expresa:

*Artículo 6o.- Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2o. de esta Ley cometidos por miembros de la delincuencia organizada<sup>179</sup>.*

El plazo para la prescripción se duplica para el delito de Delincuencia Organizada y para el delito que ésta cometa (cualquiera de los enunciados en el artículo 2º).

<sup>178</sup> Secretaría de Gobernación, *Ibidem*.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 2.

Esta disposición refleja claramente el compromiso asumido por México al adoptar la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Dicha Convención promueve entre los Estados firmantes evitar la prescripción de los delitos y las penas, aunque el hacerlo implique plazos absurdos e inoperantes.

En el caso del servidor público que pertenezca a una organización delictiva y cometa el delito de contra la salud, que representa la pena más severa para los delitos cometidos por delincuentes organizados, la sanción más alta sería entre los treinta y los sesenta años. La prescripción operaría de acuerdo al artículo 105 del Código Penal Federal<sup>180</sup>, cuando transcurrieran cuarenta y cinco años. Para el caso de la Delincuencia Organizada, este plazo se duplicaría a noventa años. Si se trata de un sujeto que se encuentra fuera del territorio nacional, de acuerdo al artículo 101 del Código Penal Federal, este plazo volvería a duplicarse a ciento ochenta años, lo que ocasiona que el plazo para la prescripción resulte inoperante.

#### **v. Intervención de Comunicaciones Privadas**

La Ley contra la Delincuencia Organizada, en sus artículo 8º y 16, establece y faculta al Ministerio Público, previa solicitud a la autoridad judicial, la intervención de las comunicaciones privadas.

*Artículo 8º.- ...*

*La unidad especializada contará con un cuerpo técnico de control, que en las intervenciones de comunicaciones privadas verificará la autenticidad de sus resultados; establecerá lineamientos sobre las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar, así como sobre la guarda, conservación, mantenimiento y uso de los mismos.*

...

*Artículo 16.- Cuando en la averiguación previa de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley o durante el proceso respectivo, el Procurador General de la República o el titular de la unidad especializada a que se refiere el artículo*

---

<sup>180</sup> Artículo 105: "la acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la ley para el delito que se trate, pero en ningún caso será menor a tres años. Código Penal Federal. Porrúa, 2000, p. 30.

*8o. anterior, consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al juez de distrito, expresando el objeto y necesidad de la intervención, los indicios que hagan presumir fundadamente que en los delitos investigados participa algún miembro de la delincuencia organizada; así como los hechos, circunstancias, datos y demás elementos que se pretenda probar.*

*Las solicitudes de intervención deberán señalar, además, la persona o personas que serán investigadas; la identificación del lugar o lugares donde se realizará; el tipo de comunicación privada a ser intervenida; su duración; y el procedimiento y equipos para la intervención y, en su caso, la identificación de la persona a cuyo cargo está la prestación del servicio a través del cual se realiza la comunicación objeto de la intervención.*

*Podrán ser objeto de intervención las comunicaciones privadas que se realicen de forma oral, escrita, por signos, señales o mediante el empleo de aparatos eléctricos, electrónicos, mecánicos, alámbricos o inalámbricos, sistemas o equipos informáticos, así como por cualquier otro medio o forma que permita la comunicación entre uno o varios emisores y uno o varios receptores<sup>181</sup>.*

Con antelación nos habíamos ocupado de la figura de la intervención de comunicaciones. El artículo 16 de nuestra Carta Magna fue reformado para permitir la instauración de esta nueva figura.

La intervención de comunicaciones privadas lleva consigo el riesgo de afectar a personas que ni siquiera estén relacionados con los hechos investigados. Ya hemos manifestado nuestra inconformidad con esta figura cuando tratamos el mencionado artículo 16 Constitucional en la reforma de 1996, pero no queda otra opción que advertir lo siguiente: debe ponerse especial cuidado al momento de otorgar la autorización de dicha figura, pues ella no debe rebasar lo que nuestra Constitución permite. Es decir, sólo se podría intervenir las comunicaciones privadas del agente investigado y que realice a través de sus medios propios de comunicación. De ninguna manera puede extenderse esta intervención a terceros. La colocación de cámaras y micrófonos en una vivienda cohabitada implica otra

---

<sup>181</sup> Secretaría de Gobernación, *Ibidem*, p. 3.

violación a los derechos de terceros y a los propios derechos del sujeto investigado, por el hecho de que aquellos instrumentos electrónicos utilizados no son un medio de comunicación propios de esa persona, sino que son herramientas técnicas de la autoridad. Recordemos que el numeral 16 de la Constitución ordena que las autoridades deberán apegarse a los requisitos y límites marcados en la leyes.

#### **vi. El Agente Provocador**

El artículo 11 de la Ley en comento expresa:

*Artículo 11.- En las averiguaciones previas relativas a los delitos a que se refiere esta Ley, la investigación también deberá abarcar el conocimiento de las estructuras de organización, formas de operación y ámbitos de actuación. Para tal efecto, el Procurador General de la República podrá autorizar la infiltración de agentes.*

*En estos casos se investigará no sólo a las personas físicas que pertenezcan a esta organización, sino las personas morales de las que se valgan para la realización de sus fines delictivos<sup>182</sup>.*

Al autorizar la infiltración de agentes con el pretexto de facilitar la investigación de la estructura de una organización, su modus operandi y el ámbito de actuación de la misma, se crea una enorme discrecionalidad para la aplicación de esta disposición, debido a que no se establece en qué circunstancias y por cuánto tiempo procederá la misma. Este precepto omite señalar qué tipo de agente realizará tal intervención.

¿El agente provocador hace referencia a un Ministerio Público o a un policía judicial o pretende autorizar la infiltración de agentes extranjeros, basándose en los acuerdos internacionales que México ha suscrito?

La infiltración de Agentes causa una enorme inseguridad jurídica. La confiabilidad en la figura de la Representación Social ha sido inalcanzable. El incumplimiento del Ministerio Público de las funciones expresamente ordenadas en la Constitución

---

<sup>182</sup> *Ibidem.* p. 2.

ha provocado que se pierda la confianza en él. Por ello, es inadmisibles la figura de la infiltración, ya que ésta requiere, un total y cabal cumplimiento.

Es lamentable que el nuevo tipo de Derecho construido para México establezca acciones que van en contra de la buena fe que todo derecho debiera tener. Aunque se haya tratado de justificar en la actual legislación penal lo contrario<sup>183</sup>, esta figura del agente infiltrado no deja de ser una provocación a hechos constitutivos de delitos y por tanto representa una incompatibilidad con los fines que el derecho persigue.

### **vii. Confidencialidad y Reserva de las Actuaciones**

El artículo 13 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada expresa:

*Artículo 13.- A las actuaciones de averiguación previa por los delitos a que se refiere esta Ley, exclusivamente deberán tener acceso el indiciado y su defensor, únicamente con relación a los hechos imputados en su contra, por lo que el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares guardarán la mayor reserva respecto de ellas, sin perjuicio de que el indiciado o su defensor, en base a la información recibida, puedan presentar las pruebas de descargo que juzguen oportunas.*

*No se concederá valor probatorio a las actuaciones que contengan hechos imputados al indiciado, cuando habiendo solicitado el acceso a las mismas al Ministerio Público de la Federación, se le haya negado<sup>184</sup>.*

Con esta disposición se viola la garantía constitucional plasmada en la fracción VII del artículo 20 Constitucional, que establece el derecho que tiene el inculpaado a

---

<sup>183</sup> Artículo 209.- "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si el delito no se ejecutara; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

No se considerará que comete el delito a que se refiere este artículo, el servidor público que en ejercicio de sus funciones y con autorización fundada y motivada por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, simule conductas delictivas con el fin de aportar elementos de prueba en una averiguación previa. Se adicionó el segundo párrafo por Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, de fecha 17 de septiembre de 1999, en vigor el 1º de octubre de 1999. *Código Penal para el Distrito Federal*, Ediciones Greca, México, 2000, p. 79.

<sup>184</sup> Secretaría de Gobernación. *Ibidem*, p. 4.

que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso. El inculcado no tiene derecho a conocer información referente a la imputación de delitos que se haga en contra de otros miembros de la organización, ni de conocer las declaraciones de sus coprocesados, ni de los testimonios que rindan testigos en contra de ellos. Todo esto conlleva al rompimiento de una lógica que busca entrelazar un todo, rompe la secuencia de los actos investigados. Es decir, con solo una parte del todo se afirma la responsabilidad de un inculcado.

¿Dónde queda la disposición que busca la prueba plena? Si ella afirma que se debe tomar en cuenta la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca.

La parte última de este artículo 13 de la LFCDO, menciona que no se le debe dar valor probatorio a las actuaciones que contengan hechos imputados al indiciado. Pero sólo cuando al mismo se le haya negado el acceso a estas actuaciones. Esto es un absurdo. El indiciado no podría pedir el acceso a ellas por el hecho de desconocer su existencia. Los autos de ese proceso estarán manejados con confidencialidad e incluso separados, para así evitar la consulta total de la defensa o del inculcado. No hay que olvidar que la tarea del Ministerio Público es acusar, por lo que no es viable pensar que éste le informará al indiciado de todas las actuaciones que se practican.

### **viii. Beneficios Legales para Colaboradores y Delatores**

El Capítulo séptimo de la LFCDO, establece ciertos beneficios para aquellos miembros de la Delincuencia Organizada que presten ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la organización. Dichos beneficios se observan en los artículos siguientes:

*Artículo 35.- El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los beneficios siguientes:*

*I. Cuando no exista averiguación previa en su contra, los elementos de prueba que aporte o se deriven de la averiguación previa iniciada por su colaboración, no serán tomados en cuenta en su contra. Este beneficio sólo podrá otorgarse en una ocasión respecto de la misma persona;*

*II. Cuando exista una averiguación previa en la que el colaborador esté implicado y éste aporte indicios para la consignación de otros miembros de la delincuencia organizada, la pena que le correspondería por los delitos por él cometidos, podrá ser reducida hasta en dos terceras partes;*

*III. Cuando durante el proceso penal, el indiciado aporte pruebas ciertas, suficientes para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, la pena que le correspondería por los delitos por los que se le juzga, podrá reducirse hasta en una mitad, y*

*IV. Cuando un sentenciado aporte pruebas ciertas, suficientemente valoradas por el juez, para sentenciar a otros miembros de la delincuencia organizada con funciones de administración, dirección o supervisión, podrá otorgársele la remisión parcial de la pena, hasta en dos terceras partes de la privativa de libertad impuesta.*

*En la imposición de las penas, así como en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo, el juez tomará en cuenta además de lo que establecen los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal, la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador. En los casos de la fracción IV de este artículo, la autoridad competente tomará en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por el colaborador y las disposiciones que establezca la legislación sobre ejecución de penas y medidas de seguridad.*

*Artículo 36.- En caso de que existan pruebas distintas a la autoinculpación en contra de quien colabore con el Ministerio Público de la Federación, a solicitud de éste se le podrán reducir las penas que le corresponderían hasta en tres quintas partes, siempre y cuando, a criterio del juez, la información que suministre se encuentre corroborada por otros indicios de prueba y sea relevante para la detención y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada de mayor peligrosidad o jerarquía que el colaborador.*

*Artículo 37.- Cuando se gire orden de aprehensión en contra de un miembro de la delincuencia organizada, la autoridad podrá ofrecer recompensa a quienes auxilien eficientemente para su localización y aprehensión, en los términos y condiciones que, por acuerdo específico, el Procurador General de la República determine*<sup>185</sup>.

De este capítulo podemos mencionar la discrecionalidad que lleva consigo el aplicar estas disposiciones. ¿Cómo decidirá la autoridad quién tiene información valiosa y quiénes no?. La colaboración implica negociación con los miembros de la organización delictiva, pero preguntemos ¿quiénes colaborarán?, ¿a quiénes denunciará?, ¿por qué confiar en alguien que negocia su libertad? Este colaborador dirá lo que el Ministerio Público quiera escuchar. Este colaborador no es otra cosa que un soplón. Puede negociar su libertad a cambio de traicionar o no al grupo al que perteneció. Porque puede darse el caso que éste llamado colaborador desvíe la investigación a su conveniencia, pudiendo incluso señalar a personas mínimamente relacionadas con hechos delictivos. De esta manera salen beneficiados los individuos astutos que pertenezcan a una organización y logren convencer a la autoridad.

#### **ix. Reclusión Selectiva para Colaboradores**

El capítulo cuarto, de la Ley contra la Delincuencia Organizada, establece disposiciones que hacen selectiva la reclusión para procesados y sentenciados que colaboren con la autoridad. Tales disposiciones señalan:

*Artículo 42.- La autoridad deberá mantener reclusos a los procesados o sentenciados que colaboren en la persecución y procesamiento de otros miembros de la delincuencia organizada, en establecimientos distintos de aquéllos en que estos últimos estén reclusos, ya sea en prisión preventiva o en ejecución de sentencia.*

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p.6.

*Artículo 43.- Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria o de la condena condicional, salvo que se trate de quienes colaboren con la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada.*

*Artículo 44.- La misma regla se aplicará en relación al tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena a que se refiere la ley que establece las normas sobre ejecución de penas y medidas de seguridad<sup>186</sup>.*

Estos preceptos contravienen los artículos 8º y 16 de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, pues niegan respectivamente, el derecho al tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena a los sentenciados por delitos contra la salud, secuestro o plagio, violación y robo con violencia en inmueble habitado o destinado a casa habitación.

Entre los delitos que contempla la Delincuencia Organizada en su artículo 2º, se encuentran los delitos contra la salud y el delito de secuestro. La Ley contra la Delincuencia Organizada otorga mayores beneficios a los delincuentes que cometen delitos de forma organizada que colaboren con las autoridades, mientras que la Ley especial en la materia, como lo es la de Normas Mínimas de Readaptación Social del Sentenciado, niega cualquier beneficio de este tipo.

De todo este análisis, podemos mencionar que las disposiciones de esta ley tienen una enorme incongruencia con nuestra Constitución, con las leyes ordinarias contenidas en el Código Penal Federal y con las leyes especiales como en el caso antes anotado. Esto constituye un sistema penal diferente e independiente, sin embargo, su aplicación tiene vigencia.

El nuevo tipo de Derecho, que se crea a partir de la llamada Delincuencia Organizada, evoluciona hacia un sistema de control social más represivo, que modifica los principios del Derecho Moderno y adopta los principios del Derecho Penal Posmoderno.

---

<sup>186</sup> *Ibidem.*

### 3.4 El Garantismo Penal, una Alternativa

La extensión del Derecho Penal en nuestro país tiene graves consecuencias en el terreno de las garantías individuales. La continua y excesiva afectación a la libertad personal no debiera ser la salida a los problemas sociales. Lamentablemente el discurso que justifica a este nuevo Derecho tiene eficacia en la mayoría de los sectores. Se ha impuesto una ideología dependiente de la justicia penal y se ha logrado objetivar en gran parte de las masas la idea de que la solución a los conflictos reside principalmente en el sistema punitivo.

Es necesario recapacitar en este ámbito para evitar llegar a mayores extremos de represión. Es preocupante el futuro de los valores humanos con las políticas implantadas por el posmoderno Derecho Penal que produce más problemas de cuántos pretende resolver. Reprime conflictos en lugar de resolverlos y a menudo los mismos conflictos se presentan en forma más grave que en el contexto originario o bien surgen nuevos por efecto de la intervención penal.

La adopción de una idea de respeto a las garantías mínimas del hombre podría ser la respuesta más acertada al problema de la violencia punitiva. Salvaguardar las garantías penales ofrece el instrumento más adecuado para una política de contención al severo sistema de justicia penal.

El Garantismo Penal utiliza como fundamento más adecuado la mínima intervención del Derecho<sup>187</sup> y de las autoridades de carácter penal. Este planteamiento se puede justificar si se realiza un análisis de los requisitos de esta política, la cual va encaminada al respeto y a la defensa de las garantías penales. Para la búsqueda de soluciones democráticas a los problemas planteados en ésta tesis, recurrimos a la obra del célebre autor Italiano Alessandro Baratta "*Principios del Derecho Penal Mínimo*"<sup>188</sup>, que aporta los elementos necesarios para complementar los objetivos que se persiguen en la presente investigación.

---

<sup>187</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Trtta, Madrid, 1998.

<sup>188</sup> Cfr. Baratta Alessandro. *Principios del Derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la Ley Penal*, traducción de Fernando Tenorio Tagle, en *El Sistema de Justicia Penal: su crisis y el Discurso Criminológico Contemporáneo*. Universidad Autónoma de Queretaro, año 1990, pp.31-56.

La política criminal alternativa de la mínima intervención penal viene como resultado de la enorme incongruencia que existe entre el discurso jurídico que justificaba al llamado Derecho Penal moderno y las situaciones de hecho que el mismo realizaba. Tales incongruencias sobresalen de los siguientes puntos:

- a) La pena, que tiene por objeto la esfera de la libertad personal es violencia institucional. Esto es, ella es limitación de derechos y represión de necesidades reales fundamentales de los individuos a través de la acción legal o ilegal de funcionarios del poder legítimo o del poder de hecho en una sociedad.
- b) Los órganos que actúan en los diversos niveles de las organizaciones de la justicia penal (legisladores, policía, ministerio público, jueces, órganos de ejecución) no representan y tutelan intereses comunes a todos los miembros de la sociedad, sino a los intereses prevalentes de grupos minoritarios dominantes y socialmente ventajosos.
- c) El funcionamiento de la justicia penal es altamente selectivo, tanto en la criminalización primaria que consiste en escoger ciertos bienes jurídicos a tutelar que interesan a los grupos de poder, como en la criminalización secundaria la cual consiste en la selectividad de los sujetos a los cuales se les aplicará la pena. Es decir, la criminalización secundaria hace referencia al reclutamiento de la clientela del sistema (la llamada población criminal). Esta criminalización está dirigida casi exclusivamente contra las clases populares y en particular contra los grupos sociales más débiles, como resulta evidente de la composición social de la población carcelaria, no obstante que los comportamientos socialmente negativos estén difusos entre todos los estratos sociales.
- d) El sistema punitivo, por su estructura organizativa y por su modo de funcionar, es absolutamente inadecuado para realizar las funciones socialmente útiles declaradas por parte de su saber oficial, esto es, contener y combatir la criminalidad, resocializar al condenado y defender elementales intereses de los individuos de la comunidad.

### **3.4.1 Principios de Derecho Penal Mínimo**

Para ahondar en la alternativa del Garantismo Penal basta recordar los principios del Derecho Penal Mínimo que estructura Baratta: intrasistemáticos relativos a la validez de la norma penal y extrasistemáticos referidos a los criterios políticos y metodológicos para la descriminalización de conductas, que no deberían tener el carácter penal, así como para una construcción alternativa al sistema penal de los conflictos y de los problemas sociales.

#### ***1. Principios Intrasistemáticos***

Estos principios resultan de la adopción de un punto de vista interno al sistema, es decir, indican los requisitos para la introducción y mantenimiento de figuras delictivas en la ley.

Los principios intrasistemáticos de la mínima intervención penal pueden ser clasificados en tres grupos:

##### ***1.1 Principios de limitación formal***

##### ***1.2 Principios de limitación funcional***

##### ***1.3 Principios de limitación personal o principios de limitación de la responsabilidad penal***

#### ***1.1 Principios de limitación formal***

##### ***a) Principio de reserva de ley o principio de legalidad en sentido estricto.***

El primer requisito de un programa de limitación formal al sistema de justicia penal consiste en reducirla al ámbito y bajo el control de la ley, lo cual excluye toda discrecionalidad represiva de la autoridad. Este principio impone la limitación del ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delitos: "*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*". Esto excluye, en particular, la posibilidad de introducir penas en el ámbito del ejercicio de poderes del Estado diversos del legislativo.

*b) Principio de taxatividad.*

La pena es aplicable sólo en el caso de que ocurra un tipo de conducta expresamente prevista por la ley con la indicación de sus elementos descriptivos y normativos. El principio de taxatividad excluye la aplicación analógica de la Ley Penal, de la cual es oportuno que la Ley haga expresa prohibición. Ello impone una técnica legislativa que permita la máxima objetividad del proceso de concretización judicial de las figuras delictivas, la limitación de las cláusulas generales y de los elementos normativos de las figuras a través del reenvío a normas y valoraciones sociales cuya existencia y contenido sean empíricamente controlables.

*c) Principio de irretroactividad.*

Este principio excluye la aplicación de penas, de agravantes de penas o sus equivalentes y de cualquier condición más desfavorable al imputado, que no haya sido prevista por la ley con anterioridad al hecho, aún en lo que respecta al régimen procesal y de ejecución de la pena. La función de este principio es la de garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas negativas del propio comportamiento y la certeza del derecho.

*d) Principio de la supremacía de la ley penal sustantiva.*

Este principio tiene la finalidad de asegurar la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad a la posición del individuo en cualquiera de los subsistemas en los cuales puede ser dividido el sistema penal, esto es, con respecto a la acción de la policía, en el proceso y en la ejecución. Este principio excluye la introducción formal o de facto de medidas restrictivas de los derechos del individuo, que no sean estrictamente necesarias, para los fines de la correcta y segura aplicación de la ley penal sustantiva.

Entre los fines que persigue el principio de la primacía de la ley penal sustantiva están los siguientes:

La tutela de los derechos de libertad con respecto a la acción de los órganos de policía, los derechos de los imputados y condenados; los límites del poder

disciplinario de los órganos encargados de la ejecución de penas; los límites del poder discrecional de la policía y de los órganos del proceso penal; las limitaciones del Poder Ejecutivo, en el proceso; la independencia y la inamovilidad de los jueces penales; el respeto al principio del juez natural; el régimen jurídico de la prueba y la limitación de las consecuencias negativas para el imputado a través del correcto empleo del concepto verdad procesal.

*e) Principio de representación popular.*

Este principio impone en el procedimiento de formación de la ley penal el respeto de los requisitos mínimos del Estado de Derecho en lo que se refiere a la representatividad de las asambleas legislativas y su funcionamiento reglamentario; en particular, la participación popular en la formación de la voluntad legislativa a través de elecciones libres y secretas y la libertad de organización de los partidos y movimientos políticos.

## ***1.2 Principios de limitación funcional***

*a) Principio de la respuesta no contingente.*

La ley penal es un acto solemne de respuesta a conflictos y problemas sociales fundamentales, representados como generales y constantes en una sociedad. El proceso que conduce a ella debe comprender un exhaustivo debate en las asambleas plenarias legislativas y debe estar acompañada por un análisis profundo dentro de los partidos políticos y por una vasta discusión pública. Por lo tanto la ley penal no puede ser una respuesta inmediata como frecuentemente sucede ante cualquier problema social. Este principio busca frenar el incontrolado y no planificado nacimiento de tipos penales.

*b) Principio de proporcionalidad abstracta.*

Las penas deben ser proporcionales al daño social causado.

*c) Principio de idoneidad.*

Este principio obliga al legislador a un estudio atento sobre los efectos socialmente útiles que se pueden desprender de la pena. No subsisten las condiciones para amenazar con una pena si, a la luz de un riguroso control empírico basado sobre el análisis de los efectos de normas correspondientes a otros ordenamientos o de normas análogas del mismo ordenamiento, no aparecen probados o altamente probables los efectos útiles en relación a las situaciones en las cuales vienen amenazadas las garantías penales de los individuos.

*d) Principio de subsidiaridad.*

Una pena puede ser requerida sólo si se puede probar que no existen otras intervenciones jurídicas, fuera de la penal, para responder a las situaciones en las cuales las garantías penales son amenazadas. No basta entonces, haber probado la idoneidad de la respuesta penal, es necesario también, demostrar que ella no es sustituible por otras intervenciones de menor costo social.

*e) Principio de proporcionalidad concreta o principio del costo social.*

Es sabido que la pena produce altos costos sociales. Ellas no pueden evaluarse simplemente desde el punto de vista de un cálculo económico de costo – beneficio, sino sobre todo desde el punto de vista de la incidencia negativa que la pena puede tener sobre las personas que se convierten en su objeto, sobre sus familiares, sobre su ámbito social, y más en general, sobre la sociedad misma.

Ahora bien, la incidencia negativa de la pena, especialmente la privativa de libertad, en las familias de condenados es bastante mayor en los estratos sociales más bajos que en aquellos más altos. Es por ello que el principio de proporcionalidad concreta debe guiar a la ley penal, e imponer también que se tome en cuenta para su aplicación el diverso status social de las personas. De ello deriva la exigencia de introducir en figuras como la suspensión condicional, la semilibertad, la libertad condicional, criterios que tiendan a compensar y limitar las desigualdades de los efectos de la pena sobre los condenados y su ambiente social. En este sentido, el principio de proporcionalidad concreta, imprime en los

criterios que deben guiar al juez en la discrecionalidad que le ha sido concedida, en la aplicación de la pena y en la concesión de atenuantes y beneficios, una dirección opuesta a la que en la actual práctica las decisiones judiciales consideran cuando vienen orientadas por valoraciones, las cuales, como es sabido, aumentan las desventajas de los individuos pertenecientes a los estratos sociales más bajos.

*f) Principio de la implementabilidad administrativa de la ley.*

La selectividad del sistema penal en el reclutamiento de su propia clientela, constituida por individuos pertenecientes a las clases sociales más bajas, no depende sólo del hecho que el sistema refleja y reproduce las situaciones de desigualdad existentes en una sociedad, sino que también tiene un origen estructural. Este consiste en la gran discrepancia que existe entre la previsión de sanciones para determinados comportamientos delictuosos en la Ley Penal y los recursos de los aparatos administrativos y judiciales que tienen la tarea de realizar previsiones legislativas.

El sistema penal presenta una fuerte inadecuación de los recursos a él proporcionados para la implementación de los programas de acción, esto es, para la aplicación de la ley penal.

El funcionamiento desigual de la justicia penal tiene por consiguiente en la discrepancia entre recursos administrativos y programa legislativo una de sus causas estructurales. Si no se quiere aceptar la existencia de una amplísima cifra oscura de la criminalidad y la realización de la función punitiva a través de chivos expiatorios, no hay teóricamente sino dos posibilidades: adecuar los recursos a los programas legislativos de acción o bien redimensionar los programas de acción con base en los recursos disponibles en el sistema. La primera alternativa es de excluirse, no sólo por la imposibilidad de una gigantesca inversión cuyos costos económicos jamás podrían equilibrar los eventuales efectos útiles del sistema mismo, sino también por el insostenible costo social de una operación de efectiva adecuación que queda, de cualquier manera, como hipótesis teórica: una militarización de la justicia penal y del Estado. Queda abierta, por consiguiente, la

otra posibilidad, esto es, la de una adecuación de los programas a los recursos existentes en el sistema. La aplicación concreta del principio de la implementabilidad administrativa de la ley bastará por sí misma para reducir drásticamente al mínimo el área de intervención de la ley penal.

*g) Principio de respeto a las autonomías culturales.*

Existe una diferente percepción de la realidad, de las normas y de los valores sociales en los diversos grupos que componen la sociedad, parcialmente condicionada por parte de los grupos dominantes y su cultura hegemónica. Si se trata de conductas expuestas a la tipicidad, debe tomarse en cuenta el hecho de que la percepción y la definición de ciertos comportamientos como delictuosos o socialmente negativos dentro de una cultura dominante encuentran representaciones bastante diversas en otros grupos sociales y subculturales.

Se deriva un límite funcional de la ley penal, que puede ser enunciado al decir que falta una condición necesaria para la criminalización de ciertos comportamientos, cuando ellos pueden ser considerados normales en el interior de subculturas bien determinadas. Este límite, por otra parte, no es sino la consecuencia misma del principio general de la mínima intervención penal la cual, se inscribe en una concepción de la sociedad no solo igualitaria, sino también antitotalitaria. Una concepción en la cual se concede a la desviación y a la diversidad el máximo espacio compatible con las exigencias mínimas del orden de las relaciones sociales.

*h) Principio de primacía de la víctima.*

La pretensión del sistema penal de tutelar intereses generales que van más allá de los de la víctima es generalmente injustificada. Desde este punto de vista se podría, en una buena parte del área de los conflictos sobre los cuales incide la ley penal, orientar con éxito una estrategia de descriminalización.

Sustituir en parte el derecho punitivo con el derecho restitutivo; dar a la víctima y, más en general, a ambas partes de conflictos interindividuales mayores prerrogativas, que los hagan capaces de restablecer autónomamente el contacto

turbado por el delito; asegurar mayormente los derechos de indemnización de la víctima: son estas otras importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de la mínima intervención y para la disminución de los costos sociales de la pena.

### ***1.3 Principios generales de la limitación personal o limitativos de la responsabilidad penal.***

#### *a) Principio de la imputación personal o principio de personalidad.*

La pena puede ser aplicada sólo a la persona o a las personas físicas autoras de la acción delictuosa. El principio de personalidad excluye cualquier forma de responsabilidad por hecho ajeno, y por consiguiente la aplicación de sanciones penales que no sean reconducibles con un nexo causal directo al comportamiento de personas físicas. El principio de imputación personal se refiere a personas físicas y excluye por lo tanto cualquier forma de responsabilidad de personas jurídicas o de entes morales. Se podría objetar que se imponen al sistema penal este límite se renuncia a la defensa de las colectividades delictivas organizadas, como sociedades y empresas, en las cuales es difícil localizar responsabilidades individuales, mientras, aún cuando esto fuese posible, los verdaderos beneficiarios de lucro de la actividad delictuosa quedarían de cualquier manera fuera de una acción represiva.

#### *b) Principio de la responsabilidad por el acto*

Al enunciar este principio se rechaza cualquier forma de derecho penal de autor y se mantiene sólo el derecho penal de la acción. Ninguna responsabilidad penal puede derivarse de características personales del imputado subsumibles en un tipo de autor, sino únicamente de características del comportamiento que lo hagan subsumible en un tipo de delito previsto por la ley e imputable a un acto voluntario del cual el sujeto ha sido capaz de entender el sentido social.

En particular ninguna consecuencia penal en sentido estricto, así como ninguna medida que implique internamiento coactivo puede derivarse en sustitución o en

concurso con la realización de una figura delictuosa por la llamada peligrosidad social.

*c) Principio de la exigibilidad social del comportamiento o conforme a la ley.*

Con este principio, se indica la exigencia de definir sobre un plano rigurosamente técnico-jurídico, los requisitos normativos adecuados para regular la comprobación judicial de la condición para la adscripción de responsabilidad penal que corresponde, en la dogmática del delito al concepto de culpabilidad. Tal existencia encuentra respuesta en la depuración del concepto de culpabilidad por los elementos metafísicos y morales que tradicionalmente han sido implicados en ello, como el libre arbitrio. Esto es, de la actitud interior del sujeto.

En una construcción dogmática centrada en el contexto situacional de la acción más bien que sobre un elemento interior tan difícilmente operacionalizable, como la experiencia teórica y práctica enseña, vendrían definidas las siguientes series de requisitos normativos:

1. Causas de exigibilidad social del comportamiento conforme a la ley y criterios para su comprobación en relación al contexto situacional de la acción y a los roles sociales o institucionales encubiertos por el sujeto en la situación problemática.
2. Criterios de valoración del espacio de alternativas comportamentales disponibles para el sujeto en la situación problemática de la cual ha formado parte la acción.

## ***II Principios Extrasistemáticos***

Estos principios se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización de conductas que no deberían tener el carácter penal, así como para una construcción alternativa al sistema penal de los conflictos y de los problemas sociales.

Los principios extrasistemáticos, de descriminalización de la mínima intervención penal, se pueden dividir en dos grupos:

### II.1 Principios extrasistemáticos de descriminalización.

### II.2 Principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales.

#### **II.1 Principios extrasistemáticos de descriminalización.**

Estos principios adoptan una política de descriminalización que, diversamente de los intrasistemáticos, implican la adopción de un punto de vista externo a los principios penales existentes.

##### *a) Principios de no intervención útil.*

Este principio indica que la alternativa a la criminalización no es siempre otra forma de control social formal o aún informal. Como se ha visto anteriormente, un principio general de política alternativa es el de alcanzar el más amplio espacio de libertad para lo diverso, compatiblemente con las exigencias mínimas de un orden justo. Una rigurosa economía del control social corresponde a la idea de una sociedad igualitaria y libre.

##### *b) Principio de la privatización de conflictos.*

Sobre esto se ha hecho alusión en la parte precedente, en relación a los principios de proporcionalidad concreta y primacia de la víctima. Se trata de la estrategia de reapropiación de los conflictos que considera las posibilidades de sustituir parcialmente la intervención penal con formas de derecho restitutivo y acuerdos entre las partes dentro de instancias públicas y comunitarias de reconciliación.

##### *c) Principio de las garantías formales.*

Con ello se exige que, en el caso de transferencia de los conflictos fuera del campo de la intervención penal hacia otras áreas de control social institucional, la posición de los sujetos no sea nuevamente conducida a un régimen de menores garantías respecto a lo formalmente previsto en el derecho penal.

## ***II.2 Principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales.***

Estos principios implican la idea de una liberación de la imaginación en relación a una cultura de lo penal que ha ampliamente colonizado la manera de percibir y construir los conflictos y los problemas sociales en la sociedad.

### ***a) Principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena.***

Con ello se propone el uso de un experimento metodológico: la sustracción hipotética de determinados conceptos de un arsenal preestablecido, o la suspensión de su validez. Se recomienda a los autores implicados en la interpretación de conflictos y problemas, que en la búsqueda de soluciones, prescindan, por un cierto tiempo, del empleo de los conceptos de criminalidad y de pena a fin de verificar cómo podrían venir contruidos de otra manera los conflictos y los problemas, además de las respuestas óptimas en visiones diversas de la punitiva.

### ***b) Principio de especificación de los conflictos y de los problemas.***

Este principio toma en consideración el hecho de que el sistema penal puede ser interpretado como un aglomerado de comportamientos punibles que no tiene ningún otro elemento común con otros, sino el de estar sujeto a la respuesta punitiva. Si prescindimos, como hipótesis, de la existencia de este sistema de respuesta institucional, se verá que son posibles otros reagrupamientos más coherentes de los objetos en cuestión, en áreas homogéneas específicas, según su distinta naturaleza. Así podría darse una respuesta diferenciada y más adecuada a la naturaleza de los conflictos y de los problemas respecto a las ya dadas por el sistema penal. ¿Qué cosa tienen en común, además del hecho de estar sujetos a la respuesta punitiva, delitos tan diferentes, como por ejemplo los pequeños robos y las grandes infracciones ecológicas, el adulterio y los atentados contra la salud en el trabajo industrial, el despojo y el secuestro? ¿Cómo puede aceptarse la pretensión de un sistema como el penal, de responder con los

mismos instrumentos y los mismos procedimientos a conflictos y problemas tan heterogéneos como los indicados?

c) Principio general de prevención.

Este principio ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. Se trata, esencialmente, de desplazar cada vez más el acento de las formas de control represivo hacia formas de control preventivo.

*d) Principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales.*

Este principio es tal vez el más importante de los principios extrasistemáticos. El sistema penal es tradicionalmente la herramienta ideológica por parte del sistema y la cultura dominante.

Ningún cambio democrático en la política del control social será posible si los portadores de necesidades y derechos no logran convertirse, de sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, en sujetos activos en la definición de los conflictos en los cuales están implicados y en la construcción de las formas y de los instrumentos de intervención institucional y comunitaria idóneas para resolver las propias necesidades reales.

En síntesis, estos son los principios guía para la transformación y la superación de un sistema penal posmoderno que amenaza día a día, el valor máspreciado del hombre, la libertad. La adopción de ellos apunta hacia un sistema de defensa y garantía de los mínimos derechos con que debe contar el individuo en una sociedad que se dice democrática y de Derecho.

## CONCLUSIONES

*PRIMERA. En la Sociedad Civil, a cada hombre no le interesa sino sus deseos particulares y difícilmente se inclinará por intereses generalizables. El progreso económico es el principal fin que busca la sociedad civil, pero no es el proceso económico quien decide las reglas a seguir en esa sociedad. En primer lugar existe en las agrupaciones sociales el factor de poder de una clase dominante y otra dominada o una agrupación horizontal de reconocimiento del otro y es a partir de este esquema donde se condiciona todo proceso productivo vertical u horizontal, para pasar a un segundo plano donde surgen los controles sociales ideológicos o de fuerza que sirven como instrumentos de justificación.*

*La imposición de ideologías en la sociedad civil surge con la construcción social de la realidad. Al intervenir el poder en este proceso surge un nuevo concepto llamado construcción particular de la realidad. Por lo tanto, esa subjetividad particular influye en el grupo receptor de los conocimientos que sirven al interés y conveniencia de los sujetos dominadores. La forma de influencia, de quienes llevan el mando, consiste en institucionalizar como obligatorios a través del discurso jurídico, de la intimidación o del medio los criterios de verdad que convienen. Por ello, las ideas subjetivas del dominante se convierten en ideas objetivas para todos los gobernados y crean la ideología que ha de perdurar sobre los hombres a través de las generaciones futuras.*

*SEGUNDA. El discurso del derecho constituye una ideología dependiente de él mismo, es decir, se pretende que cualquier actividad del ser humano deba depender de las reglas jurídicas impuestas. En la construcción discursiva de este fenómeno, no sólo se afirma que las acciones humanas requieren de reglas impuestas por el derecho, sino que paralelamente, expulsa del sistema a todos aquellos hombres que no se sometan a su modelo.*

*TERCERA. Los postulados contruidos en la modernidad intentaron dar seguridad y certeza jurídicas y representaron el llamado Estado de Derecho. Las promesas que daba el mismo no llegaron a realizarse. A través del tiempo y hasta nuestros días se ilustra la desconfianza de los gobernados por someterse a leyes y autoridades espurias, es decir, ilegítimas que no han respetado los principios propios de ese Estado de Derecho.*

*CUARTA. Con el cambio de los procesos económicos, no sólo se llega a la apertura de las fronteras comerciales, sino que provoca además, la apertura de las fronteras jurídicas. Para llegar a los fines de la globalización, es necesario que el modelo a seguir no se circunscriba únicamente al aspecto comercial, sino que debe fijar directrices jurídico-políticas ajenas a los Estados nacionales. De esta manera se construye particularmente la legalidad trasnacional que todas las naciones deberán adoptar ante el cambio neoliberal.*

*Paralelamente al surgimiento de la globalización económica aparece un nuevo sistema político de dominación que se adecua a los fines de la misma, es el llamado Estado Neoliberal, que no es otra cosa que la implantación de estrategias tendientes a llevar a buen término las expansiones comerciales , la libre competencia y la ley de la oferta y la demanda. Además, constituye la base para excluir a las sociedades e individuos que no estén en posibilidad de competir.*

*QUINTA. La actual transformación en el Estado Mexicano del sistema jurídico moderno al neoliberal se ve ampliamente reflejada en el área del Derecho Penal. La implantación de reformas legales, la creación de leyes especiales y en general la política adoptada de restricción de garantías y máxima represión son algunas de las figuras que abanderan al posmoderno Derecho Penal.*

*Las exigencias del Estado para ejercer un efectivo control social, siempre han requerido la manipulación de las ideologías de todo el grupo social. Así como la modernidad totalizó la idea del hombre libre y el concepto del Estado de Derecho para llegar al llamado bienestar social, el Estado Neoliberal impone ideologías*

*como la competencia, el progreso y la superación económica para que el hombre llegue así a la felicidad.*

*La construcción de un sistema neoliberal requiere desmontar la armazón legal de derechos que caracterizaron al llamado Estado Liberal de la modernidad. En México, este derecho está siendo arrasado por criterios de desarrollo comercial y nuevas formas de accionar políticas. La posmodernidad responde a criterios político-jurídicos que buscan la defensa del nuevo sistema de producción y de las élites que lo representan, dejando fuera los principios liberales y se adoptan los del Estado posible, el Estado abierto y competitivo, pero determinado e influenciado por la dinámica internacional. Esta posmodernidad política-jurídica, en México, restringe la garantías heredadas de la modernidad y disminuye los límites legales para el actuar de la autoridad encargada del ejercicio del poder punitivo del Estado.*

*SEXTA. La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas adoptada en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988 y promulgada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de septiembre de 1990, originó el surgimiento de nuevas figuras jurídicas en el Estado mexicano, en virtud de que la misma obliga a los Estados que la adoptan a crear en su derecho interno las medidas necesarias que lleven a cabo los fines de dicha Convención, aunque ello represente la creación de otro derecho penal diverso al ordinario.*

*Para dar entrada a los principios que nacen con la Convención de las Naciones Unidas, surgieron las modificaciones constitucionales a los artículos 16, 20 y 119 publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993; a los artículos 16, 20 y 22 publicadas en el Diario Oficial el 3 de julio de 1996; a los artículos 16, 19 y 22 publicadas en el Diario Oficial de 8 de marzo de 1999, las cuales dieron origen a la creación de figuras netamente represivas, que no solo disminuyen los derechos y las garantías, sino que anulan completamente ciertos derechos como la libertad, la propiedad y la privacidad.*

*A nivel de derecho penal interno, la instauración de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de Julio de 1996, retoma las limitaciones jurídicas contenidas en la citada Convención de las Naciones Unidas y agrega otras reglas específicas que no estaban contempladas en el Código Penal Federal tanto en materia sustantiva, procesal y de ejecución de sanciones.*

*SÉPTIMA. Por ello esta investigación concluye, que el nuevo tipo de derecho penal, que se crea a partir de la citada Convención de las Naciones Unidas, de las mencionadas reformas constitucionales de los años 1993, 1996 y 1999 y de la instauración de la Ley contra la Delincuencia Organizada, evoluciona hacia un sistema de control social más represivo, que modifica los principios del Derecho Moderno y recoge principios de un nuevo Derecho Penal Posmoderno. De esta manera se da respuesta a la pregunta hipotética que se planteó en la introducción de la presente investigación.*

*OCTAVA. Ante ese panorama de desolación jurídica, es necesario actuar una política criminal alternativa, que transforme y supere ese sistema penal posmoderno, utilizando los principios de derecho penal mínimo, que apuntan hacia un sistema de defensa y garantía de los mínimos derechos con que debe contar el individuo en una sociedad que se dice democrática y de Derecho.*

*La adopción de una idea de respeto a las garantías mínimas del hombre podría ser la respuesta más acertada al problema de la violencia punitiva. Salvaguardar las garantías penales ofrece el instrumento más adecuado para una política de contención al severo sistema de justicia penal.*

## BIBLIOGRAFÍA

1. Arellano, Jesus, *Como presentar originales y corregir pruebas para su edición*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1992.
2. Baratta Alessandro, *Principios del Derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la Ley Penal*, traducción de Fernando Tenorio Tagle, en *El Sistema de Justicia Penal: su crisis y el Discurso Criminológico Contemporáneo*, Universidad Autónoma de Querétaro, 1990.
3. Bentham, Jeremías, *Panóptico*, México, Publicaciones del Archivo General de la Nación, 1980.
4. Berger Peter, L., Thomas Luckmann., *La Construcción Social de la Realidad*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, Argentina 1995.
5. Bernaldo de Quiroz, Constancio, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, México, Imprenta Universitaria, 1953.
6. Bonesano Cesare, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, precedido de una noticia sobre Beccaria, quinta edición, Porrúa, México 1992.
7. Bustos Ramírez, Juan, *Estado y Control: la ideología del control y el control de la ideología*, en *El Pensamiento Criminológico volumen II, estado y control*, obra dirigida por Bergalli, R., y Bustos, J., Editorial Temis Librería, Bogotá - Colombia, 1983, p.
8. Camargo, Pedro Pablo, *Derechos Humanos y Democracia en América Latina (análisis crítico)*, Bogotá, Editorial Leyer, 1996.
9. Carnap, Rudolf, *La Construcción Lógica del mundo*, traducción de Laura Mues de Schrenk, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México 1988.
10. Carrara Francesco, *Opúsculos de Derecho Criminal, Volumen I*, editorial Temis, Bogotá, 1976.
11. Carrara Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I*, editorial Temis, Bogotá, 1971.
12. Cázares Hernández, Laura y otros, *Técnicas de Investigación Documental*, Trillas, México, UAM, 1987.
13. Correas, Oscar, *Crítica de la Ideología Jurídica, Ensayo Sociosemiológico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1993.

14. Correas, Óscar, *El Uso del Derecho y la Construcción del Poder*, en *Redes de Inclusión, La Construcción Social de la Autoridad*, editorial Porrúa, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 1998.
15. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, editorial Trotta, S.A, Madrid, España, 1995.
16. Floris Margadant, Guillermo, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, cuarta edición, editorial Porrúa, México, 1991.
17. Foucault Michel, *La Verdad y las Formas Jurídicas*, traducción Enrique Lynch, editorial Gedisa, quinta reimpresión, Barcelona, España 1998.
18. Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*. Editorial La Piqueta, Madrid, España 1992.
19. Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, México, Siglo XXI Editores, 1981.
20. Gómez Granillo, Moisés, *Breve Historia de las Doctrinas Económicas*, editorial Esfinge, S.A., México, 1967.
21. González Vidaurri Alicia, Klaus-Dieter Gorenc, Augusto Sánchez Sandoval, *Control Social en México, D.F., Criminalización Primaria, Secundaria y Derechos Humanos*, México, UNAM, ENEP Acatlán, 1998.
22. González Vidaurri, Alicia, Augusto Sánchez Sandoval, *La Vigilancia del Otro*, en *Redes de Inclusión, La Construcción Social de la Autoridad*, México, UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 1998.
23. González Vidaurri, Alicia, Augusto Sánchez Sandoval, *Seguridad Pública y Sistemas Sociales*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, en realización.
24. Harnecker, Marta, *Los Conceptos Elementales del Materialismo Histórico*, siglo XXI Editores, México, 1985.
25. Hegel, G.W.F., *Fenomenología del Espíritu*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
26. Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México 1974.
27. Hernández Vega, Raúl, *La Idea de Sociedad Civil en Hegel*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 1995.
28. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, *El Derecho en México, una Visión en Conjunto, Tomo I*, México 1991.

29. Maquiavelo Nicolás. *El príncipe*, Nicolás Maquiavelo en su quinto centenario por Gómez Robledo Antonio, Colegio Nacional, novena edición, Porrúa, Sepan Cuantos, número 152, México, 1985.
30. Maquiavelo, Nicolás, *De los Discursos Sobre la Primera Década de Tito Livio*, en los gigantes, la nueva biblioteca para todos, editorial Prensa Española y Arnaldo Mondadori, Madrid, 1971.
31. Mir Puig, Santiago, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, casa editorial bosch, Barcelona, 1979.
32. Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, editorial Tecnos, Madrid, España, 1987.
33. Ortiz Ortiz, Serafín, *La Función de la Policía en el Estado de Derecho*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
34. Roll Eric, *Historia de la Doctrinas Económicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.
35. Romero Coloma, María Aurelia, *Derecho a la Intimidad, a la Información y Proceso Penal*, editorial Colex, España, 1987.
36. Rousseau Juan Jacobo, *El contrato Social o Principios de Derecho Político*, editorial Porrúa, México, 1979.
37. Saavedra R., Edgar, Del Olmo, Rosa. *La Convención de Viena y el Narcotráfico*, Temis, Bogotá, Colombia, 1991.
38. Sampson, R. V., *Igualdad y Poder*, traducción de Mónica Hason, Fondo de Cultura Económica, México 1975.
39. Sánchez Sandoval, Augusto, *Derechos Humanos, Seguridad Pública y Seguridad Nacional*, México, INACIPE, 2000.
40. Secretaría de Salud, *Encuesta Nacional de Adicciones, Tomo I*, México, 1993.
41. Universidad Nacional Autónoma de México, *El Derecho en México, Una Visión de Conjunto*, Tomo I, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
42. Villoro, Luis, *Ideología y Ciencias Sociales. El Concepto de Ideología en Marx y Engels*. UAM, 1979.
43. Zaffaroni Eugenio Raúl, *El Crimen Organizado: una Categorización Frustrada*, artículo fotocopiado sin datos bibliográficos.

44. Zaffaroni Eugenio Raúl, *La Política Social, el Urgente Desafío de América Latina, Exclusión e Inclusión: la Restauración de una Dialéctica Social*, Ciclo de Conferencias, México, D.F. 9 de marzo de 2000.

## REVISTAS

1. Anton Mello, Joan, *Ideología y Mentalidad Ideologizada, La Opacidad Social de las Conciencias* en revista Sistema, número 135, Madrid, España, noviembre de 1996.
2. Criminalia, Revista de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Editorial Porrúa, año LV, nos. 1-12, México, D.F., enero - diciembre 1989.
3. De Lardizabal, Manuel, *Discurso sobre las Penas*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Dirección General de Prisiones, julio – septiembre, número 74, Madrid, 1966.
4. Foucault, Michel, *Hacia una Crítica de la Razón Política*, en *Revista Siempre*, México 1982, 1064: 45-63, 03.11.
5. Martínez Rincones, J. F., *Ideología, Medios de Comunicación y Control Social en Criminalia*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, editorial Porrúa, año LV, nos. 1-12, México, enero-diciembre 1989.
6. Molina Piñeiro, Luis. *Problemas Jurídicos derivados del Subdesarrollo frente a la Globalización*, en *Revista Lex*, tercera época, año III, número 24, México, junio 1997.
7. *Pensamiento Político*, revista, octubre 1973, volumen XIV, número 54.
8. Pérez Miranda, Rafael. *El Estado Posmoderno y el Derecho Penal Económico*, en Cuadernos de Posgrado, serie a, número 7, México, UNAM, ENEP Acatlán, 1998.
9. Regino, Gabriel, *Globalización, Neoliberalismo y Control Social, ¿Hacia dónde se dirige el Derecho Penal en México?*, en *Revista Criminalia*, año LXV, n° 1, enero – abril 1999, Porrúa, México.
10. Sánchez Sandoval, Augusto, *Construcción Particular de la Realidad: de la Premodernidad a la Posmodernidad*, en revista Iter Criminis, número uno, INACIPE, México, 1998.
11. Sánchez Sandoval, Augusto, *La ley Federal contra la Delincuencia Organizada: Un Nuevo Fuero Penal Posmoderno*, en revista *Alter*, año I, número 3, septiembre- diciembre, 1997.

12. Solétura Jordi, *Planteamientos Sobre Control Informal*, en *Poder y Control*, Editorial Promociones Publicaciones Universitarias S.A., número 1, Barcelona 1987.
13. Tenorio Tagle, Fernando, *Seguridad Pública y Conveniencias Políticas*, en revista *Alegatos*, número 34, septiembre–diciembre 1996, México, UAM, Azcapotzalco.
14. Vargas Casillas, Leticia, *Algunos Antecedentes de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada*, en *Revista Iter Criminis*, número

## LEGISLACIONES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Código Penal para el Distrito Federal
3. Código Penal Federal
4. Convención de Viena sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Substancias Psicotrópicas publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 5 de septiembre de 1990.
5. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada
6. Código Civil para el Distrito Federal

## CONVENIOS Y DIARIOS OFICIALES

1. Procuraduría General de la República, *Convenio de colaboración que, con base en el artículo 119 Constitucional, celebran la Procuraduría General de la República, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y las Procuradurías Generales de Justicia de los treinta y un Estados integrantes de la Federación*, en Diario Oficial de la Federación, México, 3 de diciembre de 1993.
2. Secretaría de Gobernación, *Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en Diario Oficial de la Federación, México 3 de julio de 2000.
3. Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se declaran reformados los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en Diario Oficial de la Federación, México 8 de marzo de 2000.
4. Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se expide la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, en Diario Oficial de la Federación de 11 de abril de 1996, México.

5. Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley de Extradición Internacional, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura y de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, en Diario Oficial de la Federación, México, 10 de enero de 1994.
6. Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en el Diario Oficial de la Federación, México, 3 de septiembre de 1993.
7. Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y de la Ley Orgánica del Tribunal de Superior de Justicia del Distrito Federal*, en Diario Oficial de la Federación, México, 30 de septiembre de 1999.
8. Secretaría de Gobernación, *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código Fiscal de la Federación, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal de Procedimientos Penales*, en Diario Oficial de la Federación publicado, México, 13 de mayo de 1996.
9. Secretaría de Gobernación, *Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales; de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos; del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; y del Código Fiscal de la Federación*, en Diario Oficial de la Federación México, 22 de julio de 1994.
10. Secretaría de Relaciones Exteriores, *Decreto de Promulgación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas adoptada en Viena, Austria, el 20 de diciembre de 1988*, en Diario Oficial de la Federación, México, 5 de septiembre de 1990.