

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A  
LA LUZ DEL DERECHO POSITIVO  
MEXICANO**

**TESIS PROFESIONAL**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
**PRESENTA**  
**ERIC RICARDO RAMÍREZ ÁLVAREZ**  
No de Cuenta: 405067736

**Asesor: Dr. José Antonio Granados Atlaco**

**CIUDAD DE MÉXICO**

**NOVIEMBRE DE 2011**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

# Gracias a...

*La Universidad Nacional Autónoma de México por haberme formado académica y políticamente.*

*Mis padres por su apoyo económico y moral para la realización de mi licenciatura, por sus enseñanzas, su cariño y haberme dado la vida.*

*A los magníficos catedráticos de mi facultad, quienes me brindaron su tiempo para mi mejor crecimiento intelectual, a quienes por medio de sus enseñanzas recibidas en el aula de clases y posteriormente en el asesoramiento de esta tesis influyeron determinadamente en mi formación como profesionista.*

*A dos ejemplos y líderes a seguir al Dr. José Narro Robles y al Licenciado Mario Anguiano Moreno.*

*A mis compañeros y amigos que me apoyaron y acompañaron en mi vida política y estudiantil dentro de la Universidad, particularmente a David, Eder, Rigo, Ezequiel y Zayas por su apoyo moral y sus consejos en la presente tesis.*

*Por mi raza, hablara el espíritu...*

**EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO A LA LUZ DEL DERECHO  
POSITIVO MEXICANO  
ÍNDICE**

	Página
<b>INTRODUCCIÓN</b>	I
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	1
<b>1. CONCEPTOS FUNDAMENTALES</b>	
1.1. Concepción Clásica del Derecho penal	2
1.2. Derecho Penal del Enemigo	3
1.2.1. Fundamentación	4
1.2.2. Concepto y Finalidad	6
1.2.3. Elementos	8
1.3. Debate Filosófico-Jurídico entorno al Derecho Penal del Enemigo	11
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	16
<b>2. ANTECEDENTES GENERALES</b>	
2.1. Derecho Comparado	16
2.1.1. Estados Unidos	18
2.1.2. Colombia	23
2.1.3. España	29
2.2. Instrumentos de Derecho Internacional	31
2.2.1. Conferencia de Nápoles (1994)	32
2.2.2. Convención UN v. Crimen Organizado (2000)	35
2.2.3. Otros tratados Internacionales	44
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
<b>3. GESTACIÓN, TRANSICIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO</b>	48
3.1. Constitucional	50
3.1.1. Reforma 1997-1999	50
3.1.2. Delincuencia Organizada. Duplicidad del término Constitucional.	55
3.1.3. Reforma 2007-2008	65
3.2. Legal	76
3.2.1. Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales (1994)	76
3.2.2. Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (1996)	83
3.2.3. Ley de la Policía Federal (2009)	92
3.2.4. Ley Federal de Extinción de dominio	93
3.3. Jurisprudencia y tesis del Poder Judicial de la Federación	95
<b>CAPÍTULO CUARTO</b>	104
<b>4. ALTERNATIVAS NORMATIVAS</b>	
4.1. Alternativas Normativas	104
4.2. Constitucionales	116
4.3. Legales	120
<b>CONCLUSIONES</b>	125

**PROPUESTA**  
**BIBLIOGRAFÍA**  
**LEGISLACION**

128  
133  
136

*“..Todo delincuente sería enemigo ya que cualquier individuo que ataque el sistema social deja ya de ser miembro del Estado, porque se halla en guerra con este como pone de manifiesto la pena pronunciada contra él”*

*J.J. Rousseau*

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, vivimos en una época en la que los valores fundamentales de la cultura están siendo desafiados y atacados. Con dicho fundamento se han concebido ciertas ideologías que proclaman que el poder y la fuerza del estado son los únicos factores capaces de hacerles frente.

En México, en la actualidad un tema que se encuentra posicionado en el primer ámbito de prioridades de la agenda política, gubernamental y ciudadana es la seguridad pública. El incremento desmedido de la violencia y la comisión de conductas antisociales en nuestro país. Los delitos relacionados con la delincuencia organizada impactan profundamente en la percepción de la ciudadanía, en su tranquilidad y en consecuencia en su seguridad.

Como respuesta a este contexto desde hace ya algunos años en México se ha dado una tendencia legislativa a la implementación de las normas pertenecientes o características del Derecho Penal del Enemigo, ello con la intención o finalidad de brindar elementos sustantivos y adjetivos para restablecer la paz, el orden , la seguridad.

Paralelamente a la introducción de las referidas normas objeto de nuestro estudio, las políticas administrativas emprendidas mayoritariamente por el gobierno federal son de corte reactivo punitivo, congruentes a la legislación de referencia.

En el presente estudio pretendo dar cuenta de la forma y las normas que han permeado el derecho positivo mexicano cronológica y puntualmente.

Frente a esta tendencia legislativa se acreditará que no se ha creado un marco normativo que de forma complementaria coadyuve en la implementación y

que regule las políticas públicas para la prevención social de la violencia y la delincuencia de una forma efectiva.

La necesidad de establecer paralelamente al marco normativo que regula la comisión de los delitos, su investigación, persecución y sanción, uno que delimite políticas públicas que prevengan y anticipen la multicausalidad del mismo desde sus orígenes, de forma integral, transversal y sostenible.

El derecho penal del enemigo, presenta tres elementos que son básicos y que lo caracterizan:

1. El punto de referencia no es el hecho cometido, sino el hecho futuro,
2. Las penas privativas son elevadas de un modo desproporcionado,
3. La flexibilización de ciertas garantías las cuales se desarrollan en este trabajo y que incluso pueden llegar a ser suprimidas.

## **Capítulo I. Conceptos Fundamentales**

Estimo propicio para el desarrollo de la presente investigación la presentación de un marco conceptual en el cual sea posible ubicar con precisión los conceptos que integrarán la parte sustantiva de la misma. Considero que si desde un inicio se establecen las líneas argumentativas con las que se busca sostener la presente tesis, su resultado podrá ser sustentado a cabalidad.

Por lo tanto una vez hecha esta precisión, doy inicio al desarrollo de este Capítulo que tiene como objetivo adentrarnos en la marco de la teoría del Derecho Penal del Enemigo dentro de la rama jurídica del Derecho Penal como una parte de la ciencia jurídica.

El Derecho se concibe como un conjunto de normas impero atributivas que rigen la conducta externa de los seres humanos dentro de determinada comunidad y ha sido un instrumento necesario de las sociedades para garantizar la imposición de un orden normativo que permita su articulación, estructuración y desarrollo.

Así el derecho al erigirse como un mecanismo coercitivo estatal o supra estatal cuyo objetivo es de mucho mayor calado que solo constreñir la conducta externa de los hombres en sociedad dispone de diversas ramas para cumplir sus objetivos. Así encontramos que al Derecho Penal y como éste, contiene al fenómeno represivo del Estado, pues al perseguir como uno de sus últimos objetivos la imposición de determinadas normas para alcanzar la adecuada convivencia entre los miembros de una comunidad, será a través de la sanción que busca hacer efectivos una serie de límites para lograr cumplir sus objetivos.

Ahora bien dentro del Derecho Penal se encuentra una corriente conocida como el Derecho Penal Clásico. En la actualidad esta corriente se ha constituido como el principal contrapunto del Derecho Penal del Enemigo como a través del desarrollo de la presente investigación pretende ser sustentado. Sin mayor preámbulo damos paso a su exposición.

## 1.1. Concepción Clásica del Derecho Penal

Para hablar de esta etapa es necesario hacer referencia a su principal predecesor, César Bonesano, Marques de Beccaria: en su obra intitulada Tratado de los Delitos y de la Penas, propone una crítica demoledora a los sistemas penales hasta entonces empleados, basta con revisar las líneas iniciales de su obra para constatar la anterior afirmación, “comienza citando al inicio del Capítulo II, al filósofo Motesquieu, en el sentido de que toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica”.<sup>1</sup>

A su obra se atribuyen algunos postulados que a la postre sería incorporados a la concepción clásica del Derecho Penal, tal y como: la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios, se propone certeza contra la atrocidad de las penas suprimiendo indultos y las gracias que siempre hacen suponer impunidad a los delincuentes.

De igual forma en su obra propuso un derecho a castigar basado en el contrato social y por tanto una separación entre justicia humana y divina. El cimiento del principio de legalidad, pues afirmaba que las penas exclusivamente podían ser establecida por las leyes. La publicidad en las penas, así como la pena con un carácter eminentemente preventivo puesto que el Marqués de Beccaria sostenía que la finalidad de la pena debía ser evitar la comisión de nuevos delitos.

Estos son sólo algunos de los postulados con los que se dio inicio a esta nueva Escuela de pensamiento, es decir el Derecho Penal Clásico, también conocida como Escuela Humanista y cuyos postulados ha trascendido hasta la actualidad y han servido de pilar para fundar nuevas escuelas de pensamiento dentro del Derecho Penal. Como a continuación se explica.

---

<sup>1</sup> BECCARIA, César Bonesano, Tratado de los delitos y de las penas, s/e Edit. Porrúa, México, 2003. p.9.

“La concepción clásica del Derecho Penal o el Derecho Penal Clásico es conocido con diferentes denominaciones tiene orígenes en acontecimientos sociales tan importantes como la Revolución Francesa y encuentra en el principio de legalidad uno de sus primeros pilares, limitando el poder del Estado en sus sentido más duro y estricto, para que éste no pueda actuar ilimitadamente en perjuicio de sus gobernados”.<sup>2</sup>

Actualmente se configura como lo indica el profesor Muñoz Conde, “por ser primordialmente la culminación de todo un sistema jurídico, dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y para la sociedad en su conjunto”.<sup>3</sup>

Justamente es a partir de esta concepción que nos interesa centrar el estudio de la teoría del Derecho Penal del Enemigo como contrapropuesta a esta concepción clásica del Derecho Penal, por lo que una vez precisada como se ha hecho su principal concepción y su corriente antecesora se da paso a la exposición de la teoría del Derecho Penal del Enemigo.

## **1.2. Derecho Penal del Enemigo**

Consiste en una vertiente creada por el jurista Günther Jakobs, llamada así por primera vez en el año de 1985. En tal sentido, la distinción entre un Derecho Penal del Ciudadano (concepción clásica) y un Derecho Penal del Enemigo gira, a su vez, en torno a la diferencia entre el restablecimiento de la vigencia de la norma como fin esencial de la pena.

Según su autor persigue como objetivo la eliminación de peligros futuros: en consecuencia el Derecho Penal del Ciudadano tendría como fin el mantenimiento restablecimiento o reparación de la vigencia de la norma. Mientras que el Derecho Penal del Enemigo se dirige al combate de peligros.

---

<sup>2</sup> Instituto Nacional de Ciencia Penales, *Iter Criminis*, Chistian Gilberto Rodríguez, p. 105, Enero- Febrero 2011.

<sup>3</sup> *Ibidem*. p. 103.

De este modo es posible esquematizar las siguientes diferencias entre una concepción clásica del Derecho Penal y el Derecho Penal del Enemigo:

<b>DERECHO PENAL DEL CIUDADANO</b>	<b>DERECHO PENAL DEL ENEMIGO</b>
Optimiza la protección de bienes jurídicos	Optimiza las esferas de libertad
Reprime conductas del pasado	Se busca proteger a la sociedad mediante la prevención de futuros actos lesivos
Castiga el hecho ya cometido	De ser personas pasan a ser fuentes de peligro
El ciudadano adquiere condición de persona en su debido proceso	Anticipación de la sanción con el fin de atacar el peligro
El fin de la pena es la recuperación del infractor	Ataca a la peligrosidad latente
Juzga al ciudadano en su condición de persona con todos sus derechos y protegido por una totalidad de garantías procesales	Ataca a la peligrosidad latente
Derecho limitado y racional	Suprime garantías procesales

### **1.2.1. Fundamentación**

Para el Maestro Jakobs las normas de Derecho Penal del Enemigo son útiles como medidas de seguridad, donde la misma sociedad es la que legitima el Derecho Penal del Enemigo; y donde la norma se hace en función a las expectativas sociales.

Desde una perspectiva general, se podría decir que este Derecho Penal del Enemigo sería “una clara manifestación de los rasgos característicos del llamado Derecho Penal Moderno, con ello, un menoscabo de los principios y de las garantías jurídico-penales liberales del Estado de Derecho”.<sup>4</sup>

El cambio y desarrollo socioeconómico y tecnológico han compartido el fenómeno concomitante de una importante internacionalización del delito; la frecuencia de los delitos propiamente transnacionales y otros delitos de carácter puramente internacional, en gran variedad de formas han aumentado. En las últimas décadas, la delincuencia transnacional se ha intensificado hasta alcanzar niveles difícilmente imaginables, circunstancias propiciadas y facilitadas por los medios modernos de comunicación, viajes a velocidades ultrasónicas con precios accesibles, la transferencia de bienes, servicios y fondos a nivel internacional.

En opinión de la doctora Emma Mendoza, la internacionalización de la delincuencia organizada se refleja en la proliferación de los mercados mundiales ilícitos de drogas, bienes hurtados, armamentos, otros bienes y servicios ilícitos suministrados y manipulados mediante una red mundial de operaciones comerciales ilícitas. Es común que para esto se utilicen empresas legítimas, por ejemplo, hoteles, sociedades comerciales de importación y exportación, negocios de bienes raíces, entre otros.

---

<sup>4</sup> Véase, por ejemplo, *Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Edit. Civitas, Madrid, 2001, pp. 163

Un aspecto verdaderamente grave de la delincuencia organizada —asevera la maestra— lo constituyen “las actividades terroristas, en constante aumento, disponiendo siempre, gracias a los traficantes de armas, de estos instrumentos en lo más avanzado tecnológicamente hablando, de la mayor publicidad a través de los medios masivos de información, de las vías más discretas y rápidas para la fuga en caso necesario (mediante lo más moderno de la transportación) y utilizando la mejor tecnología para la coordinación de sus acciones”.<sup>5</sup>

La legitimación de una norma, también de una norma penal del enemigo presupone que la norma es vigente, que se aplica en la realidad y que tiene una vigencia aquí y ahora. Una norma será legítima si una expectativa es actual y vigente, es en buena medida el contenido de esta teoría en cuanto al por qué del valor de la norma.

Para cerrar con esta primera aproximación a la teoría del Derecho Penal del Enemigo podemos decir que un antecedente del Derecho Penal del Enemigo se encuentra plasmado en algunas de las tesis del filósofo Rousseau en las que establece que cualquier delincuente o malhechor que atacara el derecho social, dejaría de ser miembro del Estado.

### **1.2.2. Concepto y Finalidad**

El creador de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, el Maestro Günther Jakobs la define como Derecho Penal del Enemigo al ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro desvaloradas por el legislador y que este considere necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de supuestos normativos punibles contemplados en un sistema jurídico (Derecho Penal del Ciudadano o concepción clásica).

---

<sup>5</sup> Mendoza Bremauntz, Emma, *La globalización de la delincuencia*, s/e, s/Edit.México. Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2000, p. 11.

Persigue fundamentalmente la eliminación de un peligro, de un sujeto peligroso en extremo y reincidente que por su condición de tal no amerita ser tratado como persona. Según sus promotores cumple la función y necesidad de crear un enemigo interno o externo que se considera desestabiliza a la nación, justificando en este sentido la formación de una estructura más coercitiva para quien ponga en riesgo la estabilidad del Estado.

Una respuesta adecuada al cambio de la cuestión criminal debería ser una mutación de paradigma del Derecho Penal a la altura de los nuevos desafíos de la globalización. En otras palabras, “un cambio que permitiera hacer frente a las nuevas formas de criminalidad del poder y a los peligros y atentados contra los bienes y los derechos fundamentales, que la misma produce”.<sup>6</sup>

El fin principal del Derecho Penal del Enemigo es la seguridad cognitiva. En él no se trata ya —como sucede en el Derecho Penal general— “de la conservación o mantenimiento del orden, sino de la producción en el entorno de condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquéllos que no ofrecen la garantía mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas”.<sup>7</sup>

El Derecho Penal del Enemigo es la regulación jurídica de la exclusión de los enemigos, la cual se justifica en tanto en cuanto éstos son actualmente no-personas, y conceptualmente hace pensar en una guerra cuyo alcance, “limitado o total, depende de todo aquello que se teme de ellos”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> ibidem

<sup>7</sup> Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt p. 53.

<sup>8</sup> *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio*, p. 33: “El Derecho Penal del ciudadano es el Derecho que contiene las garantías individuales de las que son portadores todos lo que respetan el ordenamiento jurídico vigente.”

Mediante el Derecho Penal del Enemigo, “el Estado ya no dialoga con ciudadanos para mantener la vigencia de la norma, sino que combate a sus enemigos, es decir, combate peligros”.<sup>9</sup>

Es por ello, en él “la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”.<sup>10</sup>

En concreto, en el Derecho Penal del Enemigo se renuncia a las garantías materiales y procesales del Derecho Penal de la normalidad. Estos principios y reglas propios del Derecho Penal del Enemigo vendrían impuestos por el significado de las circunstancias fácticas que caracterizan la actividad y la posición del enemigo frente a la sociedad y se configurarían como instrumentos adecuados al fin de la prevención del peligro que representa el enemigo, el cual sólo se puede alcanzar mediante su vencimiento o eliminación en la guerra desatada entre él y el Estado.

### **1.2.3. Elementos**

Sus elementos básicos consisten en:

- a) La existencia de un amplio adelantamiento de la punibilidad; el punto de referencia del ordenamiento penal, se encuentra proyectado hacia el hecho futuro, en lugar de lo que es habitual, en el hecho cometido.
- b) Las penas previstas son desproporcionadamente altas.

---

<sup>9</sup> Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* p. 33

<sup>10</sup> Véase *Jakobs*, en *Jakobs/Cancio* , p. 40;

Estos tipos toman como base los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza permanente a los principios básicos de la sociedad y su contenido ya no es la comisión de hechos delictivos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada por la pertenencia a la organización que opera fuera del Derecho. Mediante tales tipos se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo en razón de la falta de seguridad.

Las cuales tendrían una doble manifestación.

1. Por una parte, la punibilidad de actos preparatorios no iría acompañada de ninguna reducción de la pena con respecto a la fijada para los hechos consumados o intentados en relación con los cuales se valora como peligroso el hecho preparatorio realizado en el ámbito previo.
2. Por otra parte, “la circunstancia específica de pertenencia del autor a una organización es tomada en cuenta para establecer agravaciones considerables y, en principio, desproporcionada de las penas correspondientes a los hechos delictivos concretos que realicen los individuos en el ejercicio de su actividad habitual o profesional al servicio de la organización”.<sup>11</sup>

c) Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.

Así, se pone en cuestión hasta la presunción de inocencia, por ser opuesta a “la exigencia de veracidad en el procedimiento, se reducen considerablemente las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de

---

<sup>11</sup> Véase *Jakobs*, en *Eser/Hassemer/Burkhardt*, p. 52.

incomunicación, se amplían los plazos de detención policial, para el cumplimiento de fines investigadores, así como los de prisión preventiva".<sup>12</sup>

Al respecto de la distinción entre Derecho Penal del Enemigo y del Ciudadano el Maestro Jakobs refiere que el Derecho Penal conoce:

- a) El trato con el ciudadano, en el que se espera que este exteriorice su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad.
- b) El trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo de su peligrosidad. Es decir ya no es el hecho perseguido, sino la persona por su peligrosidad

"De este modo el delincuente se convierte en un enemigo que no goza del status de ciudadano, por esa razón, en unas ocasiones se le limitan y en otras se le suprimen sus garantías procesales, ante la infidelidad al derecho que protagonizó al violar la norma penal".<sup>13</sup>

De modo materialmente equivalente, en España el Maestro *Silva Sánchez* ha incorporado el fenómeno del Derecho Penal del Enemigo en su propia concepción político-criminal. De acuerdo con su posición en el momento actual se están diferenciando dos "velocidades" en el marco del ordenamiento jurídico-penal:

- a) La primera velocidad sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos.
- b) La segunda velocidad vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos tratándose de figuras Delictivas proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas clásicos.

---

<sup>12</sup> Véase *Jakobs*, en Eser/Hassemer/Burkhardt, p. 53; *el mismo*, en *Jakobs/Cancio* p. 45 .

<sup>13</sup> RIVERO, Jorge. *El Derecho Penal del Enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?*.p.15.

“La imagen de las `dos velocidades´ induce inmediatamente a pensar en el Derecho Penal del Enemigo como `tercera velocidad´, en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y, a pesar de su presencia, la `flexibilización´ de los principios político-criminales y las Reglas de imputación”.<sup>14</sup>

### **1.3. Debate Filosófico-Jurídico entorno al Derecho Penal del Enemigo**

Así también el catedrático Francisco Muñoz Conde concibe a su juicio el Derecho Penal del Enemigo de la siguiente manera.

El Estado de Derecho, no admite que se pueda distinguir entre ciudadanos y enemigos, como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos.

Además apunta éste catedrático que el Derecho Penal Clásico se caracteriza primordialmente por ser la culminación de un sistema jurídico, “dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y para la sociedad en su conjunto”.<sup>15</sup>

En este sentido los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima, y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar en contra de sí mismo) se configuran como presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho.

Si su derogación es admisible, aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho y la renuncia a todas las conquistas inherentes a la adquisición de los derechos fundamentales de los individuos.

---

<sup>14</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. Profesor titular de Derecho Penal Universidad Autónoma de Madrid Trabajo publicado en: **Jakobs/Cancio Meliá**, *Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 57 a 102.pag. 18-20. el concepto de Derecho Penal del Enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente presente en las legislaciones positivas como en Estados Unidos de América, Francia, Reino Unido, Francia y España.

<sup>15</sup> *Op cit.* Instituto Nacional de Ciencias Penales. *Iter Crminis*.

En los momentos actuales no basta con identificar y describir en los ordenamientos jurídico-penales un Derecho Penal del Enemigo, sino que es preciso manifestar también si son compatibles con el marco Constitucional de un Estado de Derecho y con los pactos internacionales de derechos civiles reconocidos y acogidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados civilizados.

Este Derecho Penal del Enemigo tiene por tanto dos cuestiones básicas que responder. Una es de tipo conceptual y afecta a su propio contenido: ¿Quién define al enemigo y como se le define? ; ¿A qué tipo de sujetos autores de delitos se incluye en el grupo de los ciudadanos o en el de los enemigo? ; La otra relacionada con el marco de referencia: ¿Es compatible con el Estado de Derecho y con el reconocimiento a todos los Derechos Humanos Fundamentales? ; ¿Es compatible con el principio de que todos somos iguales ante la ley?

A Juicio del Maestro Muñoz Conde el jurista Jakobs no contesta satisfactoriamente a ninguna de las dos cuestiones. “Su concepción sólo se limita a constatar una realidad y alude a la necesidad de una seguridad cognitiva como fundamento de su existencia”.<sup>16</sup>

Para el Maestro Muñoz Conde una Sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, e inclusive si esto se potencializa con reformas y recortes de los derechos fundamentales del imputado en el proceso penal, con la violación de las garantías básicas del Estado de Derecho, quizá se pueda luchar más o menos eficazmente contra el enemigo, pero lo que sí es seguro es que con ello se está abriendo una puerta por la que puede colarse sin darnos cuenta un *Derecho Penal Autoritario*.

---

<sup>16</sup> Esta seguridad cognitiva como fundamento de su existencia .Que Jakobs describe como *aspiración fundamental del Derecho Penal del Enemigo*, es por supuesto, también una aspiración de cualquier sistema jurídico.

“Un Derecho Penal del y para el enemigo tan incompatible con el Estado de Derecho como los son las legislaciones excepcionales. Así mismo los tribunales militares que han vuelto a colarse como tribunales excepcionales para juzgar los llamados crímenes terroristas sin darse cuenta que la forma más grave de terrorismo es el terrorismo de Estado”.<sup>17</sup>

Con la anterior exposición es posible destacar las dos posturas en torno al debate de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, una a favor y otra en contra como ha quedado constatado incluso podemos afirmar en el sentido de que hablamos de dos polos; por un lado trato con el ciudadano en el que se espera que este exteriorice su hecho para reaccionar con el fin de firmar la estructura normativa de la sociedad y por otro lado trato con el enemigo que es interceptado muy pronto en el estadio previo de su peligrosidad.

Dentro de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, el delincuente se convierte en un enemigo que no goza del estatus de ciudadano, es catalogado como un infiel al derecho.

Con los párrafos precedentes estimo se ha dado cuenta de la concepción de dos teorías dentro de la rama jurídica del Derecho Penal que actualmente se encuentran contrapuestas y sostienen distintos argumentos. Por lo que una vez enunciados los principales postulados de cada una de ellas, daré paso a una breve exposición de cómo en mi opinión, dentro de la reciente reforma Constitucional de 2008 al sistema de justicia penal acusatorio en México, se han adoptado presupuestos que conjugan apartados y presupuestos de las dos teorías que en principio pudiesen parecer contradictorias o contrapuestas, sin embargo como será demostrado en la conclusión final del presente trabajo, actualmente conviven desde la norma fundamental del Estado Mexicano y se prevé una plena armonía y entrada en vigor total de los postulados de esta reforma hacia el año 2016.

---

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, *El Derecho Penal del Enemigo Conferencias Magistrales No. 6* Instituto Nacional de Ciencias Penales 2003pp. 25- 35

Por último considero precisos establecer que la presente investigación en el Tercer Capítulo de la misma, desarrolla a profundidad el tema, sin embargo al cumplir el presente apartado el de un marco teórico referencial de la misma se considera oportuno, sin profundizar en su sentido, mencionar cuáles son los elementos a que hago referencia.

“En principio, la definición de la delincuencia organizada dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Se establece como delincuencia organizada una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”.<sup>18</sup>

“Se establece la figura del arraigo, esto se da al asumirse la concepción de que en muchas ocasiones al llevar a cabo la investigación de un delito relacionado con la delincuencia organizada, quien era investigado tenía la posibilidad de sustraerse de la acción de la justicia. Ello hizo necesario hizo necesario arraigar a la persona que se presumiera hubiera participado en una acción delictiva de esta naturaleza”.<sup>19</sup>

No obstante ello, el arraigo no estaba regulado por la Constitución. Así, tras un debate sobre si una figura que afectaba la libertad de las personas debiera regularse o no desde la Constitución, se optó por incorporar su regulación desde la norma fundamental y ahí mismo se han determinado algunos elementos indispensables para su aplicación.

Otro elemento que se estima obedece a la implementación características propias de la teoría del Derecho Penal del Enemigo se da con la creación de la extinción de dominio. Este aspecto implica facultar al Estado para abolir la propiedad de ciertos bienes que estima han sido producto de negocios en los que han estado involucrados miembros de la delincuencia organizada.

---

<sup>18</sup> Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia. Cámara de Diputados. LX Legislatura. Senado de la República LX Legislatura y Gobierno Federal. Guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto Constitucional comparado, antes y después de la reforma. p.11.

<sup>19</sup>Instituto Nacional de Ciencias Penales. ABC del Nuevo Sistema de Justicia Penal en México. México 2010. P. 45

De este modo, a partir de la reforma Constitucional de seguridad y justicia de 2008, “a través de un nuevo procedimiento el juez puede resolver que los bienes económicos que hayan sido instrumento, objeto o producto de la delincuencia organizada, o que hayan sido utilizados para ocultar o mezclar bienes ilícitos pase a ser propiedad del Estado y sean utilizados para financiar la lucha contra el crimen, así como servicios médicos y sociales”.<sup>20</sup>

Así, la mencionada reforma contempló una modificación al artículo 22 de nuestra Constitución para establecer las formalidades del procedimiento de extinción de dominio y las reglas a que debe sujetarse el mismo.

Por otra parte, al enfocarnos al estudio de la reforma desde el punto de vista de las teorías del Derecho Penal Clásico es posible destacar los siguientes aspectos que incorporan nuevas figuras, en algunos casos, en las entidades federativas donde la reforma ya ha sido implementada, y en otros donde se prevé implementarse en los próximos años así como dentro del ámbito de competencia federal.

“De manera medular la reforma Constitucional de seguridad y justicia de 2008, destaca la presunción de inocencia al establecerse desde el ámbito de la Constitución, lo anterior implica que hasta entonces no exista una declaración expresa de culpabilidad sobre un sujeto no se le considerara culpable”.<sup>21</sup>

“Otro punto toral consiste en que sólo la autoridad judicial, a solicitud del Ministerio Público, podrá expedir órdenes de cateo. En ningún caso la autoridad ministerial podrá realizar tales cateos sin la orden de un juez”.<sup>22</sup>

No se admitirán comunicaciones que violen la confidencialidad; si bien las comunicaciones privadas podrán ser aportadas como prueba, de manera voluntaria,

---

<sup>20</sup> *Ibidem.* p. 47.

<sup>21</sup> *Ibidem.* p. 29

<sup>22</sup> *Idem.*

por las personas que participaron en ellas. “El juez valorará su importancia, siempre y cuando contengan información relacionada con el delito”.<sup>23</sup>

A partir de los argumentos expuestos en los párrafos precedentes es posible establecer que en la reforma Constitucional de seguridad y justicia implementada en el año de 2008, se incorporaron distintos postulados de corrientes que en la doctrina penal se encuentra contrapuestas, de este modo como ha sido expuesto se regularon figuras para dar un trato diferenciado a la delincuencia organizada y en otro extremo para quien comete un delito sin estar vinculado a esa actividad ilícita se ha diseñado un sistema con mayores garantías jurídicas.

Con ello se estima satisfecho el objetivo del presente Capítulo al haber intentado establecer un marco referencial primero desde la teoría y posteriormente a partir de la implementación del nuevo modelo de seguridad y justicia penal acusatorio y con lo cual se considera contamos con los elementos para continuar en el avance de la presente investigación e ir aproximándonos a la propuesta de la problemática ahora abordada, es decir un sistema de seguridad y justicia para nuestro país que podríamos llamar mixto o ecléctico en el que conviven dos postulados que en la doctrina son opuestos, pero por ser ese un punto al que se pretende llegar con la conclusión de la presente tesis, por ahora sólo se deja enunciado de manera descriptiva, como hasta ahora se ha hecho en este primer Capítulo.

## **Capítulo II. ANTECEDENTES GENERALES**

### **2.1. Derecho Comparado**

Se estima necesario contribuir en la presente investigación con el estudio al enfoque que diferentes sistemas jurídicos han dado sobre el presente tema de estudio. Se pretende, a partir del análisis comparativo de diferentes sistemas legales,

---

<sup>23</sup> *Idem.*

ofrecer los rasgos distintivos de cada uno de ellos, que pudieran, en su caso ser valoradas para incorporar al sistema jurídico mexicano.

Asimismo, resulta adecuado precisar que todos los sistemas legales corresponde a un diseño específico derivado de su propia realidad social, por lo que al proponer la incorporación de elementos extranjeros en una realidad social diversa de la que se originan, será un ejercicio que deberá siempre realizarse con cautela.

“El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado”<sup>24</sup>

Por consiguiente al abordar de manera específica los sistemas jurídicos en países como Colombia, Estados Unidos de América y España, intento establecer las semejanzas y diferencias con nuestro orden jurídico en el tema de mi investigación, para así proponer probables mejoras a partir del diseño o incorporación de ciertos instrumentos o mecanismos jurídicos que se encuentra en esos sistemas legales.

Asimismo, es requerido justificar el motivo de la elección para analizar esos tres sistemas jurídicos. En el caso de España y Colombia, se llevó a cabo la elección en función de su íntima relación que guardan con el sistema mexicano, dado sus orígenes provenientes de la tradición romano germano jurídico canónica; en cambio el sistema legal de los Estado Unidos, proveniente de una tradición anglosajona pretende ofrecer un contraste para el análisis de como se ha regulado la problemática y como en éste sistema se ha incorporado el régimen del Derecho Penal del Enemigo.

Para entender la aplicación de la teoría del Derecho Penal del Enemigo, en el presente Capítulo es necesario abordar la lucha contra el terrorismo particularmente

---

<sup>24</sup> SIRVENT, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Porrúa. México. 2009. 11ª. ed. s/Edit. p. 1.

en el caso de Estados Unidos de América, sin embargo también será necesario abordar problemáticas como el narcotráfico y la inmigración ilegal.

### 2.1.1. Estados Unidos

No es hasta el presente milenio cuando la discusión doctrinal cobra verdadera relevancia científico-jurídica, y es a raíz de los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001, donde surge con gran fuerza la segunda fase de mayor interés para el llamado Derecho Penal del Enemigo, como la manifestación más evidente e inequívoca de un acto típico de enemigo.

Este hecho ejecutado por el terrorismo, se pondera como el principal antecedente para identificar a los enemigos, según la teoría del jurista Jakobs, donde “además están los crímenes económicos, la delincuencia organizada, la delincuencia sexual y otras infracciones penales graves como el parricidio y el secuestro y conforman el conjunto de conductas criminales, a los que el derecho debe catalogar como provenientes de enemigos”.<sup>25</sup>

“Así, la seguridad del Estado resurgió fuertemente a partir de los hechos de septiembre de 2001, pese a que la principal amenaza identificada, es decir el terrorismo, es un acto perpetrado, en principio, por entidades no estatales, casi invisibles, escurridizas y que están en todas partes”.<sup>26</sup>

Es a partir de estos sucesos que se provocó el diseño de las medidas encaminadas a fortalecer la seguridad del Estado. Así, pese a la existencia de un entorno globalizado, desregulado, aperturista y privatizador, Estados Unidos pugnó por la revalorización de las fronteras, dado que, “se asume, fue su prosperidad lo que contribuyó a vulnerar la seguridad nacional Estadounidense de la manera tan dramática como aconteció en este martes negro”.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup>BARBA, Álvarez, Rogelio. *Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo* p.p. 1-3.

<sup>26</sup>GUTIÉRREZ, Ruz, Gabriela. *Terrorismo. Una visión internacional*. Procuraduría General de la República: Programa de Cooperación para el Fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia en México. Programa de Cooperación. Unión Europea- México. 2006. p. 134.

<sup>27</sup> *Idem*.

Asimismo, se fortalecieron los aparatos de seguridad del Estado, “incluyendo las fuerzas armadas y los servicios de inteligencia-puesto que sus deficiencias y la mala colaboración entre todos y cada uno de ellos contribuyeron a que no se pudiera anticipar lo ocurrido”.<sup>28</sup>

De igual manera, se trabajó en la construcción una serie de medidas *preventivas* para arrestar, conforme a una presunta culpabilidad y sin que existieran una fundamentación legal sólida a quienes se estimara como sospechosos de pretender cometer actos terroristas.

De esta manera se dan una serie de hechos que marcan el rediseño en la estrategia de seguridad nacional de los Estados Unidos de América. Por lo que hace a la argumentación teórica el discurso del principal exponente de la teoría a la que abocamos este estudio, es decir, todo lo anterior ha pasado de una mera descripción a un programa político criminal.

“Los ataques terroristas de 2001, y otro más en otros países tales como los del once de marzo de dos mil cuatro en Madrid, y los de siete de julio de dos mil cinco en Londres, comprende no sólo el combate al terrorismo, sino que se pretende orientar todo el sistema penal, fundamentalmente ante la generación de riesgos provenientes de varias amenazas a la civilización, como la delincuencia organizada”.<sup>29</sup>

La aplicación práctica de esta tendencia, a veces, se distingue mediante las elocuentes denominaciones de algunas leyes: “Leyes de combate contra el terrorismo”, “Leyes de lucha contra el tráfico de drogas”. En otros casos, es el propio contenido de las normas lo que muestra su filiación al Derecho Penal del Enemigo. A continuación entro al análisis de algunos ejemplos de éstas.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 135.

<sup>29</sup> RIVERO, Evia, Jorge. *El Derecho Penal del Enemigo: ¿Derecho Penal de la globalización?* p.16.

## **La adopción de la resolución de la *Patriot Act HR. 3162.***

“La ley consagra un poder absoluto del Estado en su lucha contra la inmigración y la disidencia política, sin respetar las garantías penales y procesales. Como respuesta fiel a este modelo, postula un concepto de terrorismo, asignándose al fiscal general y a la Secretaría del Estado la competencia para denunciar tanto a grupos políticos como organizaciones terroristas, así como para deportar a cualquier no-ciudadano que pertenezca a ellas”.<sup>30</sup>

Del mismo modo, se habilita la práctica de detenciones indefinidas de no-ciudadanos-no-terroristas que carecen de visado, si no pueden ser deportados, porque son apátridas, a su país de origen.

En relación con los sospechosos de terrorismo, es lícita la detención de un extranjero durante siete días, sin necesidad de presentar cargos contra él, siempre que exista una mínima sospecha de su vinculación terrorista. El fiscal general podrá decretar tal detención en el procedimiento de expulsión o en casos de delitos cometidos por extranjeros. En este punto se percibe lo que ya se apuntaba en párrafos precedentes respecto de la implementación de mecanismos jurídicos tales como las detenciones a partir de presunciones sin que existan fundamentos legales concretos.

En consecuencia, la protección de la seguridad del Estado es lo que la *Patriot Act HR. 3162.* pretende garantizar sin tomar en cuenta que pudiese contravenir otra esfera de derechos inherentes a las personas por el sólo hecho de ser seres humanos. En algunos casos, se permite la detención indefinida de los no-ciudadanos con el pretexto de un incierto riesgo para la seguridad del país.

Ahora bien, “la posibilidad de detención indefinida de ‘combatientes ilegales’, a los que no se considera prisioneros de guerra, sin contacto con el exterior y carente

---

<sup>30</sup> Véase en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c107:H.R.3162.ENR>. [fecha de consulta 23/10/2011]

de asistencia letrada, ha sido rechazada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en sentencias publicadas el 28 de junio de 2004”.<sup>31</sup>

La tesis defendida por el máximo Tribunal de ese país, se basó en que, incluso en Estado de guerra, cualquier detención gubernativa debe estar sometida a la posibilidad de revisión legal por un tribunal de carácter neutral. Además se interpreta que Guantánamo forma parte de la competencia de EE UU. Sin embargo, la Corte no se pronunció sobre las detenciones indefinidas y tampoco sobre la necesidad de derogar algunas de las medidas contenidas en el acta patriótica.

En absoluto, la Administración norteamericana sólo se ve obligada a crear un “tribunal neutral” para satisfacer ciertas demandas (*habeas corpus*) de los detenidos, lo que contribuye a que sea constante la tortura y el desprecio por los derechos de los detenidos. De este modo, ya se ha creado un tribunal (integrado por tres militares) de revisión de la condición de combatiente enemigo en el que se invierte la carga de la prueba.

Al tratarse de un procedimiento administrativo en donde se juzga exclusivamente si son o no combatientes enemigos, la decisión negativa es recurrible , careciendo los detenidos de determinadas garantías procesales; en ese sentido, no cuentan con el derecho a la presunción de inocencia, tampoco pueden disponer de la asistencia de un defensor elegido libremente pues se trata de personas seleccionadas previamente por el Gobierno, y, finalmente, se invierte la carga de la prueba, teniendo que demostrar ellos mismos su desvinculación con el terrorismo internacional.

En otras palabras, el objetivo de esta ley ya no es exclusivamente el inmigrante sino cualquier ciudadano que se manifieste como sujeto político. Sin duda, la existencia de una definición de terrorismo, que incluye la realización de cualquier acto violento o no, que “ataque” la política interna o externa, va a permitir

---

<sup>31</sup> Véase en: <http://www.supremecourt.gov/> [fecha de consulta 23/10/2011]

considerar como terroristas a miembros de asociaciones que no sean acordes a los intereses de aquella nación.

A la legislación comentada, se ha unido, a través de una Orden del Presidente de ese país, la instauración de los tribunales militares secretos. Estos tribunales se ocupan de juzgar a no-ciudadanos acusados de terrorismo pudiendo desplazarse al lugar del no-nacional para juzgarlo. No sólo la citada Orden es contraria a la quinta y sexta enmienda que requieren la existencia de un tribunal civil y un juicio rápido y público dirigido por un tribunal imparcial, también ha sido aprobada sin observar la imprescindible autorización del Congreso y la formal declaración de guerra ni adaptarse a los principios internacionales.

Ante la cercanía del periodo de validez de la *Patriot Act*, actualmente, se ha presentado otro proyecto de legislación antiterrorista denominado *Patriot Act II*, en el que se acrecientan, aún más si cabe, las competencias del gobierno y las prerrogativas policiales en detrimento del control judicial.

“En este proyecto se admiten detenciones indefinidas hasta conseguir la existencia de indicios de criminalidad contra esa persona. Esto es, no se priva de libertad a un sujeto cuando hay razones para pensar en su participación en un hecho delictivo sino que, sin concurrir esas pruebas, se le detiene hasta encontrarlas. Al mismo tiempo, se concede al gobierno la facultad de retirar la ciudadanía al ciudadano americano relacionado con una organización terrorista o que la apoye así como se permite la revocación del estatus de residencia legal”.<sup>32</sup>

Con esta reforma se pretende crear una base de datos mediante la detección del de los extranjeros sospechosos de determinados delitos o de los mismos ciudadanos norteamericanos que se tenga sospecha han tenido alguna relación con el terrorismo. Asimismo, se busca oficializar las detenciones secretas en el ámbito de

---

<sup>32</sup> Véase en: <http://www.loc.gov/index.html> [fecha de consulta 23/10/2011]

la investigación Antiterrorista, “por lo que la lista de los detenidos no puede ser consultada por un ciudadano Estadounidense”.<sup>33</sup>

Se autorizan a la par detenciones y extradiciones de ciudadanos, tanto residentes legales como extranjeros, a países sin tratados de extradición, sin valorar si en los mismos se respetan o no los derechos humanos. Igualmente, se prevén deportaciones sumarias sin evidencia de delito, incluso para residentes legales, siempre que se decida que es una amenaza para la seguridad nacional.

Por otra parte, el proyecto incrementa las competencias del FBI al concederle la Facultad de investigar en países extranjeros y el acceso a informes confidenciales sin consentimiento ni proceso judicial. Finalmente, el control de correos electrónicos, la revisión de páginas Web, la intervención de conversaciones telefónicas.

Por lo anterior es posible afirmar que la “idea” de un Derecho Penal para enemigos es ya una realidad. Tras ella se oculta su notorio carácter ilegítimo al suprimir las garantías de procedimientos legales en función de las características del autor, y subordinar los derechos individuales a exigencias de la irracionalidad funcional del Estado.

En definitiva, el producto del Derecho Penal y Procesal del Enemigo: aparece ya claramente configurado en esta legislación y especialmente por la situación de los presos en Guantánamo, un ejemplo que manifiesta la traslación a la realidad de la ficción jurídica de las no-personas, es decir, de los enemigos sin derechos.

### **2.1.2. Colombia**

El país Sudamericano de Colombia es el siguiente caso de análisis. La realidad que este país enfrentó hasta hace pocos años estuvo configurada por una serie de amenazas al Estado desde cárteles de la droga y guerrillas hasta organizaciones paramilitares.

---

<sup>33</sup> Véase en: <http://thomas.gov/> [fecha de consulta 23/10/2011]

“Así vemos que los últimos años de historia colombiana han sido marcados por el uso permanente de la intimidación y acción violenta por parte de grupos subversivos y paramilitares en usufructo de su poder territorial y bajo sus propósitos de acumular poder político y económico”.<sup>34</sup>

### **Paramilitarismo El comienzo: (1981-1991).**

En un principio, los grupos paramilitares de autodefensa estaban amparados por la ley, fue más adelante cuando evolucionaron hasta quedar al servicio de grandes propietarios rurales y narcotraficantes que buscaban proteger sus territorios. Su origen se da a principios de la década de los 80 con la creación del grupo Muerte a Secuestradores (MAS). El MAS surge en 1981, antes de la guerra entre los cárteles de Medellín y Cali.

Narcotraficantes como Pablo Escobar y Gonzalo Rodríguez Gacha, crearon los primeros grupos en defensa de sus propiedades. A partir de 1982 las muertes aumentaron dramáticamente, denuncias de sectores afectados comenzaron en la administración de Belisario Betancur (1982-1986). Las conclusiones de las primeras investigaciones apuntaban a los grupos paramilitares como responsables de la creciente violencia.

A mediados de la década de los 80, los acuerdos de convivencia entre la guerrilla y el narcotráfico se rompieron debido a contradicciones surgidas del proceso de fortalecimiento del aparato militar de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). El grupo guerrillero intentó imponer el pago de impuestos y el reconocimiento de su predominio a los narcotraficantes.

Si bien el trasfondo es un enfrentamiento entre grupos armados ilegales, los narcotraficantes, a través de los paramilitares, no combatieron directamente a las

---

<sup>34</sup> Cfr. La Reconfiguración Cooptada del Estado: Más allá de la concepción tradicional de captura económica del Estado. Transparencia Colombiana. p. 37.

guerrillas, sino que lo hicieron atacando sectores de la población que consideraban sus aliados, lo que desató violencia en las zonas en las que los desacuerdos eran más fuertes.

A finales de los 80, era evidente que las autodefensas habían sufrido una transformación que coincidía con el auge del narcotráfico. Una investigación realizada por el Departamento Administrativo de Seguridad en 1987 estableció que diversas masacres ocurridas en diferentes regiones del país, tuvieron como autores intelectuales a capos del narcotráfico.

En la administración Barco (1986-1990), en plena persecución al narcotráfico, el gobierno compendió el peligro que representaban estas estructuras convertidas en verdaderos ejércitos de la mafia. Como consecuencia, en 1989 se declaró la ilegalidad de las autodefensas.

Entre 1988 y 1991 se da un alza en los asesinatos de civiles. Entre las víctimas, se encuentran funcionarios del Estado, dirigentes militares, simpatizantes de partidos tradicionales, miembros de sindicatos y de organizaciones sociales. Los autores de dichos asesinatos estaban claramente asociados con el narcotráfico.

Así a comienzos de la década de los noventa, las autodefensas se someten a la justicia por primera vez y decretan una tregua durante la administración de Cesar Gaviria (1990-1994). En concordancia con lo anterior, a partir de 1992 se observa una reducción de asesinatos civiles, pese a esta reducción, los asesinatos cometidos por la guerrilla comienzan a recaer en dirigentes y militares.

A pesar de los grandes esfuerzos realizados en los primeros años de la década de los 90 para desintegrar las estructuras más poderosas y con mayor cubrimiento territorial, los grupos paramilitares tuvieron un nuevo impulso. Es así como después de la muerte de Pablo Escobar en 1993, las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá (ACCU), bajo nuevos mandos comenzaron a registrar una significativa expansión a pesar de estar en conflicto permanente con las FARC.

De igual manera, otros grupos ilegales que actuaban con los mismos métodos de intimidación al Estado, no fueron desactivados, en cambio, optaron por frenar su expansión, mantener un perfil bajo y únicamente defender territorios fundamentales para el narcotráfico.

Para finales de 1996, la crisis en el Estado Colombiano se agrava, pues el avance de la guerrilla representaba por un lado la pérdida de territorios significativos, y por el otro la necesidad de concentración de mayores esfuerzos por parte de estos grupos. Es por eso que tanto los paramilitares como las guerrillas, hicieron de la población civil su blanco principal, mientras se disputaban el dominio del territorio.

Así, en abril de 1997 se da uno de los momentos más sangrientos en la historia de Colombia pues se configura una federación de grupos regionales con el propósito de presentarse como una organización con un mando unificado, un plan nacional, una coordinación multiregional de las acciones y una agenda, para lograr un estatus que garantizara un reconocimiento futuro como actor político. Desde ese momento, las autodefensas se ponen la meta de contener la expansión de la guerrilla e incursionar en las zonas donde estos grupos tienen sus fuentes de financiamiento, principalmente del narcotráfico.

Durante las negociaciones de paz entre el gobierno del ex presidente Pastrana (1998-2002) y las FARC, la presencia territorial de las autodefensas experimenta un crecimiento sin precedentes. En noviembre de 1998, las AUC matan 40 personas e incineran alrededor de 100 casa en Bolívar, Antioquia, Meta y Vichada.

En enero de 1999, las ACCU asesinaron a 130 personas por tener supuestos vínculos con la subversión. Las masacres se intensifican entre 1998 y 2001, en este periodo la violencia empieza a dirigirse en contra de civiles para así mantener su influencia sobre la disputa por el control de posiciones estratégicas. Dada la presión de los grupos armados, las comunidades se ven forzadas a desplazarse hacia las áreas selváticas o quedan inmovilizadas en sus lugares de residencia sin poder acceder a los servicios mínimos.

A partir de 2002, se da una disminución de masacres relacionada con la conducta asumida por autodefensas, quienes lograron la consolidación de su dominio de territorios, y por lo tanto, dejaron de recurrir a la violencia masiva e indiscriminada.

Con la llegada al poder de Álvaro Uribe, se inicia la etapa de desmovilización y desarme de 34 bloques de las AUC, empieza el proceso de justicia y paz que buscaba la reparación de las víctimas de los paramilitares.

La desmovilización se da en virtud del acuerdo de Santa Fe de Ralito (15 de julio de 2003), el proceso inició en 2003 y terminó en 2006. En 38 actos se desmovilizaron 31,671 integrantes de grupos irregulares. Las organizaciones con mayor número de desmovilizados fueron el bloque Central Bolívar con 6,348, el bloque Norte con 4,760, el bloque Mineros con 2,780, el bloque Héroes de Granada con 2,033 y el bloque Elmer Cárdenas con 1,538.

El poder mafioso a nivel local y el narcotráfico fueron cómplices del paramilitarismo y aún después de producirse la desmovilización del componente armado, algunos siguen activos y se mantienen intactos.

Desde agosto de 2002 y hasta enero de 2010, se han desmovilizado 52, 403 personas, 31,671 procedentes de grupos paramilitares que dejaron las armas de manera colectiva, y 20,732 miembros de grupos guerrilleros y paramilitares que se desmovilizaron de manera individual. Entre el año de 2001 y diciembre de 2009, han sido capturados 5,890 desmovilizados y han muerto 2,210.

A partir de los acontecimientos descritos es posible establecer la gravedad del problema que el Estado Colombiano enfrentó durante los años noventa. Como consecuencias de estos hechos de violencia y terror se implementó una estrategia de combate frontal.

Consecuentemente se trabajó en el diseño de una serie de regulaciones que pudieran disminuir la violencia y preservar la seguridad del Estado es así como se configura el Marco Jurídico del desarme y la desmovilización, el cual se diseña básicamente a partir de las siguientes normas jurídicas: la Ley 782 de 2002, el Decreto 128 de 2003, el Decreto 3360 de 2003 y el Decreto 2767 de 2004.

Institucionalmente este proceso estuvo a cargo de entidades estatales que se dieron a la tarea de crear programas específicos para la consecución de sus objetivos así se trabajo en el Programa para la Reincorporación a la Vida Civil de Personas y Grupos Alzados en Armas (PRVC) del Ministerio del Interior y de Justicia (2003-2006). De igual manera participó la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas (ACR) (2006- hasta la fecha).

Desde julio de 2006, por instrucción presidencial, se elabora mensualmente un informe de control y monitoreo a los desmovilizados. El conflicto de cuatro décadas de duración entre fuerzas del gobierno y grupos insurgentes, principalmente Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), fondeadas en gran medida por el tráfico de drogas, como hemos visto, tuvo su auge en la década de los 90. Los insurgentes no cuentan con apoyo militar o popular necesario para desbancar al gobierno, y la violencia ha ido en decrecimiento desde 2002.

“Incluso de los esfuerzos recientes más significativos emprendidos por el gobierno se cuenta la *LEY NÚMERO 164 DE 2010*, que en su exposición de motivos expresa lo siguiente: El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes; razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar”.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Gaceta del Congreso Senado y Cámara. AÑO XIX - N° 737 Bogotá, D. C., martes, 5 de octubre de 2010. [http://www.elabedul.net/Documentos/Reformas\\_2008/Reformas\\_2010/gaceta\\_737.pd](http://www.elabedul.net/Documentos/Reformas_2008/Reformas_2010/gaceta_737.pd) [fecha de consulta 23/10/2011]

Sin embargo, la lucha contra el terrorismo y la de los derechos de las personas, por lo que en la redacción de este proyecto se ha tenido especial cuidado de que ninguna de sus disposiciones pueda afectar las Garantías Constitucionales de los ciudadanos.

Para lograr estos objetivos, en este proyecto se han incorporado medidas orientadas a la protección de las garantías ciudadanas con base en el marco legal existente, buscándose cumplir con cuatro objetivos: eliminar la impunidad; luchar contra la criminalidad organizada y el terrorismo; aumentar la efectividad del procedimiento penal, la extinción del dominio y la responsabilidad juvenil; y vincular a la comunidad en la prevención del delito, sin poner en peligro la integridad de sus miembros, ni afectar sus Derechos fundamentales.

### **2.1.3. España**

El terrorismo en España representa uno de los más grandes desafíos que el Estado ha enfrentado en décadas recientes. Para finales del siglo XX La nación española experimentó un proceso de transición a la democracia en el que paso de tener una dictadura a gobiernos electos popularmente.

Sin embargo, el proceso de transformación en el régimen de gobierno, no sólo conllevó aspectos positivos tales como, la construcción de un nuevo Estado a partir del diseño de una nueva Constitución y por ende la consecución de un nuevo arreglo institucional, sino otros que no tuvieron esa connotación, como lo fue la actividad terrorista de grupos separatistas que han actuado al margen de la ley, concretamente del grupo conocido como *ETA* por sus siglas en Vasco o *País Vasco y Libertad* por su traducción al castellano.

ETA surge formalmente en 1959 como una contradicción al régimen franquista buscando la autonomía del País Vasco; durante años funciona como grupo de oposición e incluso alcanza a tener cierto nivel de justificación en su lucha por considerarse su causa en contra del autoritarismo característico de la dictadura. Y

“hacia el año de 1975 tras la muerte del dictador Franco cierto sector de la ETA escoge las vías institucionales para re-encausar su lucha”.<sup>36</sup>

Este sector de este grupo terrorista entiende la necesidad de integrarse a la vida política y por medio de esta canalizar su lucha, así en 1978 surge el partido político *Herri Batasuna (Pueblo Unido)*. Sin embargo otra parte del grupo identificada como la más radical decide permanecer en la clandestinidad y desde ahí dar su lucha.

De esta manera, el gobierno español desde hace décadas ha tenido que enfrentar a un enemigo casi imperceptible que se ha dedicado a expandir muerte, desolación y terror a través de tácticas de confrontación directa a la autoridad estatal. En consecuencia el Estado Español dio como respuesta una estrategia que algunos casos contempló la exclusión de algunas garantías e incluso en algunas ocasiones favoreció el ejercicio de la violencia estatal.

Así y como reflejo de esta incesante tendencia, las últimas reformas del Código Penal Español y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>37</sup> han establecido un sistema desproporcionado de sanciones, llegando a exigirse un cumplimiento íntegro de la condena para los integrantes de bandas organizadas.

“Igualmente, se amplían los plazos, ya de por sí excepcionales y de difícil justificación (que pueden llegar a amparar la práctica de la tortura), sobre incomunicación de detenidos y presos integrantes de aquellos sectores, al concedérsele al juez o tribunal la posibilidad de acordar su detención o prisión incomunicadas durante un periodo de trece días”.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Cfr. SALAZAR, Ugarte, Pedro. El poder de la Transparencia. Nueve derrotas a la opacidad. Coed. UNAM-IFAI. México. 2ª ed. 2007. p. 178.

<sup>37</sup> Véase en: <http://www.senado.es/> [fecha de consulta: 23/10/2011]

<sup>38</sup> [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lecr.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lecr.html) [fecha de consulta: 23/10/11]

“También los afectados por la medida de incomunicación no disponen ni de las medidas procesales de tratamiento ni de las garantías generales de los detenidos o presos”.<sup>39</sup>

## **2.2. Instrumentos de Derecho Internacional**

Dentro del Derecho Internacional Público y en lo relativo a la gestación de normas de Derecho Penal del Enemigo en el mismo podemos distinguir 3 etapas:

1. La selección del enemigo, a través de la identificación de las conductas antisociales lesivas para la pluralidad de los Estados adoptantes;
2. La selección de los medios de contención ; y simultáneamente
3. La determinación de armonizar los ordenamientos internos con lo pactado comúnmente en los tratados.

Como causa de las anteriores determinaciones es importante destacar la relevancia de la globalización como justificante de la adopción multilateral de normas de Derecho Penal del Enemigo a través de tratados internacionales.

Como lo afirma con gran maestría Silva Sánchez:

*“Mi pronóstico es, en efecto, que el Derecho Penal de la globalización económica y de la integración supranacional será un Derecho desde luego crecientemente unificado, pero también menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías polímicocriminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho Penal de la globalización no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales, de modo especial en las últimas leyes en materia de lucha*

---

<sup>39</sup> Arts.520, 522 y 526. Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

*contra la criminalidad económica, la criminalidad organizada y la corrupción”* <sup>40</sup>

Las causas anteriormente referidas, así como los elementos de los tratados que se expondrán en el presente Capítulo sin duda tienen como finalidad la cooperación multilateral para la consecución de fines comunes entre diversos Estados, ya que dentro de una multiplicidad de objetivos y finalidades que persigue el Derecho Internacional público, el mismo *“Es también útil para promover instituciones comunes, a fin de lograr el bienestar general”*. <sup>41</sup>

### 2.2.1. Conferencia de Nápoles (1994)

Si bien en la Conferencia de Nápoles no encontramos normas con las características y elementos indispensables para ser consideradas pertenecientes al Derecho Penal del Enemigo, se ha insertado en el presente Capítulo por ser el antecedente de la Convención de Palermo, tratado internacional, que sí contiene normas con elementos distintivos del Derecho Penal del Enemigo y será tratado líneas adelante.

De una forma clara y sucinta relata Eduardo Ibarrola la gestación de los acuerdos de alcance internacional adoptados en la referida convención:

*“De esta forma, del 21 al 23 de noviembre de 1994 se realizó en Nápoles, Italia, la Conferencia Ministerial Mundial sobre la Delincuencia Transnacional Organizada, en la cual se aprobaron la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles, documentos que inspiraron las negociaciones de una convención internacional en esta materia.*

---

<sup>40</sup> Silva Sánchez, Jesús. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed). . 2001. Madrid, España. pp 81-82

<sup>41</sup> Sepúlveda, Cesar. (1995). *El Derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*. México, Distrito Federal: Fondo de cultura económica. p. 13.

*Después, y con base en la Declaración de Nápoles, la Asamblea General de la ONU emitió las resoluciones 53/111 y 53/114, ambas de diciembre 9 de 1998, por las que decidió establecer un comité especial intergubernamental de composición abierta, con la finalidad de elaborar una convención internacional contra la delincuencia organizada transnacional y de examinar la preparación de instrumentos internacionales que abordaran los problemas de la trata de mujeres y niños, la lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego y el transporte ilícito de migrantes.*

*Las negociaciones del proyecto de Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos adicionales constituyeron el punto de partida de una nueva etapa de cooperación entre los países. El hecho que ésta tenga como propósito fortalecer los derechos y obligaciones adoptados en otras convenciones internacionales, así como proveer un marco jurídico en los casos en que los Estados no cuenten con tratados específicos, la convierten en un instrumento de suma importancia para la cooperación internacional.*

*De la misma manera, los protocolos adicionales a esta Convención constituyen elementos de suma utilidad para combatir tres fenómenos que”<sup>42</sup>*

Esta declaración enfatiza en la necesidad y urgencia de un plan global de acción contra el crimen organizado transnacional, enfocado a combatir las características estructurales de las organizaciones criminales.

Los países fueron llamados a un proceso de armonización de sus legislaciones y mejorar la capacidad del sistema de justicia penal para prevenir el

---

<sup>42</sup> IBAROLA NICOLÍN, Eduardo, “La convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos adicionales. Un nuevo marco de cooperación internacional”, en *Los desafíos de la seguridad pública en México*, PGR-UNAM, no. 120, México, 2002, p. 139.

crimen organizado en todas sus manifestaciones. La declaración pidió a la comunidad internacional la necesidad de arribar a un concepto sobre crimen organizado y la elaboración de algunas bases que permitieran una mayor cooperación internacional.

Los antecedentes enunciados, así como la unificación de criterios en lo referente a distinguir los agentes o conductas antisociales a vencer de manera común, dan como resultado a juicio personal de la selección del enemigo, entendiendo como este o estos a los individuos que realicen actividades tipificadas como delincuencia organizada pero enfatizando en delitos que:

*aquejan a nuestras sociedades: tráfico y transporte ilícitos de migrantes; fabricación y tráfico ilícitos de armas de fuego, sus partes, componentes y municiones, y trata de personas, especialmente de mujeres y niños*<sup>43</sup>

A manera de resumen y con una capacidad de síntesis notable la Revista Universitaria de la Universidad Católica de Chile y sus investigadores Edgardo Buscaglia, Samuel González Ruiz, Stefano Fumarulo, César Prieto Palma afirman:

*“En la Conferencia Mundial de Nápoles de 1994, se estableció la necesidad de elaborar una Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Como resultado, en menos de 3 años de negociaciones se llegó a la adopción de un texto que, sin duda, será un importante referente en la determinación de las maneras más efectivas de combatir la delincuencia organizada transnacional. El consenso internacional se mostró claramente en la Conferencia Internacional de Firma del instrumento que fue suscrito por 124 países en Palermo, Italia, en diciembre de 2000.”*<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Idem.

<sup>44</sup> Buscaglia, Edgardo, Gonzalez Ruiz, Samuel, Fumarulo, Stefano and Prieto, Cesar, *Delincuencia Organizada y Terrorismo: Su Combate a Través de la Convención de Palermo*(Organized Delinquency and Terrorism: Its Battle Through the Convention of Palermo. Revista, Vol. 1, No. 1, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=946943> [fecha de consulta 23/10/11]

### 2.2.2. Convención UN v. Crimen Organizado (2000)

Es el mismo Secretario General de las Naciones Unidas (en ese entonces) Kofi A. Annan quien excepcionalmente relata el sentir y el propósito perseguido por las naciones adoptantes de los acuerdos signados y sus protocolos respectivos plasmados en el documento de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*.

*“En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas. Uno de los contrastes más marcados que existen en el mundo.”<sup>45</sup>*

En el presente apartado de este Capítulo es donde notoriamente advertimos la influencia del Derecho Penal del Enemigo particularmente en el instrumento internacional de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Y consecuentemente su influencia en nuestro derecho

---

<sup>45</sup> Kofi A. Annan. Prefacio del documento “CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA A TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS” New York. USA. 2004 p. iv,

*positivo mexicano, toda vez que México es un país firmante del referido ordenamiento:*

“El 13 de diciembre de 2000, México suscribe en Palermo, Italia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos complementarios contra la Trata de Personas y contra el Tráfico de Migrantes”.<sup>46</sup>

El objetivo de la convención es promover el combate y la prevención del crimen organizado, poniendo especial énfasis en la asistencia legal mutua. Los aspectos de mayor interés son los siguientes:

Declarar delito la simple participación en un grupo del crimen organizado, no importa si el individuo cometió o no personalmente un delito. Define el grupo como aquel integrado por tres o más personas, jerarquizado y que permanece durante cierto tiempo.

Al ratificar la convención los gobiernos se comprometieron a declarar delito el lavado de dinero, la corrupción y la obstrucción de la justicia.

Estructuración para la confiscación y decomiso de las ganancias del crimen organizado y de la propiedad o equipo usados en actos delictivos.

Cláusulas especiales para el secreto bancario. Dado que el crimen organizado pierde mucho de su atractivo si las ganancias que de él se derivan no pueden conservarse de una manera segura.

Aceptar la extradición y la ayuda judicial recíproca, incluyendo las investigaciones conjuntas y el uso de técnicas de investigación especiales.

Establece procedimientos para la protección física de testigos.

---

<sup>46</sup> [www.sre.gob.mx/ape/fo6/delincuencia5.htm](http://www.sre.gob.mx/ape/fo6/delincuencia5.htm) [fecha de consulta 23/10/11]

Celebrar acuerdos bilaterales entre Estados para realizar investigaciones judiciales conjuntas contra el crimen organizado.

La convención de Palermo es una respuesta clara al crimen organizado transnacional. Este crimen organizado ha ido más allá de lo que los gobiernos y la población en general están preparados para aceptar. La convención es la piedra fundamental de una estrategia internacional en surgimiento para combatir el crimen organizado transnacional.

Pero atendiendo particularmente al tema que nos ocupa y sobre los elementos distintivos del Derecho Penal del Enemigo que se integran en el ordenamiento internacional en comento. De una forma didácticamente sobresaliente y eminentemente ilustrativa el jurista SÁNCHEZ SANDOVAL <sup>47</sup> describe comparativamente los elementos que considera de Derecho Penal Posmoderno y en el contexto en el que estamos, evidentemente con características y elementos del Derecho Penal del Enemigo:

<i>Principios de la modernidad</i>	<i>Principios de la posmodernidad</i>
	<i>Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.</i>
<i>a) Sólo se podía privar de la libertad a una persona que había cometido un delito.</i>	<i>a) Se priva de la libertad a las personas por sólo sospecha. Basta presumir "de las circunstancias objetivas del caso", la intención, el conocimiento o la finalidad de los elementos que constituyen los delitos que la convención define, para</i>

<sup>47</sup> SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, "La política criminal transnacional posmoderna como terrorismo jurídico y de hecho de los Estados" en *Política criminal: La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de Seguridad*, UNAM posgrado Derecho, México, 2003, pp. 3-6.

	<i>atribuirlos a título de responsabilidad penal a una persona (ver artículo 3, numeral 3).</i>
<i>b) En materia penal no se aceptaba la analogía, ni por mayoría de razón.</i>	<i>b) Se acepta la analogía para agravar los delitos, cuando al sujeto imputado se le conozcan "declaraciones de culpabilidad anteriores", por delitos análogos a los que se le incriminan, ya sea en tribunales nacionales o extranjeros (artículo 3, numeral 5, h).</i>
<i>c) Las autoridades no tenían discrecionalidad y sólo podían hacer lo que la norma les indicaba como atribución o como función.</i>	<i>c) Se promueve la discrecionalidad y se alienta a las partes firmantes para que permitan discrecionalidad en las autoridades, conforme al derecho interno. (artículo 3, numeral 6)</i>
<i>d) Se establecieron los sustitutivos penales como la condena condicional, la libertad preparatoria, la preliberación o la remisión parcial de la pena.</i>	<i>d) Se demoran los beneficios penitenciarios. La convención recomienda que dada la gravedad de los delitos enumerados en el párrafo 1 del artículo 3, las autoridades deben demorar los beneficios de libertad anticipada o la libertad condicional (artículo 3, numeral 7).</i>
<i>e) La prescripción de la acción penal y de la pena eran derecho y garantía para las personas</i>	<i>e) Se prolongan los plazos para la prescripción y se exhorta a las partes, para que no prescriban los delitos y las penas (artículo 3, fracción 8).</i>
<i>f) Los 'delitos políticos' debían ser tratados por la autoridad, con benevolencia dadas sus motivaciones</i>	<i>) No se acepta la categoría clásica de la existencia de los "delitos políticos" en la Convención, por lo que a</i>

<p><i>altruistas.</i></p>	<p><i>ninguno se le considerará políticos, ni políticamente motivado (ver artículo 3, numeral 10).</i></p>
<p><i>g) Los medios para cometer los delitos y sus productos, tenían carácter fiscal y por lo tanto, los reivindicaba el erario público del Estado soberano.</i></p>	<p><i>g) Los delitos contenidos en la Convención pierden el carácter fiscal; en consecuencia los dineros y bienes decomisados a los sentenciados, pertenecen a los países donde esos bienes se encuentren,</i></p>
<p><i>h) La 'carga de la prueba' era para quien afirmaba algo contra alguien.</i></p>	<p><i>h) Se invierte la 'carga de la prueba', ahora se impone a un "sospechoso", la obligación de probar la proveniencia lícita de sus bienes, o probar que "no sabía" de la proveniencia ilícita de los mismos, quedando ante la norma y las autoridades, en total estado de indefensión (artículo 3 numeral 1, ordinal b).</i></p>
<p><i>i) La competencia para perseguir los delitos la tenía el Estado nacional soberano, dentro de los límites legales y territoriales.</i></p>	<p><i>i) La competencia es universal para perseguir los delitos que define la convención. Las partes concederán la extradición cuando sean requeridas, y si no extraditan, deberá juzgar al sujeto de acuerdo a sus leyes, que serán las establecidas en la</i></p>

	Convención (artículo 4 numeral 2).
<i>j) La extradición era un derecho soberano de los Estados y para que procediera, se exigía la preexistencia de tratados en los que generalmente se prohibía la extradición de militares, de delincuentes políticos y de nacionales del Estado requerido.</i>	<i>j) La extradición se vuelve funcional a las necesidades del poder. Si no existe tratado, la Convención se erige como fundamento jurídico para extraditar. Con lo cual se abre la posibilidad de extraditar a los militares, a los delincuentes políticos o a los nacionales. Igualmente ocurre con la detención de personas en "casos de urgencia" en el país requerido, sólo porque así lo solicita el país requirente.(Artículo 6, numerales 5, 6, 8)</i>
<i>k) Las sentencias se basaban en el derecho nacional y tenían efecto en los territorios en que se ejercía la soberanía.</i>	<i>k) Las sentencias tienen efectos extraterritoriales. Si el país requerido niega la extradición, el país requirente puede juzgar en ausencia a la persona no extraditada y solicitar al Estado requerido, que ejecute en su territorio la sentencia emitida por el Estado requirente (artículo 6 numerales 9 y 10).</i>
<i>l) Para la declaración de testigos y el desahogo de pruebas se utilizaban las 'cartas requisitorias' o las 'rogatorias' que se enviaban a las autoridades del otro país, con el fin de solicitar el cumplimiento de lo pedido.</i>	<i>l) Se traslada a los testigos de un país a otro. Las Partes podrán detener personas y mandarlas al país requirente, con el fin de integrar investigaciones o intervenir en actuaciones procesales de cualquier tipo. De la misma forma se procederá si ya</i>

	<i>están privadas de la libertad, (artículo 7 numeral 4).</i>
<i>ll) Existía el secreto bancario para proteger a los poderosos y mantener su impunidad.</i>	<i>ll) Se prohíbe el secreto bancario, los países firmantes no podrán oponerle ni alegarlo, en ninguna investigación (artículo 7 numeral 5).</i>
<i>m) La infiltración de agentes provocadores o encubiertos eran una violación al Estado de Derecho.</i>	<i>n) La infiltración de agentes es un medio de acción contra el delito. La convención introduce la figura del agente provocador, para realizar "entregas vigiladas"</i>

Pero por antonomasia es el artículo 5 en su numeral primero, inciso a, fracción primera, la norma de Derecho Penal del Enemigo en el presente ordenamiento internacional en análisis toda vez que la misma establece:

*“Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado*

*1. Cada Estado parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:*

*a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:*

*i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material y, cuando así lo prescriba el*

*derecho interno, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado;”*

Es decir, con el solo “acuerdo” de cometer un delito se constituye una actividad delictiva sin tomar relevancia el que se materialice o no. Lo anterior en total concordancia con el Derecho Penal del Enemigo. Por analogía al respecto cito a Martínez Álvarez quien con relación a dicha palabra y teniendo como sustento la *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada* de nuestro país refiere:

*“En la sanción establecida por “acordar organizarse” puede verse una anticipación de la punibilidad con una extrema injerencia en los estadios previos. Esta prescripción terminó siendo fácticamente derecho netamente simbólico, pues dado su propio extremismo presentaba severas complicaciones en los aspectos probatorios.*

*Pero en junio de 2008, con la Reforma Constitucional al sistema de justicia penal, se adicionó al artículo 16 Constitucional el contenido del actual párrafo octavo, en él se indica que:*

*Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”<sup>201</sup> 200 “Ley Federal contra la Delincuencia Organizada”, Diario Oficial de la Federación, 7 de noviembre de 1996.*

*En razón de esta reforma se implementó un paquete legislativo conocido como ‘Miscelánea penal’, cuya finalidad consiste en ser un modelo de transición.*

*Dentro de este paquete, se aprobaron modificaciones a diversas leyes, entre las que se encontraba la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Así, fue establecido el cambio de texto del referido artículo 2, para quedar como sigue:*

*Cuando tres o más personas se organicen de hecho 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(...)*

*En esa redacción permanecen los elementos del Derecho Penal del Enemigo, pero se reduce el grado de anticipación de la punibilidad con la eliminación del texto `acuerden organizarse´.*

- a) La anticipación de la punibilidad permanece en tanto el organizarse es materialmente un mero acto preparatorio que no genera lesión ni riesgo para el bien principal.*
- b) En este caso, a diferencia de la asociación delictuosa, se conoce por referencia del mismo artículo cuáles son las normas principales que se están tutelando, pero la proporcionalidad no está referida a ellas, por lo que, en sentido estricto no opera la ausencia de reducción proporcional de la pena con relación al bien jurídico principal.*
- c) La restricción de garantías sustantivas se da en los mismos términos que para el terrorismo: existe una flexibilización de los principios de mínima intervención y proporcionalidad de la pena.*

- d) *El riesgo prospectivo se encuentra presente en tanto ya se ha comunicado el desapego duradero a la norma, desde la conducta misma de organizarse para cometer dichos delitos.*
- e) *En este caso, a pesar de que se conocen las normas principales, lo que se sanciona es infligir las normas de flanqueo pues con ello se eliminan las condiciones mínimas necesarias para que las condiciones de vigencia de la norma permanezcan.*<sup>48</sup>

### **2.2.3. Otros Tratados Internacionales**

A juicio propio no existen más ordenamientos internacionales con características de Derecho Penal del Enemigo, sin embargo por el contexto de la región y atendiendo a un enemigo común estime pertinente agregar las que a continuación se enuncian:

### **CONVENCIONES EN EL CONTINENTE AMERICANO**

“El continente americano no tiene un instrumento legal propio contra el crimen organizado. En el seno de la OEA (Organización de los Estados Americanos) se han dado apoyo a las resoluciones y convenciones de Naciones Unidas y tiene sus propias Convenciones Contra la Corrupción, terrorismo, narcotráfico, y delitos conexos y tráfico de Armas”.<sup>49</sup>

Dos son los ordenamientos que configuran un enemigo en común en la región:

1. *Convención Interamericana Contra El Terrorismo; y*
2. *Convención Para Prevenir Y Sancionar Los Actos De Terrorismo Configurados En Delitos Contra Las Personas La Extorsión Conexa Cuando Estos Tengan Trascendencia Internacional.*

---

<sup>48</sup> Martínez Álvarez, Claudia. (2009), Derecho Penal del Enemigo y Los Alcances de su Aplicación. Tesis para obtener el grado de licenciatura, Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F. pp. 118-120.

<sup>49</sup> <http://www.oas.org/es/> [fecha de consulta 23/10/2011]

Sin embargo al a juicio del que suscribe este documento son antagónicas al Derecho Penal del Enemigo por tener elementos ampliamente garantistas o de Derecho Penal Liberal.

En sendos documentos se impulsa la cooperación bilateral y multilateral, tomando en cuenta las características del crimen organizado, se impulsa la armonización de leyes, intercambio de información, diversificar la cooperación aduanera, programas multilaterales, de capacitación e intercambio de personas.

La comisión interamericana para el control de abuso de Drogas (CICAD) fue instaurada por la asamblea general de la OEA en 1986 tiene a su cargo el desarrollo , la coordinación, y la ejecución del programa interamericano de acción de Rio de Janeiro contra el consumo, la producción, el tráfico ilícito de estupefacientes, y sustancias psicotrópicas , esta organización tiene como actividades principales la reducción de demanda de drogas ilícitas, fortalecer la capacidad regional para combatir las drogas y las organizaciones criminales implicadas en las mismas.

### **Comparativo.**

De lo expuesto en el presente Capítulo es posible manifestar que ante afectaciones graves a la seguridad de los Estados involucrados como situaciones excepcionales de emergencia la autoridad estatal busca mecanismos efectivos de combate. “El problema implica que en la búsqueda de estos mecanismos se pueden dejar de lado aspectos fundamentales como la universalización de los derechos humanos y los principios de un Derecho Penal y Procesal Penal Liberal que se basa en el respeto a los mismos”.<sup>50</sup>

Si bien no cabe duda de lo afectación que representan para los Estados las amenazas abordadas en líneas precedentes tales como el terrorismo y el narcotráfico o el paramilitarismo, existen autores como Luigi Ferrajoli que dan un tratamiento distinto del problema.

---

<sup>50</sup> RIQUERT, Fabian y Leonardo Palacios. *El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes* .p. 2

“Específicamente habla de una criminalidad global o globalizada considerando que estamos ante ella cuando por los actos realizados o por los sujetos implicados , no se desarrolla únicamente en un único país o territorio estatal , sino que, como las actividades económicas de las grandes corporaciones multinacionales a nivel transnacional o planetario, se desarrollan a nivel global”.<sup>51</sup>

Para este autor las nuevas formas de la criminalidad transnacional son el efecto de un general anomia, en un mundo cada vez integrado e interdependiente y confiado a la ley del más fuerte con grandes desigualdades. Las ventajas que estas transformaciones han significado para la criminalidad organizada pueden resumirse entre otras en: La generalización de la criminalidad organizada ya no se plantea como un problema exclusivo de ciertos países sino de amplias zonas geográficas, sin excluir que en unos países estén más activos que otros.

La universalización de las actividades en el sentido de que las estructuras pueden abarcar un número indeterminado de países con posibilidades por parte de la organización de tener contactos inmediatos con todas las redes debido a la revolución tecnológica que se ha producido en las comunicaciones y su tratamiento debe ser de un amplio contenido que garantice en todo momento los derechos fundamentales de los individuos, su estrategia más efectiva de combate debe ser preventiva que no represiva y menos si es en detrimento de la esfera individual de los derechos fundamentales de los individuos.

De este modo es posible percibir cómo se configura la principal corriente crítica a la teoría del Derecho Penal del Enemigo, es decir, la corriente garantista. Y lo más destacable para los efectos metodológicos del presente Capítulo será establecer con precisión como algunos sistemas jurídico-políticos tales como Estados Unidos de América o España han adoptado dentro de sus legislaciones una serie de medidas que encuadran perfectamente en la Teoría Penal del Enemigo y ha construido una legitimación de estas posturas teniendo como eje fundamental la Seguridad del Estado.

---

<sup>51</sup> Ferrajoli , Luigui, Criminalidad y Globalización , Boletín Mexicano de derecho Comparado, num.115 IJ UNAM 2006 .

En cambio, un caso como el colombiano, un país que enfrentó una grave amenaza también a la Seguridad del Estado dio un tratamiento distinto del problema y adoptó una serie de medidas para combatir pero trató que dentro de su legislaciones siempre prevaleciera la corriente garantista, principalmente en lo que corresponde a la protección de la esfera individual de los derechos fundamentales de las personas.

Con lo cual y una vez que han sido expuestos los ejemplos de sistemas jurídico abordados en el presente Capítulo, damos cuenta del tratamiento del problema en otras realidades y proseguimos en estudio del Derecho Penal del Enemigo. Y ahora con mayor énfasis es posible afirmar que éste surge como una postura teórica en la dogmática penal que justifica la existencia de un Derecho Penal y Procesal Penal sin las mencionadas garantías tratando de preservar un bien superior como puede ser la seguridad de los estados.

### Capítulo III. GESTACIÓN, TRANSICIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL RÉGIMEN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO EN MÉXICO

#### Antecedentes.

“Hasta antes de 1997 no se contaba con información certera mediante la cual se pudiera conocer la magnitud real del fenómeno criminal, pues no existían sistemas estadísticos confiables ni políticas públicas efectivas para contabilizar los costos económicos y sociales del delito. El desconocimiento de dicha información y la ausencia de masa crítica dentro de las instituciones de seguridad pública impidieron que las autoridades y la sociedad en su conjunto pudieran combatir el problema de forma adecuada”.<sup>52</sup>

“Hoy en día las fuentes de información sobre la incidencia delictiva son mucho más confiables que hace 15 años, sin embargo adolecen aún de muchas irregularidades que impiden otorgarle certeza a las cifras oficiales”.<sup>53</sup>

“Las autoridades nacionales han estimado que durante el 2009 se cometieron en el territorio del Estado Mexicano un total de 1, 610,565 delitos. La anterior cifra, cuando se compara con el número de delitos ocurridos en 1997 (1, 490,923), no muestra un aumento significativo, de hecho refleja una disminución de los delitos, pues las tasas delictivas (delitos/población) registradas para 1997 (1,578 delitos / 100,000 habitantes) son mayores que las correspondientes a 2009 (1,510 / 100,000 habitantes).”<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> El aumento de los índices de criminalidad desde nuestro punto de vista se debe a dos factores principales, el primero es la ausencia de un verdadero programa nacional de prevención del delito que ataque desde la raíz la aparición de nuevos agentes criminógenos mediante la implementación de programas transversales (educación, salud, desarrollo social, trabajo y política económica), así como de programas desarrollados por las entidades encargadas de articular las políticas de prevención del delito (Secretarías de Seguridad Pública, Secretarías de Gobierno, Policías Preventivas). El segundo factor es la falta de una adecuada capacidad de respuesta por parte de las autoridades al realizar actividades de prevención situacional, investigación y administración de justicia.

<sup>53</sup> Un ejemplo de ello es el relativo al caso del Estado de Tlaxcala, entidad que reportó al INEGI en 2006 que durante el periodo transcurrido de enero a diciembre de 2005 no se cometió ningún homicidio doloso en la entidad.

<sup>54</sup> Existen dos formas de medir la cantidad de delitos que se cometen en una sociedad. La primera es a través de las cifras oficiales, que son el número de hechos constitutivos de delito denunciados ante las autoridades competentes. Ésta forma, sin embargo, tienen una falla: no todos los delitos se denuncian y no todos quedan registrados en las estadísticas oficiales. Por lo anterior las cifras no reflejan el tamaño real del crimen y la delincuencia. La segunda vía para medir el número de delitos es la

“Si bien hoy conocemos con mayor claridad parte de la problemática y podemos hacer comparativos del comportamiento de las conductas antisociales a través del tiempo, no se puede explicar fácilmente cómo es que las personas se sienten tan inseguras en sus lugares de residencia”.<sup>55</sup>

La respuesta a esta pregunta radica quizá no en el aumento generalizado de los delitos, sino en el aumento particularizado de algunas conductas antisociales con un alto contenido de violencia como son el homicidio doloso, los delitos en contra de la libertad de las personas (secuestro, privación ilegal de la libertad [“levantones”]), el robo violento, las lesiones, etc.

En el universo de los delitos cometidos en 2008, los violentos suman un total de delitos 32.5%. Es decir, uno de cada 3 delitos de los cometidos en territorio nacional, son de sumo violentos. Salta a la vista que los Estados con mayor número de homicidios, coincide con los que reportan un mayor número de delitos contra la salud denunciados (Chihuahua, México, Baja California).

La relación anteriormente enunciada considero que es un buen índice para demostrar que hoy en día buena parte de los crímenes de alto impacto social tienen relación con la actividad de organizaciones de la delincuencia organizada.

---

encuesta de victimización. Se trata de instrumentos especialmente diseñados para llegar a las víctimas de delito, y buscan ofrecer mayor detalle y un estimado realista sobre el volumen de los delitos ocurridos en un periodo determinado. Dichas encuestas son relevantes porque ayudan a complementar las cifras oficiales y obtener información que el gobierno simplemente no produce. Ambas fuentes de información son necesarias para cuantificar el delito y seguir su evolución. En México la encuesta de victimización más importante y contundente es la ENSI, realizada anualmente por el Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI) de forma anual.

<sup>55</sup> De acuerdo con una encuesta realizada por la prestigiada firma encuestadora Consulta Mitofsky para México Unido Contra la Delincuencia, más del 65% de los mexicanos sienten temor de ser víctimas del delito de secuestro. Lo anterior es evidencia del grave problema vinculado al control delincriminal que enfrenta el Estado mexicano.

### **3.1. Constitucional**

#### **3.1.1. Reforma 1997-1999**

La respuesta a esta crítica situación se dio en diciembre de 1997, cuando el titular del Ejecutivo Federal envió a la Cámara de Senadores, en funciones de órgano revisor, una iniciativa de reformas a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política, cuyo propósito consistió en hacer más eficiente la procuración de justicia en México. El anteproyecto fue impulsado en mucho por la Procuraduría General de la República.

La iniciativa planteó flexibilizar los requisitos establecidos en el artículo 16 Constitucional para obtener la orden de aprehensión, considerando suficientes la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado; con ello se consideraba restaurado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y los derechos del justiciable y eficientada la acción de las autoridades procuradoras de justicia.

En cuanto a las modificaciones propuestas por el Ejecutivo al artículo 19 Constitucional, se estableció la necesidad de modificar el segundo párrafo para que en la emisión de un auto de formal prisión se acreditara la plena existencia de los elementos del delito, así como la probable responsabilidad. Las exigencias probatorias a cargo del Ministerio Público no se reducirían con la reforma, sino que se cumplirían en las etapas procesales adecuadas.

Por lo que toca al artículo 22 Constitucional se propuso crear la figura de la aplicación en beneficio del Estado de los instrumentos, objetos o productos de un delito, con lo que se atacaría el poder económico de la delincuencia organizada; con ello se pretendía evitar que los recursos de procedencia ilícita siguieran reproduciendo actividades ilícitas.

La aplicación procedería de conformidad con la iniciativa en los casos de delitos graves y delincuencia organizada, toda vez que sería decretada por autoridad

judicial, después de seguirse un procedimiento en el que hubiesen sido observadas las formalidades de ley. La propuesta estableció dentro de los bienes susceptibles de aplicación no solamente los que fuesen propiedad o posesión del inculpado, sino también aquel sobre los cuales se condujese como tal, aun cuando se hubieran transmitido a terceros, salvo que éstos acreditaran ser poseedores o adquirentes de buena fe.

Uno de los aspectos esenciales para que la función de seguridad pública y la procuración de justicia se desarrollaran de conformidad con los principios Constitucionales de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, consistía en establecer con claridad la naturaleza del vínculo jurídico que unía al Estado con los miembros de los cuerpos de seguridad pública, por lo que la iniciativa sugirió la reforma al artículo 123, apartado B, fracción XIII.

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, la relación del Estado con sus empleados es de naturaleza administrativa, sin embargo, en beneficio y protección de los empleados del ésta se transformó con objeto de equipararla a un vínculo de índole laboral, constituyéndose el Estado en una especie de patrón sui generis. La relación específica entre los militares, marinos, miembros de los cuerpos de seguridad pública y el personal del servicio exterior y del Estado, quedó al margen de esta equiparación, ya que de conformidad con lo dispuesto por la fracción XIII, apartado B, del artículo 123 Constitucional, dicha relación se rige por sus propias leyes y no por la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.

Para definir la naturaleza de la relación, la reforma propuso que los miembros de las instituciones de seguridad pública fueran considerados como trabajadores de confianza y se rigiesen conforme a sus propias leyes, gozando de las medidas de protección al salario y los beneficios de la seguridad social.

Para salvaguardar los fines de la seguridad pública, contar con mejores elementos y tener la posibilidad real de adecuar conforme a derecho las estructuras policíacas en beneficio de la sociedad mexicana, la iniciativa planteó que los miembros de las instituciones o cuerpos de seguridad pública no tendrían acción de

reinstalación para el caso de baja, cese, destitución, remoción, separación o terminación de los efectos del nombramiento. Con esto se pretendió dotar a las corporaciones policíacas de herramientas que les permitieran depurar a los cuerpos de seguridad pública. La reforma propuesta no anularía el servicio civil de carrera, su propósito era garantizar que la función de seguridad pública se desarrollara con estricto apego a los principios Constitucionales de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez.

La iniciativa fue sometida a un amplio debate nacional. La Cámara de Senadores organizó varios foros de consulta con asociaciones de abogados, catedráticos, empresarios y organizaciones cívicas, para darla a conocer y fue presentada a los procuradores de justicia de todas las entidades. En octubre de 1998 las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores emitieron el dictamen correspondiente, en el que se contienen modificaciones a la iniciativa del Ejecutivo y suprimiéndose la propuesta de modificación al artículo 20 Constitucional.

Las Comisiones propusieron, a la vez, una serie de modificaciones a la misma, dentro de las que destacó la recuperación del concepto "cuerpo del delito". En las referencias a los artículos 16 y 19 Constitucionales, el dictamen refirió que el texto Constitucional no debía seguir ninguna corriente doctrinal, y que en la determinación de los requisitos exigibles para librar una orden de aprehensión y un auto de formal prisión debía buscarse un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos y la facultad de la autoridad para perseguir y castigar delitos, lo que se lograba con el restablecimiento del concepto de cuerpo del delito anterior a la reforma de 1993. El documento fue contundente al determinar que es en el proceso penal donde se da la amplitud probatoria, por lo que es materia de éste, y a la sentencia definitiva corresponde la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado.

Así fue como se asentó que para librar una orden de aprehensión se requeriría que existiesen datos que acreditaran el cuerpo del delito y la probable

responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se dedujese fundamentalmente la participación del indiciado en el hecho delictuoso. Con ello se reconoció que en las fases iniciales del proceso penal el grado de convicción del juez no tiene que ser pleno, sino que basta el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad para que se libere una orden de aprehensión.

En congruencia con el texto del artículo 16, fue también modificada la iniciativa de reformas al artículo 19 definiéndose los requisitos específicos necesarios para que el juez emitiera un auto de formal prisión, como son la expresión del 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.

Por cuanto toca al artículo 22 Constitucional, se agregaron algunos supuestos a los originales asentados, quedando la redacción de la manera siguiente:

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 a 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 o 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.

Sobre la reforma propuesta a la fracción XIII, del apartado B, del artículo 123 Constitucional, en el dictamen se reconoció la necesidad de que el Estado dispusiese de un margen de acción que evitara comprometer la seguridad nacional en atención

al ejercicio de ciertos derechos laborales de los miembros de las instituciones de seguridad pública. Se pretendió erradicar el serio problema que para las procuradurías significa dar el combate a la delincuencia que actúa en las calles y a la que se ha enquistado en las estructuras institucionales y que por lo mismo es tan peligrosa o más que la que abiertamente se reconoce como transgresora del orden público. Los malos elementos que amparados en un nombramiento y una placa abusan de su autoridad y aprovechan la función pública y el cargo que ostentan para delinquir, deben ser frontalmente combatidos, a ello se debe mucha de la desconfianza que la sociedad siente por las instituciones procuradoras de justicia y el desprestigio de los cuerpos ministeriales policiacos.

La redacción definitiva del precepto quedó de la siguiente manera:

Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

(...)

*Los miembros de las instituciones policiales de los municipios, entidades federativas, del Distrito Federal, así como de la Federación, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dichas instituciones, sin que proceda su reinstalación o restitución, cualquiera que sea el juicio o medio de defensa para combatir la remoción y, en su caso, sólo procederá la indemnización. La remoción de los demás servidores públicos a que se refiere la presente fracción, se regirá por lo que dispongan los preceptos legales aplicables.*

Esta es, a grandes trazos, “la reforma Constitucional en materia penal que acaba de ser publicada y entrado ya en vigor en nuestro país. En el tintero del Honorable Poder Legislativo se ha quedado la propuesta de modificación al artículo

20 de nuestra ley fundamental, seguramente por una lectura incorrecta de lo que hasta ahora se pretendía buscar con su enmienda, subrayando que con esa reforma jamás se pretendió instaurar en México los juicios en ausencia. La pretensión era castigar la evasión de la justicia. No es posible que en este México de finales del siglo la legislación en vez de reprochar que los presuntos responsables evadan la acción de la justicia se les privilegie, se les auspicie y se les aliente.”<sup>56</sup>

### **3.1.2. Delincuencia Organizada. Duplicidad del Término Constitucional**

Al principio del presente Capítulo se expresaba que durante la década de 1990 la información sobre la incidencia delictiva en el país era muy débil, no se encontraba sistematizada de forma coherente ni existía una masa crítica en las corporaciones capaz de procesar esta compleja información; sin embargo esto no fue impedimento para que los gobiernos se dieran cuenta del grave problema que implicaban las actividades realizadas por miembros de la delincuencia organizada.

“Entre 1993 y 1996 se registraron en los Estados de México, Morelos y Distrito Federal escandalosos secuestros que conmocionaron al país. Destacan los ocurridos en contra de tres nietas del ex- secretario de Hacienda, Antonio Ortiz Mena por cuyo rescate se pagó la cantidad de 1.6 millones de dólares, el secuestro del empresario Japonés Mamuro Kono en Tijuana, por quien se presume se pagó un rescate de dos millones de dólares, así los de Alfredo Harp Helú ex accionista del Grupo Banamex, quién pagó por su liberación alrededor de 30 millones de dólares y el de Antonio Porrúa, propietario de Porrúa Editores por cuyo rescate se pagaron siete millones de dólares.”<sup>57</sup>

Al mismo tiempo, pero en el terreno del combate al narcotráfico, los gobiernos de los ex presidentes de la República Mexicana Carlos Salinas de Gortari y Ernesto Zedillo Ponce de León, lograron capturar a importantes capos de los principales cárteles responsables de la producción, transportación, transformación, venta y

---

<sup>56</sup> <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/1/cl/cl11.htm> [fecha de consulta: 23/10/11]

<sup>57</sup> <http://www.larevista.com.mx/sem365/nota2.htm>[fecha de consulta: 23/10/11]

exportación de narcóticos. Entre los principales criminales destacan Miguel Ángel Félix Gallardo, Francisco Rafael Arellano Félix, Joaquín "El Chapo" Guzmán Loera, Héctor "El Güero" Palma, Juan García Ábrego, así como los hermanos José de Jesús, Ignacio y Adán Amezcua.

La ola de violencia mencionada anteriormente, motivó que el Ejecutivo Federal comenzara a diseñar, aunque de forma incipiente, una política criminal reactiva, que tendiera a disminuir la capacidad de respuesta de las organizaciones de la delincuencia organizada.

A pesar de que resulta encomiable la voluntad política de Salinas al fortalecer el combate al narcotráfico, el gran error ocurre cuando el ejercicio de las políticas públicas desarrolladas por el Ejecutivo resulta de una decisión tomada en el escritorio y no de un estudio razonado, profundo y meditado.

De acuerdo al texto del artículo 26 de la Constitución General, habrá un Plan Nacional de Desarrollo (PND) al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la Administración Pública Federal. Adicionalmente, el Art. 21 de la Ley de Planeación dispone que el PND:

*“(...) precisará los objetivos nacionales, estrategia y prioridades del desarrollo integral y sustentable del país, contendrá provisiones sobre los recursos que serán asignados a tales fines; determinará los instrumentos y responsables de su ejecución, establecerá los lineamientos de política de carácter global, sectorial y regional; sus provisiones se referirán al conjunto de la actividad económica y social, tomando siempre en cuenta las variables ambientales que se relacionen a éstas y regirá el contenido de los programas que se generen en el sistema nacional de planeación democrática.*

Encontramos que “el Plan Nacional de Desarrollo de Carlos Salinas de Gortari.”<sup>58</sup> Se encontraba sustentado por lo siguientes objetivos:

### **Objetivos del Plan Nacional de Desarrollo**

**1989-1994**

1. Defensa de la soberanía y promoción de los intereses de México en el mundo.
2. Ampliación de la vida democrática.
3. Recuperación económica con estabilidad de precios.
4. El mejoramiento productivo del nivel de vida de la población.

Como se puede observar en el anterior cuadro, la seguridad pública y el combate al crimen no constituían parte esencial del principal instrumento programático elaborado por el gobierno del presidente Salinas de Gortari y los aspectos vinculados al control de la criminalidad y el delito, quedaban relegados a un segundo plano. El PND apenas hacía mención a estrategias precisas para el control criminal, y no refiere en ninguno de sus párrafos a la delincuencia organizada.

Sin embargo, al revisar los programas sectoriales de la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, encontramos un diagnóstico, que aunque mínimo y poco contundente, podía darle fundamento al combate a la creciente delincuencia organizada.

Para el año de 1994 cuando el ex presidente Carlos Salinas de Gortari rindió un último mensaje por motivo de la presentación de su último informe de gobierno, se destaca la siguiente afirmación:

(...) México ha iniciado un movimiento por los derechos humanos y por la seguridad personal, que no tiene retroceso, porque el pueblo lo exige, lo valora y lo ha hecho suyo. **De todos, el combate al narcotráfico es el más importante. Se ha mezclado este maligno**

<sup>58</sup> <http://www.fundacionpreciado.org.mx/biencomun/bc150/115plan%20nacional.pdf> [fecha de consulta 23/10/2011]

**negocio con la violencia que hemos padecido.** Por eso, hemos incrementado los recursos para la atención de los delitos contra la salud en 230 por ciento con relación a 1989.

“La afirmación del presidente no hizo sino mostrar la falta de efectividad de las políticas criminológicas efectuadas durante su sexenio.”<sup>59</sup>

También influyó para pensar en una auténtica alza de violencia vinculada al narcotráfico. De hecho, consideramos que esta frase pudiera ser considerada como la primera declaración de guerra formal contra el narcotráfico.

Otra cuestión que destaca en el mensaje del entonces presidente, radica en que únicamente se hace referencia a las estrategias relativas a operativos situacionales para la destrucción de drogas y no se mencione en un solo momento a los esfuerzos para la prevención primaria o social del delito.

“En cuanto a las reformas legislativas impulsadas en el sexenio 1988-1994 destacan las realizadas al Código Penal, Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Código Federal de Procedimientos Penales y otra serie de enmiendas Constitucionales de relevancia especial para el tema del presente trabajo.”<sup>60</sup>

La importancia total de centrar parte de la presente investigación en este determinado periodo, es mostrar que precisamente en esta época el fenómeno criminal vinculado al narcotráfico comenzó a detonarse con mayor contundencia y las

---

<sup>59</sup> Como muestra de la falta de coordinación y efectividad del gobierno de Salinas en materia de control criminal, destaca el hecho que durante sus seis años de mandato, pasaron por la oficina de la PGR cinco distintos procuradores (Enrique Álvarez del Castillo, Ignacio Morales Lechuga, Jorge Carpizo Macgregor, Diego Valadés Ríos y Víctor Humberto Benítez Treviño)

<http://www.pgr.gob.mx/que%20es%20pgr/Documentos/conmemoracion/peprcsag.htm> [fecha de consulta 23/10/11]

<sup>60</sup> Entre las reformas que han resultado más cuestionables, y que vinieron a ser enmendadas por el Constituyente Permanente en 2008, destaca la desaparición Constitucional del concepto “cuerpo del delito” y su sustitución por “elementos del tipo”. Con esta reforma, al integrar las averiguaciones previas los ministerios públicos quedaban constreñidos a señalar en sus pliegos consignatorios (al menos) los siguientes elementos: conducta, resultado, bien jurídico tutelado, la forma de la intervención del sujeto activo y pasivo, la atribución del resultado a la conducta, el objeto material del delito, los medios típicos, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos, los elementos subjetivos específicos distintos del dolo, y cualquier otra circunstancia prevista en la ley.

De acuerdo con el ministro de la Suprema corte, Juan Silva Meza (SILVA MEZA, Juan, Las reformas penales de los últimos cinco años en México, IIJ-UNAM, México, Página 3., <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/131/25.pdf>): “Esta reforma penal, dio por resultado el que en apariencia se dificultara técnicamente la actividad ministerial y con ello se incrementara la carga de trabajo para la representación social, además de que en cierto modo se propiciará la impunidad.

autoridades, tanto del Ejecutivo Federal como del Congreso General, se encargaron del diseño de lo que se vino a convertir en “un auténtico sistema de Derecho Penal del Enemigo.”<sup>61</sup>

## DUPLICIDAD DEL TÉRMINO CONSTITUCIONAL

“La muestra más clara de la anterior afirmación consta en la reforma Constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993. La reforma, por cuanto a lo relativo al régimen de Derecho Penal del Enemigo, consiste en incluir en el párrafo séptimo del Art. 16 Constitucional.”<sup>62</sup>

Una disposición de orden especial consistente en la posibilidad de que un indiciado por *delitos previstos por la ley como delincuencia organizada*, **pueda ser retenido por el doble de tiempo que a cualquier otra persona indiciada de un delito de otra naturaleza.**

La reforma es grave, pues da facultades amplias no sólo al Ministerio Público para determinar *ex ante* la naturaleza del delito sujeto a investigación, sino que otorga al legislador ordinario la facultad de determinar qué es y en qué consiste la

---

<sup>61</sup> Se ha expresado en el capítulo relativo al marco teórico-conceptual, que el Derecho Penal del Enemigo se encuentra constituido por reglas jurídico-penales que exceptúan la aplicación, a ciertos delincuentes o presuntos delincuentes, de los principios de garantía y de imputación reconocidos a la generalidad de gobernados.

<sup>62</sup> Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho que la ley determine como delito, sancionado con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del iniciado.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

En casos urgentes, cuando exista delito grave así señalado 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, expresando los indicios y normas que motivan y fundan su acto. El juez que conozca del proceso deberá inmediatamente, ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

**Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 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.**

delincuencia organizada, es decir, establece una reserva a la ley secundaria para determinar el tipo de delincuencia organizada.

“Este régimen especial, no solo viene a trastocar una tradición fundada Constitucionalmente en 1917, sino que si nos remontamos al pasado Constitucional mexicano, podremos observar que la limitación de la libertad de las personas por parte de la autoridad administrativa es una cuestión que los padres fundadores de la patria contemplaron desde el nacimiento de esta nación; no sólo debido a la influencia de los instrumentos Constitucionales franceses y Estadounidenses, sino también a bases de orden sociológico e histórico.”<sup>63</sup>

“El Constituyente Permanente de 1993, parece que no realizó en la importancia y en el rumbo que le daban al sistema Constitucional mexicano; salvo un par de hombres que se atrevieron a alzar la voz y señalar las debilidades de la reforma.”<sup>64</sup>

Al analizar los documentos que recogen el procedimiento legislativo seguido para la concreción de la reforma, podemos encontrar información de alta relevancia para el estudioso del tema, por dos razones fundamentales.

La primera es la ausencia de una motivación adecuada en las iniciativas. De la iniciativa de reforma no se desprenden argumentos sólidos de orden técnico-jurídico que den sustento a la limitación de las reglas de imputación propias de un sistema penal Constitucional garantista, simplemente se hace una referencia a la dificultad que representa para el Ministerio Público la consignación de miembros de la delincuencia organizada ante los tribunales. Incluso, de forma cínica se dijo que

---

<sup>63</sup> La Constitución de 1824 establecía un plazo de hasta 48 horas para que una persona pudiera ser detenida por autoridad administrativa; las leyes Constitucionales de 1836 establecieron un término de 3 días; las Bases Orgánicas de 1843 fijaron el plazo entre 3 y 5 días. Al final, todas ellas contaban con una peculiaridad: eran siempre generales y no hacían distinciones.

<sup>64</sup> En este sentido destacan las intervenciones de los congresistas diputado Héctor Ramírez Cuéllar y del Senador Roberto Robles Garnica que a la sazón de la discusión expresó lo siguiente: “Una interpretación de mala fe, puede aplicar el concepto de delincuencia organizada a un grupo político de oposición y en un extremo, hasta un grupo de comerciantes ambulantes que están asociados cometen delitos por vender sin permiso, afectan al comercio organizado, y además, alteran la salud al producir basura y a la seguridad pública al trastornar el tránsito.

Si alguien piensa que esta es una exageración, que recuerde la historia del delito de disolución social, creado con fines de preservar la integridad de la nación y que terminó siendo el instrumento para perseguir y castigar a sindicalistas, a luchadores políticos y estudiantiles. Aquí no se vale la amnesia histórica.

dicha modificación Constitucional genera condiciones para respetar los derechos humanos de aquéllas personas sujetas a procedimiento.

La segunda, es una cuestión olvidada por la iniciativa y que más tarde fue recogida en los dictámenes de ambas cámaras y es precisamente “la identificación del enemigo del Derecho Penal para el caso particular mexicano.”<sup>65</sup>

Ambas cámaras federales, tanto la de origen como la revisora, identificaron a las bandas de narcotraficantes y a sus integrantes como los sujetos pasivos destinatarios de esta disposición.

Pocos años después, ya en el sexenio del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, la Constitución fue reformada una vez más fortaleciendo lo que hoy en día “constituye un sólido cimiento de régimen de Derecho Penal del Enemigo. El Decreto.”<sup>66</sup>

Materializada la citada reforma modificaría, entre otros artículos el 16 Constitucional.

El reformado artículo, por supuesto, conserva las disposiciones modificadas por el Constituyente Permanente de 1993 (duplicidad del término Constitucional) y aumenta a incipiente régimen de Derecho Penal del Enemigo, dos disposiciones que perfilan a nuestra Constitución a lo que es ahora: una derrota a las teorías del garantismo penal moderno. Los párrafos referidos son los siguientes:

*Artículo 16.*

(...)

---

<sup>65</sup> En el capítulo relativo al Derecho Penal del Enemigo en perspectiva comparada, se explicará a fondo la característica del “enemigo” en el derecho penal, en distintos regímenes Constitucionales de América y otras regiones del mundo.

<sup>66</sup> Decreto por el que se adicionan dos párrafos al artículo 16, como noveno y décimo (...); se reforma el artículo 20 fracción I y penúltimo párrafo; se reforma el artículo 21, párrafo primero; se reforma el artículo 22, párrafo segundo; se reforma el artículo 73, fracción XXI y se le adiciona un segundo párrafo, todos ellos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 1996.

*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.*

*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.*

Con esta reforma Constitucional, se legalizan prácticas que anteriormente no tenían cabida en el régimen Constitucional mexicano; hasta antes de la reforma de 1996 al artículo 16, era jurídicamente imposible e inviable, presentar pruebas consistentes en grabaciones de comunicaciones privadas. Esta reforma viene a eliminar dicho impedimento, eso sí, poniendo como pretexto ¡el aumento de derechos fundamentales a los gobernados! De hecho, y para que no quede duda de la buena fe del autor de la iniciativa, se presenta como ejemplo en el siguiente párrafo que forma parte de la iniciativa:

“La delincuencia organizada es, sin duda, uno de los problemas más graves por los que atraviesa México y toda la comunidad mundial, que en sus diversas manifestaciones, entre las que destaca el **narcotráfico**, afecta las vidas de miles de seres humanos y atenta contra los principios básicos de la vida comunitaria y de la esencia del

Estado, generando descomposición social inestabilidad política. Se trata, además, de un fenómeno de carácter transnacional, que plantea incluso una amenaza directa para la estabilidad de las naciones y **constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas de los Estados.**

Los métodos y técnicas que se utilizan en las formas modernas de delincuencia, así como su realización cada vez más violenta y su internacionalización, hacen que la delincuencia organizada observe actualmente una mayor eficacia frente a los medios tradicionales de control estatal, por lo que éstos también deben modernizarse para combatirla eficazmente. Sí ello no ocurre, se debilita la capacidad efectiva del Estado para proteger los derechos fundamentales del ser humano.

El Ejecutivo Federal y miembros del Honorable Congreso de la Unión, conscientes de la gravedad del problema, hemos reiterado en distintas ocasiones nuestro ineludible y permanente compromiso de fortalecer la lucha contra la delincuencia organizada buscando estrategias que puedan resultar más eficaces frente a dicho fenómeno.”<sup>67</sup>

Por cuanto a la intervención de comunicaciones privadas, en el seno del Congreso de la Unión se levantaron voces que urgían a los legisladores detener una reforma de este tipo. Destaca la intervención del diputado Ezequiel Flores Rodríguez, del Partido del Trabajo, quien afirmó que:

***“...estamos en contra de que con el pretexto de combatir la delincuencia organizada, se pueda llegar a conculcar la garantía de legalidad que otorga el párrafo primero del artículo 16 Constitucional, en relación con la propuesta de modificaciones***

---

<sup>67</sup> *Idem*

**en el párrafo noveno de la minuta aprobada por la colegisladora y que se discute en este pleno dando la posibilidad de que cualquier autoridad federal o los titulares del Ministerio Público de las entidades federativas, puedan solicitar al Poder Judicial Federal la intervención de cualquier comunicación privada.**

*Bajo esta actitud, consideramos que estamos ante la aberrante situación de pretender resolver un problema generando otro de más graves consecuencias, toda vez que bajo esta nueva situación propiciada por el dictamen que hoy se pretende aprobar, se colocará a la sociedad entera en un clima de permanente zozobra e inseguridad, en la medida en que el abanico de autoridades facultadas para intervenir las comunicaciones privadas, sea demasiado amplio como lo está previendo el dictamen de referencia.*

Si parecía que el decreto de 3 de julio de 1996 generaba ya un atropello por cuanto a la adición de los dos párrafos al 16 Constitucional, debe agregarse lo que desde mi punto de vista es el **núcleo de la reforma**: la adición de un párrafo al artículo 22, mismo que se transcribe para su análisis:

*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 el 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 de aquellos respecto de los cuales éste se**

***conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.***

En otras palabras, la propuesta de reforma al Artículo 22 Constitucional, establece considerar la confiscación de los bienes cuando el decomiso de esto sea propiedad del sentenciado por delitos relacionados con la delincuencia organizada. Se pretende con esta acción se detenga la incidencia de estas actividades delictivas que repercuten en las arterias económicas del Estado.

Como se puede apreciar, para esta fecha el Estado Mexicano contaba con un instrumento Constitucional con dos órdenes penales distintos y diferenciados, cada uno dirigido a dos sujetos. El primero es un sistema Constitucional-Penal de orden garantista que reconoce derechos procesales y reglas de imputación justas para los indiciados. El segundo, un régimen de libertades fundamentales limitado, que otorga alta discrecionalidad a la autoridad administrativa y que tiene por objeto combatir al narcotráfico y al crimen organizado en su conjunto.

El primero reconoce al imputado un catálogo amplio de derechos intrínsecos a la persona; el segundo diluye conceptos fundamentales de un régimen Constitucional de Derechos Humanos como es la igualdad y los derechos de debido proceso y lo transforma en un imputado de segunda clase. Incluso, creo que en esta fase se despersonaliza al imputado, a fin de poder juzgarlo como *enemigo*.

### **3.1.3. Reforma 2007-2008.**

En la última reforma Constitucional que desde mi perspectiva consolida el régimen de Derecho Penal del Enemigo es la publicada mediante Decreto en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Sus antecedentes de acuerdo con el Dictamen de la Cámara de Diputados, fueron las presentadas el 29 de septiembre y el 19 de diciembre, ambas de 2006, las del 6 y 27 de marzo, 25 de abril y 4 de octubre, todas ellas de 2007. Sin embargo, y a

fin de mantener un rigor metodológico apropiado, el análisis de esta reforma será abordado con más detalle en su oportunidad

El miércoles 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, fue publicado el Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Suprema, que inciden en diversos aspectos del sistema de justicia penal, a saber: prevención de los delitos, investigación de los mismos, la administración de justicia y la reinserción social de los sentenciados.

Casi todos los artículos que fueron reformados por el mencionado decreto, tienen alguna incidencia en la consolidación del Derecho Penal del Enemigo en México. Sin duda se trata de un paquete de reformas sustantivas e históricas de doble cara: en su aspecto negativo se revela una falta de estudio y conocimiento de las leyes vigentes, de la técnica legislativa y de sintaxis con que se desempeñan los legisladores federales y locales, desde la concepción hasta la redacción de las normas jurídicas, aunado por supuesto, a una reducción y limitación de derechos fundamentales que encuadran en la teoría expuesta del Derecho Penal del Enemigo.

En su parte positiva destaca, la implementación del sistema penal acusatorio que incorpora la oralidad en los juicios penales y el establecimiento de principios que garantizan la impartición de justicia expedita.

A fin de apreciar los alcances de la reforma citada, se propone la revisión de la reforma en las secciones que cuanto al Derecho Penal del Enemigo respectan, en la siguiente matriz:

<p><b>TEXTO ACTUAL</b> <b>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS</b> <b>ESTADOS UNIDOS MEXICANOS</b> <b>REFORMADO POR DECRETO DEL 18</b> <b>DE JUNIO DE 2008</b></p>	<p><b>COMENTARIOS</b></p>
--	---------------------------

<p>Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p>	<p>Reducir los requisitos para a declarar el arraigo.</p> <p>Se incorpora la figura del arraigo (<i>pues antes no existía a nivel Constitucional</i>), será otorgada por el Juez a petición del Ministerio Público, solo en casos de delincuencia organizada, a fin de garantizar el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de sustracción de la justicia. Será por un máximo de 40 días prorrogables si el Ministerio Público acredita que subsisten las causas que le dieron origen. Esta norma al generar nuevas reglas de imputación dentro del proceso penal a un grupo determinado, la convierte en norma de Derecho Penal del Enemigo.</p>
<p>La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el</p>	<p>Definición de delincuencia organizada.</p> <p>“...una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.” Se contempla la posibilidad de que la</p>

<p>inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.</p> <p>Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.</p>	<p>legislación secundaria pueda otorgar mayor amplitud a las garantías restringidas a nivel Constitucional.</p> <p>Al Constitucionalizar la definición de delincuencia organizada e identificar desde la norma suprema al <i>enemigo</i>, se combate e identifica el verdadero destinatario de la norma antigarantista.</p> <p>Grabación de comunicaciones entre particulares.</p> <p>Se crea una restricción a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, permitiendo que las grabaciones sean aportadas en juicio de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas, aún sin la autorización del interlocutor. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito.</p> <p>Esto genera una ventana de oportunidad para que agentes encubiertos, usuarios simulados o testigos protegidos aporten información para el desmembramiento de las bandas del sujeto identificado como <i>enemigo</i>: la delincuencia organizada.</p>
--	---

<p>...</p> <p>Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.</p> <p>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.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p>	<p>Creación de Jueces de control.</p> <p>Tanto a nivel federal como local se crearán Jueces de control que de manera acelerada resuelvan pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial; así como para conocer de las impugnaciones de las resoluciones del Ministerio Público de reserva, no ejercicio de la acción penal, desistimiento y suspensión de la acción penal.</p>

<p>Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.</p>	<p>Se establece un sistema de Excepción en casos de delincuencia organizada.</p>
<p>...</p>	<p>Los sentenciados en casos de delitos de delincuencia organizada compurgarán sus penas en centros especiales, no gozan del beneficio de compurgar la pena en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio; asimismo, se les puede restringir las comunicaciones, salvo el acceso a su defensor e imponer medidas de vigilancia especiales.</p>
<p>...</p>	<p>Sin duda esta es una de las mayores muestras de la consolidación de un sistema penal, con enfoque de Derecho Penal del Enemigo.</p>
<p>...</p>	
<p>Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por</p>	

<p>delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.</p>	
<p>Artículo 19. ...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p>	<p>Medidas cautelares y prisión preventiva.</p> <p>Además, si una vez emitido el auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia, se suspende el proceso junto con los plazos de prescripción.</p>
<p>Artículo 22. Quedan prohibidas las penas</p>	<p>Proceso de extinción de dominio</p>

de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

.....la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:

I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;

II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes:

a. Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la

<p>responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.</p> <p>b. Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior.</p> <p>c. Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.</p> <p>d. Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño.</p> <p>III. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de</p>	
---	--

<p>buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.</p>	
<p>Artículo 73. El Congreso tiene facultad:</p> <p>I. a XX. ...</p> <p>XXI. Para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así como legislar en materia de delincuencia organizada.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>XXII...</p> <p>XXIII. Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.</p>	<p>Facultad exclusiva de la Federación para legislar materia de delincuencia organizada.</p> <p>Es facultad exclusiva de la federación el expedir leyes y regulaciones en materia de delincuencia organizada. Con esta disposición las disposiciones locales relativas al tema quedarían sin una concordancia Constitucional.</p>
<p>Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de</p>	<p>Separación de servidores públicos adscritos a dependencias encargadas de la función de seguridad pública</p>

<p>empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.</p> <p>...</p> <p>Apartado A...</p> <p>Apartado B...</p> <p>I. a XII. ...</p> <p>XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agente del Ministerio Público, Peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.</p> <p>Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus</p>	<p>Se expresa la posibilidad de separarles del cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones sin necesidad de reinstalar.</p> <p>De esta forma, se limitan los derechos de los servidores públicos que laboran en las instancias de seguridad pública, violentando los derechos humanos de audiencia, debido proceso y adecuado remedio judicial.</p> <p>De esta forma se identifica una nueva tendencia de identificar en el plano legal, a los policías y ministerios públicos, como posibles o latentes enemigos del derecho penal.</p>
---	---

funciones. Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

...

...

### **3.2. Legal**

#### **3.2.1. Código Penal Federal (CPF) y Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) 1994**

##### **Terrorismo Internacional**

El Código Penal Federal ( CPF) fue reformado en el año 2007 con la finalidad, entre otras cuantas, de adicionar un Capítulo que a juicio del suscrito y otros autores tienen características que permiten resolver que su contenido pertenece a las

normas de Derecho Penal del Enemigo, de manera concreta el artículo 148 bis establece:

*“Se impondrá pena de prisión de quince a cuarenta años y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten:*

*I) A quien utilizando sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas o similares, material radioactivo o instrumentos que emitan radiaciones, explosivos o armas de fuego, o por incendio, inundación o por cualquier otro medio violento, realice en territorio mexicano, actos en contra de bienes o personas de un Estado extranjero, o de cualquier organismo u organización internacionales, que produzcan alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella, para tratar de menoscabar la autoridad de ese Estado extranjero, u obligar a éste o a un organismo u organización internacionales para que tomen una determinación.*

*II) Al que directa o indirectamente financie, aporte o recaude fondos económicos o recursos de cualquier naturaleza, con conocimiento de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer actos terroristas internacionales, o en apoyo de personas u organizaciones terroristas que operen en el extranjero, y*

*III) Al que acuerde o prepare en territorio mexicano un acto terrorista que se pretenda cometer o se haya cometido en el extranjero.”<sup>68</sup>*

Al respecto atinadamente la investigadora Claudia Martínez opina:

---

<sup>68</sup> Ver: artículo 148 bis

*“en la fracción III de dicho artículo, donde lo que se sanciona es la conducta de “acordar o preparar” un acto terrorista. Considero esta norma (fracción tercera del artículo 148 bis), Derecho Penal del Enemigo en tanto:*

*a) El Estado adelanta el marco de protección del bien jurídico, reprochando una conducta que se encuentra en un estadio previo, que normalmente sería parte del ámbito de libertades del sujeto pues:*  
*1. en términos generales, el acordar es una conducta derivada de las posibilidades de asociación que todos los gobernados tienen, pero en este caso, el acuerdo se refiere a un objeto ilícito, que manifiesta por sí mismo un desapego de carácter duradero a la norma; 2. la preparación del mismo acto se encuentra referida también a un estadio previo, y la conducta aquí estipulada como consumada, pertenece únicamente al ámbito de los actos preparatorios.*

*b) La sanción establecida para los tres supuestos es de quince a cuarenta años de prisión y de cuatrocientos a mil doscientos días multa, pese a que la primera fracción es referida a una conducta consumada, y la fracción tercera a meros actos preparatorios, con lo que aparece una ausencia de reducción de la pena con relación al bien jurídico principal. En este caso, dado que no se ha ingresado al ámbito de la tentativa, se trata de una norma de flaqueo que protege condiciones de vigencia de la norma principal, precisamente por ello, se está en el entendido de que la norma principal no ha sufrido una afectación cierta y la proporcionalidad debería atender a la norma de flaqueo.*

*c) Presentados los dos elementos anteriores, se da la restricción de garantías sustantivas (por la misma flexibilización hecha sobre el principio de proporcionalidad de la pena).*

d) *La conducta desplegada por el autor (acordar o preparar) representa por sí misma, por su contenido comunicativo, un desapego duradero a la norma, que pone en riesgo la seguridad cognitiva del resto de gobernados.*

*En otras palabras: el acordar o preparar un acto terrorista impide que el resto de gobernados tenga seguridad cognitiva en que el acto terrorista no se llevara a cabo. Esto es, posiblemente un sujeto después de haber acordado o preparado un acto terrorista no lo lleve a cabo; pero dada la seriedad de la conducta esa seguridad no es suficiente para asumir que la norma principal que señala que ni personas, ni bienes, serán atacados mediante sustancias tóxicas, armas químicas, biológicas, material radioactivo, explosivos, armas de fuego, incendio (conforme a lo prescrito en la fracción primera)- sigue teniendo vigencia.”<sup>69</sup>*

Por lo que hace al Código Federal de Procedimientos Penales básicamente en él se aterrizan y pormenorizan los lineamientos de las normas adjetivas establecidos a nivel Constitucional y previamente enunciadas. Por ello se estima reiterativo abundar al respecto, salvo por el caso de la institución del Arraigo, que para ser ilustrada claramente se expone lo que Claudia Martínez refiere al respecto:

### **Arraigo**

*“La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se*

---

<sup>69</sup> Martínez Álvarez, Claudia. op. cit. pp. 113-115.

*sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”*

*El arraigo era una medida cautelar preexistente a la Reforma Constitucional del sistema de justicia penal, contemplada tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.*

*En el caso del Código Federal de Procedimientos Penales, se trataba de una grave restricción a la libertad personal no únicamente dirigida a casos taxativamente enumerados, sino sometidas a la discrecionalidad del juez bajo una sola premisa: el riesgo fundado de que el imputado se evadiera de la acción de la justicia.*

*(...)*

*A raíz de la aplicación de esas disposiciones surgieron criterios contrarios entre tribunales del Poder Judicial de la Federación acerca de la Constitucionalidad del arraigo:*

*a) La orden de arraigo no afecta la libertad personal sino únicamente la de tránsito.*

*b) La orden de arraigo afecta la libertad personal y la de tránsito.*

*En contradicción de tesis, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció como jurisprudencia que la orden de arraigo afectaba la libertad personal y era susceptible de suspensión.*

*Pero, a pesar de la resolución del máximo tribunal, el arraigo fue incluido con la Reforma Constitucional de 2008, en los siguientes términos:*

*“La principal ventaja que representa este precepto es que se limitan los casos de aplicación a casos de delincuencia organizada –normas excepcionales en casos excepcionales- pero presenta otros cuestionamientos: ¿es efectivamente proporcional el arraigo en los términos en que fue planteado? ¿Resulta razonable someter a un sujeto a una restricción que afecta su libertad personal hasta ochenta días sin tener elementos que acrediten “el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.”*

*Antes mencioné que las normas de Derecho Penal del Enemigo -al igual que las otras normas- establecidas en la Constitución contaban con una presunción fortalecida de Constitucionalidad y legitimidad, pero que dicha presunción no era invencible. En el caso del arraigo, esta presunción resulta controvertible por varias razones:*

*a) La presumible divergencia de opinión entre los poderes de la Unión: el Poder Judicial de la Federación había interpretado que esta figura era violatoria de la garantía de libertad personal, y en respuesta el Poder Legislativo-constituyente permanente optó por implementar el texto a nivel Constitucional. Esto es, si inicialmente el Poder Judicial Federal hubiera considerado la legitimidad del arraigo, pese a no estar expresamente reconocido en la Constitución, la hubiera declarado Constitucional mediante sus resoluciones –vg. El cateo en flagrancia es una restricción no establecida textualmente en la Constitución, ni en la regulación secundaria, pero declarada como respetuosa de garantías individuales.*

*b) Si bien es cierto el arraigo es establecido mediante orden judicial, la restricción opera en un caso en el cual ni siquiera se cuenta con elementos mínimos necesarios para acreditar una vinculación a proceso. La otra restricción de la libertad personal establecida sin haber acreditado un auto de vinculación a proceso es la retención ministerial que opera en un término de horas.*

*c) El fundamento convencional para el arraigo es endeble. Así, en la Convención de Palermo (sobre delincuencia organizada transnacional) se establece específicamente la implementación de “medidas adecuadas” para detener a un sujeto solicitado en extradición si: lo solicita el Estado parte requirente, las circunstancias lo justifican, es una situación de carácter urgente, y así se garantiza la comparecencia del sujeto en el procedimiento de extradición, pero no se establece una figura precisa que dé fundamento al arraigo en casos de delincuencia organizada. En todo caso, habría que remitirse a las reglas de aplicación de la Convención interpretando el artículo 34.3 “Cada Estado parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.”*

*En todo caso, el arraigo se mantendrá como una figura aplicable en los términos que fue establecido en la Constitución, pero ello no obsta para que pueda impugnarse la proporcionalidad de la medida con relación a su motivación y fundamentación.*

*Hasta este punto, se podría calificar el arraigo de norma procesal de Derecho Penal del Enemigo, el cual debe ser aplicado sólo de manera excepcional. Pero, aparece un conflicto sumamente grave cuando la*

*figura pierde su carácter de excepcionalidad y va más allá de las prescripciones Constitucionales.*<sup>70</sup>

### **3.2.2. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFCDO) 1996**

Si bien sea explicado de forma general los cimientos Constitucionales del régimen de Derecho Penal del Enemigo, a continuación se harán algunas reflexiones sobre la ley más importante mediante la cual se aplican los principios Constitucionales reformados en materia de Derecho Penal del Enemigo: la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

#### **Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada**

En marzo de 1996 el Ejecutivo Federal presentó al Congreso de la Unión la iniciativa mediante la cual se crea la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Dicho ordenamiento secundario sería el que pondría en marcha en términos procesales, el régimen de Derecho Penal del Enemigo que creó la anterior reforma a los artículos 16, 21, 22 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la exposición de motivos de dicha ley, el Ejecutivo Federal expone una serie de cuestiones que deben de ser establecidas puntualmente, pues confirman varias afirmaciones que se sustentan en este trabajo, como son que:

1. La organización criminal ha aumentado su nivel de organización, violencia y transnacionalización de sus procesos;
2. La delincuencia ha superado las formas institucionales de control criminal.
3. El Estado ha quedado rezagado ante la potencia de las organizaciones criminales.

---

<sup>70</sup> Ibidem pp. 131-133

Ante ello, el Ejecutivo Federal propuso al Congreso de la Unión una legislación que le permitiera combatir el flagelo que representaba en ese entonces la Delincuencia Organizada a la nación.

De lo anterior podemos identificar que la problemática ya se encontraba plenamente identificada, que el Estado Mexicano no contaba con una estrategia definida para su control y que además, la capacidad estatal estaba superada. La legislación propuesta tendría como objetivo dotar a las instituciones estatales de mejores mecanismos para el combate a la delincuencia organizada, particularmente a los cárteles de drogas.

Esta ley contempla distintos procedimientos y figuras procesales que dotan a la fiscalía federal, de herramientas que permitieran facilitar las investigaciones y consolidar expedientes firmes para una inmediata consignación de los presuntos responsables del delito conocido como *delincuencia organizada*. Dicha legislación además de tipificar el delito de delincuencia organizada, el cual se estudiará dogmáticamente en los siguientes párrafos, contempla entre sus figuras procesales novedosas las siguientes:

- Procedimiento para la intervención de llamadas telefónicas
- Arraigo
- Testigos protegidos
- Agentes encubiertos

### **Tipificación y Descripción de la Conducta “Delincuencia Organizada”**

Del estudio de las crónicas parlamentarias, se logró identificar que la voluntad inicial del Ejecutivo Federal era tipificar el delito *delincuencia organizada* de la siguiente forma:

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:

*I. 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;*

*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.*

Se observa en la anterior descripción, que el tipo “Delincuencia Organizada” resulta peculiar no sólo a lo difuso que pudiera considerarse el daño consecuencia de la acción, sino también a su complejidad dogmática.

Finalmente, el texto vigente, recién reformado en enero de 2009 por el Congreso General para esta conducta es la siguiente:

“Cuando tres o más personas se organicen de hecho 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:

- I. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter; 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; y el previsto en el artículo 424 Bis, todos del Código Penal Federal;
- 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;
- V. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no

tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; asalto, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro, previsto en el artículo 366; tráfico de menores o personas que no tiene capacidad para comprender el significado del hecho, previsto en el artículo 366 Ter, y robo de vehículos, previsto en los artículos 376 Bis y 377 del Código Penal Federal, o en las disposiciones correspondientes de las legislaciones penales Estatales o del Distrito Federal, y

- VI. Trata de personas, previsto y sancionado en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

Para su correcto análisis y desentrañamiento dogmático del tipo se ilustra puntualmente de forma siguiente:

#### **REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.**

Constitucionalmente el artículo 16 contempla que para proceder penalmente en contra de un sujeto es preciso que le anteceda una denuncia o querella.

En la denuncia se agrupan lo que conocemos como delitos que se persiguen de oficio y por ende cualquier persona puede hacer del conocimiento al Ministerio Público de un hecho posiblemente constitutivo como delito.

En sentido contrario la querella exige como característica peculiar que la persona que narre los hechos posiblemente constitutivos de delito sea la víctima u ofendido titular del bien jurídico afectado o bien sus legítimos representantes.

Para poder distinguir que delitos requieren de denuncia y cuáles de querella, existe el método de exclusión bajo el cual si el delito no indica expresamente que requiere querella se entiende que procede la denuncia.

Para el caso de delito de Delincuencia Organizada al no establecer como requisito de procedibilidad a la querrela podemos afirmar que es de persecución oficiosa.

### **SUJETOS DEL DELITO:**

El sujeto activo del delito de delincuencia organizada no tiene una calidad específica, ni legal, ni natural, pero sí numérica, ya que precisamente el tipo penal en estudio exige, para su configuración la concurrencia de tres o más personas.

El sujeto pasivo del delito es la sociedad, pues si bien es cierto con la delincuencia organizada se pueden afectar a personas en lo particular, ya que este delito se crea al estimar que tales conductas afectaban estructuralmente al Estado y a la Sociedad.

### **VERBO NÚCLEO DEL TIPO**

Entendemos la conducta específica o concreta que exige el tipo al sujeto activo, para el delito de delincuencia organizada tenemos que cuenta con un verbo del núcleo rector o primario y un verbo indirecto o secundario.

En el primer verbo que exige la delincuencia organizada es que las tres personas se organicen entendiendo por tal expresión la acción y efecto de dar a las partes de un todo la estructura necesaria para que pueda funcionar.

De manera que esta organización debe tener lineamientos de un organigrama, donde exista una autentica intención de mantener prolongada en el tiempo la agrupación criminal, con una división de funciones y una estructura jerárquica bien definida.

El verbo rector del tipo es organizarse sin embargo al ser la delincuencia organizada un tipo penal complejo que a su vez incorpora muchos tipos penales podemos establecer que el objeto directo del verbo principal es precisamente el

cometer las diversas conductas que contemplan las fracciones del artículo 2 de la ley en estudio.

## **CONDUCTA**

En el delito de delincuencia organizada se describe una conducta positiva o de acción al requerir que los sujetos activos de este delito desplieguen un movimiento corporal objetivamente perceptible, ya que no se concibe que sea físicamente posible ejecutar el verbo de organizarse de una manera pasiva u omisión.

## **ELEMENTOS DEL TIPO**

El tipo penal en estudio tiene elementos objetivos, normativos y subjetivos.

Dentro de los objetivos encontramos los siguientes:

- a) La calidad numérica de los sujetos activos
- b) La circunstancia de modo permanente
- c) La circunstancia de modo reiterada

## **CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**

Atendiendo a la naturaleza del delito que nos ocupa , no es posible que se actualiza alguna causa de justificación de las previstas en las fracciones III, IV, V y VI del Código Penal Federal .

## **CULPABILIDAD**

La culpabilidad para este tipo de delito sólo puede ser dolosa, y ello es así porque el delito en cuestión no se encuentra previsto en los números clausus a que refiere el artículo 60 del Código Penal Federal.

Además de que precisamente al exigir un elemento subjetivo específico no admite la culpa como forma de realización, ya que la delincuencia organizada necesariamente implica que el sujeto que despliega la conducta tenga un

conocimiento claro de las circunstancias objetivas que rodean al hecho y aun así quiera o desee su realización.

## **BIEN JURÍDICO TUTELADO**

El bien jurídico que tutela dicha disposición, no es el mismo que protege cada una de las conductas determinadas en las fracciones que forman parte del propio tipo. Es decir, el tipo “Delincuencia organizada” no tutela la libertad de las personas que protege el tipo “Tráfico de personas” o la estabilidad económica del país, que tutela el tipo penal “falsificación o alteración de moneda”. En realidad el bien jurídico que protege el tipo en comento, es la amenaza a la seguridad y paz públicas.

## **DELITO DE DAÑO O PELIGRO**

El tipo penal no castiga un daño concretado, sino una amenaza de orden contingente, es decir, penaliza la potencialidad de que ocurra una conducta ilícita con posible afectación de la esfera pública.

En otras palabras, el tipo delincuencia organizada sanciona una conducta (...se organicen...) que pudiera, o no pudiera, dar origen a una segunda conducta antijurídica; de ahí que el tipo delincuencia organizada sea considerado un tipo de conducta contingente. Algunos destacados estudiosos del tema consideran que esta tipificación amenaza el principio de legalidad, al castigar lo que se es, se piensa o comunica, y no lo que se hace.<sup>71</sup>

## **DELITO COMPUESTO O SIMPLE**

El tipo es de carácter compuesto o complejo, ya que el legislador ha aunado dos delitos independientes, los que conservan sus propias características, dentro de una nueva unidad donde se define una figura más grave a los efectos punitivos

## **PLURISUBJETIVO O UNISUBJETIVO**

---

<sup>71</sup> Luigi Ferrajoli. El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del derecho penal, Roma, 2006, p. 13.

El delito analizado es plurisubjetivo, pues requiere que tres o más personas se organicen para realizar, en forma “permanente o reiterada”, conductas específicas.

### **ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL**

El delito de Delincuencia Organizada tiene un ámbito espacial de validez limitado a todo el territorio nacional. Su fuero es el Federal, aunque puede concursar con conductas tipificadas en el orden local, tal y como es la trata de personas, el secuestro, y corrupción de menores.

### **ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL**

Como toda norma penal, la aplicación del delito Delincuencia organizada solo puede recaer en persona mayor de 18 años, sin embargo, es menester indicar que la iniciativa del Ejecutivo Federal pretendía disminuir la edad de aplicación de la norma penal especial a 16 años, esto vulnerando los tratados internacionales de Derechos Humanos especializados en la protección a la niñez de los que México forma parte.

### **PUNIBILIDAD**

De acuerdo con el artículo 5 de la citada Ley, las penas que serán impuestas a los que cometan el tipo “Delincuencia organizada” irán de ocho a dieciséis años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa, así como el decomiso de los objetos, instrumentos o productos del delito, a los miembros de la organización delictiva que tengan facultades de decisión. Por cuanto a los “miembros de dicha organización, que no tengan facultades de decisión, así como a los colaboradores de la delincuencia organizada, se les impondrá hasta una mitad de las penas de prisión y multa señaladas” anteriormente.

Como se observa, existe una punibilidad diferenciada entre aquellos sujetos considerados miembros con capacidad de decisión, y aquellos que carezcan de ella.

Con lo anterior queda reflejado en el ámbito temporal, como durante la década de 1990 el orden penal mexicano se fue gestando y trasladando hacia un modelo que coincide con la descripción de Derecho Penal del Enemigo.

Dicho lo anterior, se procederá a referir la reforma Constitucional mediante la cual se consolida en el ámbito legal nacional un régimen que desde la norma fundamental identifica al enemigo del Derecho Penal, creando para este una serie de normas con las que se minimiza

### 3.2.3. **Ley de la Policía Federal (2009)**

Su finalidad es que la nueva Policía Federal responda a las necesidades técnicas, logísticas y operativas que la actual situación demanda.

El pleno de la Cámara de Diputados aprobó el dictamen que expide la Ley de la Policía Federal, corporación que asumirá las responsabilidades que por disposición Constitucional corresponde a la federación en la materia.

En el marco de la sesión ordinaria en San Lázaro se aprobó en lo general con 303 votos en favor, 13 en contra y dos abstenciones la nueva ley que pretende actualizar el marco legal y transformar a la Policía Federal Preventiva para constituir la Policía Federal.

El objetivo es modernizar el sistema policiaco mexicano y que la nueva Policía Federal responda a las necesidades técnicas, logísticas y operativas que la actual situación demanda, con una línea de mando precisa y competencias delimitadas.

La nueva ley permite la utilización de agentes policiales sin uniforme en los casos en que lo amerite alguna investigación, además de que establece llevar a cabo operaciones encubiertas y de usuarios simulados para la prevención de delitos.

En ese escenario, la Policía Federal podrá actuar en recintos fiscales, aduanas, secciones aduaneras, garitas o puntos de revisión aduaneros, en coordinación con las autoridades responsables en materia fiscal o de migración.

A las bases de datos criminalísticos y de personal de la Secretaría y del Sistema Nacional de Información de Seguridad Pública se incorporará la información que pueda ser útil en la investigación de los delitos y utilizará su contenido para el desempeño de sus atribuciones.

También se faculta a la Policía Federal para que pueda solicitar a las disposiciones jurídicas de los tres órdenes de gobierno la información que requiera en términos de confidencialidad, por lo que se podrá utilizar información satelital de los concesionarios de las empresas telefónicas para localizar a sospechosos y prevenir delitos.

Del mismo modo la corporación realizará acciones de vigilancia, identificación, monitoreo y rastreo en la Red Pública de Internet sobre sitios web con el fin de prevenir conductas delictivas.

En los argumentos se enuncia que esta ley establece una nueva cultura y concepción de la seguridad para los ciudadanos, que a su vez dota de mayores atribuciones a las instituciones policiales, encaminadas a que éstas colmen con mejores métodos y técnicas las funciones de prevención, investigación y combate de los delitos.

"La ley establece principios básicos acerca de los requerimientos para ser policía federal, su forma de retiro, el control de su acreditación, su constante certificación"

#### **3.2.4. Ley Federal de Extinción de Dominio**

Procederá la acción de extinción de dominio cuando exista la presunción de que los bienes son de procedencia ilícita, o que están relacionados con la comisión

de delitos contra la salud, delincuencia organizada, secuestro, robo de vehículos o trata de personas, “aun cuando no se haya determinado responsabilidad penal”

El propio MPF podrá desistir de la acción de extinción de dominio en cualquier momento, antes de que se dicte sentencia firme, en los términos que determine el procurador General de la República o el servidor público en quien delegue la facultad.

El MPF tendrá la facultad de recabar pruebas sobre la existencia de elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió, y de asegurar los bienes materia de la acción cuando exista peligro de menoscabo, pérdida, sustracción o destrucción.

El MPF podrá solicitar información a particulares y “ofrecer recompensa a quienes auxilien de manera eficaz en la identificación y localización de bienes que puedan ser materia de la acción de extinción de dominio o informen sobre la vinculación de los bienes con quien se ostenta o se conduce como dueño”

El proyecto, que tiene su origen en una iniciativa enviada por el presidente Felipe Calderón, una presentada por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y otra por el Partido de la Revolución Democrática (PRD), advierte que la acción de extinción de dominio se aplicará sobre los bienes “que sean instrumento, objeto o producto del delito”.

También sobre aquellos que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito; los que hayan sido utilizados por terceros, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó o no hizo algo para impedirlo y los que estén intitulados a nombre de terceros pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delincuencia organizada o delitos patrimoniales

El Poder Judicial de la Federación contará con jueces especializados en extinción de dominio, los cuales podrán imponer medidas cautelares como el aseguramiento de los bienes y el embargo precautorio de los mismos.<sup>72</sup>

La Ley Federal de Extinción de Dominio, alentada por el Gobierno como uno de los instrumentos más necesarios para combatir a la Delincuencia Organizada

La Procuraduría General de la República (PGR) podrá, por primera vez, presentar demandas civiles para quedarse con bienes propiedad de la delincuencia o utilizados por ésta, sin tener que esperar al resultado del juicio penal contra los acusados.

"Todas las cosas materiales que no estén excluidas del comercio, ya sean muebles o inmuebles, y todo aquel derecho real o personal, sus objetos, frutos y productos, susceptibles de apropiación", es como la ley define a los bienes sobre los que se podrá ejercer la acción de extinción.

La extinción sólo aplicará para bienes relacionados con narcotráfico, secuestro, robo de vehículos y trata de personas

La ley determina que el valor de los bienes que se declaren extintos en favor del Estado será utilizado, en primer término, para reparación del daño a las víctimas del delito, o para pago a posibles acreedores a los que se ofrecieron los bienes como garantía.

Los recursos que no se destinen a los fines anteriores irán a un fondo con carácter de fideicomiso público coordinado por la Procuraduría General de la República (P.G.R.)

### **3.3. Jurisprudencia y tesis del Poder Judicial de la Federación (PJF)**

---

<sup>72</sup> <http://mediosenmexico.blogspot.com/2009/02/dictamina-senado-ley-federal-de.html> [fecha de consulta 23/10/2011]

Abundando sobre aspectos relacionados a las normas de Derecho Penal del Enemigo la Suprema Corte de Justicia de la Nación subraya que la delincuencia organizada debe probarse con meridiana claridad, por lo que hace al lapso en que el acusado perteneció a esa organización delictiva, y con ello satisfacer los requisitos del artículo 19 Constitucional como lo ha referido ya jurisprudencialmente el poder Judicial de la Federación como se lee a continuación:

**Registro No. 178207**

**Localización:** Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXI, Junio de 2005

Página: 797

Tesis: II.2o.P.173 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

**DELINCUENCIA ORGANIZADA. TRATÁNDOSE DE ESTE DELITO DE NATURALEZA PERMANENTE LA UBICACIÓN DEL ACTO DELICTIVO EN CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR QUE EXIGE EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SE SATISFACE MOTIVANDO LA TEMPORALIDAD DE LA PERTENENCIA DEL SUJETO ACTIVO A LA AGRUPACIÓN.**

Para cumplir cabalmente con el artículo 19 Constitucional, en cuanto a la exigencia de ubicación del acto delictivo en circunstancias de modo, tiempo y lugar, es evidente que debe atenderse a la naturaleza del delito de que se trata, y si bien es cierto que tratándose de un delito permanente o de tracto sucesivo, como podría clasificarse el llamado "contra la delincuencia organizada", no habrá de buscarse una fecha exacta o lugar único de consumación, como puede esperarse en los instantáneos, ello no significa que la autoridad judicial esté exenta de dicha obligación, pues respecto de dichos ilícitos de naturaleza permanente, esas circunstancias deben destacarse resaltando la temporalidad y peculiaridad de cada uno de los actos que se estiman significativos para probar, en su caso, esa existencia y continuidad de ejercicio del comportamiento de efectos permanentes que constituyen el hecho reprochable. Así, tratándose del delito previsto en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la exigencia Constitucional en comento, debe satisfacerse motivadamente, señalando los actos concretos de intervención del indiciado de que se trate, conforme a las circunstancias espacio temporales de verificación y dentro del ámbito de validez temporal de la ley respectiva y las pruebas en que tal afirmación se sustente; es decir, debe ubicarse la temporalidad de la pertenencia a la agrupación utilizando para ello la cita de los actos concretos de intervención conforme a los fines de la agrupación de las que sí se debe precisar suficientemente

circunstancias espacio temporales, mas no porque fuesen dichos actos el objeto de reproche, sino como parámetro o referencia útil para constatar la pertenencia al grupo que es lo que verdaderamente constituye el núcleo típico del delito de que se trata.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 214/2004. 18 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendain Carrillo.

**Registro No.** 182666

**Localización:** Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Diciembre de 2003

Página: 1376

Tesis: II.2o.P.118 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

**DELINCUENCIA ORGANIZADA. CUANDO CONCORRE ALTERNATIVAMENTE CON UN DELITO ESPECÍFICO, PARA CUMPLIR CON LA DEBIDA MOTIVACIÓN QUE EXIGE EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES NECESARIO DEMOSTRAR QUE LOS SUJETOS ACTIVOS SABÍAN DE SU CONFIGURACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FINALIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).**

Cuando en un hecho delictivo concreto participen diversos sujetos activos, en términos de alguna o varias de las formas previstas por el artículo 11 del Código Penal para el Estado de México, y alternativamente se considere que existe delincuencia organizada como delito autónomo, a fin de satisfacer la garantía Constitucional referente a una adecuada motivación a que alude el primer párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con independencia de la comprobación del delito específico que resulte, es menester acreditar la intención de los sujetos (tres o más) de organizarse de manera permanente o reiterada con el propósito abstracto de cometer delitos y en cada uno la pertenencia voluntaria en esa agrupación, es decir, debe demostrarse que sabían que la configuración y organización de sus asociados era el fin de delinquir, y que su intención fue formar parte de ésta (ya sea habitual u ocasionalmente) compartiendo su finalidad, esto es, que estaban dispuestos a participar en delitos aún no determinados específicamente, pues se trata de un delito doloso por excelencia y de peligro abstracto.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO

CIRCUITO.

Amparo directo 231/2003. 11 de septiembre de 2003. Unanimidad de votos.  
Ponente: Arturo García Torres. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.

**Registro No. 174276**

**Localización: Novena Época**

**Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXIV, Septiembre de 2006**

**Página: 1194**

**Tesis: II.2o.P. J/22**

**Jurisprudencia**

**Materia(s): Penal**

**DELINCUENCIA ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE.**

Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza 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 que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "de resultado anticipado o cortado" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 289/2002. 14 de febrero de 2003. Unanimidad de votos.  
Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendain Carrillo.

**Amparo en revisión 297/2004. 21 de abril de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Enrique Martínez Guzmán.**

**Amparo directo 173/2005. 7 de noviembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretario: Jaime Salvador Reyna Anaya.**

**Amparo directo 230/2005. 27 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.**

**Amparo directo 259/2005. 27 de marzo de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baráibar Constantino. Secretario: Julio César Ramírez Carreón.**

**Nota: Por ejecutoria de fecha 8 de octubre de 2008, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 106/2006-PS en que participó el presente criterio.**

**Registro No. 178207**

**Localización:** Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XXI, Junio de 2005

Página: 797

Tesis: II.2o.P.173 P

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

#### **DELINCUENCIA ORGANIZADA.**

**TRATÁNDOSE DE ESTE DELITO DE NATURALEZA PERMANENTE LA UBICACIÓN DEL ACTO DELICTIVO EN CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR QUE EXIGE EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, SE SATISFACE MOTIVANDO LA TEMPORALIDAD DE LA PERTENENCIA DEL SUJETO ACTIVO A LA AGRUPACIÓN.**

Para cumplir cabalmente con el artículo 19 Constitucional, en cuanto a la exigencia de ubicación del acto delictivo en circunstancias de modo, tiempo y lugar, es evidente que debe atenderse a la naturaleza del delito de que se trata, y si bien es cierto que tratándose de un delito permanente o de tracto sucesivo, como podría clasificarse el llamado "contra la delincuencia organizada", no habrá de buscarse una fecha exacta o lugar único de consumación, como puede esperarse en los instantáneos, ello no significa que la autoridad judicial esté exenta de dicha obligación, pues respecto de dichos ilícitos de naturaleza permanente, esas circunstancias deben destacarse resaltando la temporalidad y peculiaridad de cada uno de los actos que se estiman

significativos para probar, en su caso, esa existencia y continuidad de ejercicio del comportamiento de efectos permanentes que constituyen el hecho reprobable. Así, tratándose del delito previsto en el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la exigencia Constitucional en comento, debe satisfacerse motivadamente, señalando los actos concretos de intervención del indiciado de que se trate, conforme a las circunstancias espacio temporales de verificación y dentro del ámbito de validez temporal de la ley respectiva y las pruebas en que tal afirmación se sustente; es decir, debe ubicarse la temporalidad de la pertenencia a la agrupación utilizando para ello la cita de los actos concretos de intervención conforme a los fines de la agrupación de las que sí se debe precisar suficientemente circunstancias espacio temporales, mas no porque fuesen dichos actos el objeto de reproche, sino como parámetro o referencia útil para constatar la pertenencia al grupo que es lo que verdaderamente constituye el núcleo típico del delito de que se trata.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 214/2004. 18 de marzo de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Fernando Horacio Orendain Carrillo.

**Registro No.** 179616

**Localización:** Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXI, Enero de 2005

Página: 412

Tesis: 1a. CLXVIII/2004

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

### **DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 2o. DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, ES AUTÓNOMO CON RESPECTO AL DE ASOCIACIÓN DELICTUOSA CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL.**

De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del Código Penal Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el

delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido de que: "... serán sancionadas por ese solo hecho ...", excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa.

Amparo en revisión 1212/2004. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

**Registro No.** 181155

**Localización:** Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
XX, Julio de 2004

Página: 193

Tesis: 1a. LXXIX/2004

Tesis Aislada

Materia(s): Penal

**DELINCUENCIA ORGANIZADA. REDUCCIÓN DE LA PENA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 35, FRACCIÓN II, DE LA LEY RELATIVA. APLICACIÓN EXCLUSIVA DE DICHO BENEFICIO.**

El artículo 35, fracción II, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece que se podrá reducir la pena que le correspondería al miembro de la delincuencia organizada que aporte indicios en la averiguación previa en la que esté implicado, que sirvan para la consignación de otros de sus miembros. Esta disposición resulta aplicable en el momento en que se realice la individualización de sanciones, y se tomen en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes, así como los beneficios procedentes, entre los cuales se encuentra el beneficio de la reducción de la pena hasta en dos terceras partes, que establece el numeral citado. Por lo que dicho beneficio sólo puede ser aplicado a quien se ubique en la hipótesis jurídica prevista, y no puede tener aplicación a otras personas aunque pudieran llegar a resentir algún perjuicio en razón de los indicios aportados.

Amparo directo en revisión 851/2002. 14 de enero de 2004. Mayoría de tres votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Disidente y Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretarías: Carmina Cortés Rodríguez y Guadalupe Robles Denetro.

**Registro No.** 191268

**Localización:**

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XII, Septiembre de 2000

Página: 682

Tesis: I.2o.P. J/12

Jurisprudencia

Materia(s): Penal

**PRUEBAS. SU VALORACIÓN EN DELITOS PREVISTOS EN LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.**

De la lectura de los artículos 40 y 41 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se observan normas específicas de valoración de pruebas que, aun cuando por un lado, al igual que en el Código Federal de Procedimientos Penales, contienen la conocida prueba circunstancial y por otro, otorgan amplio arbitrio al juzgador para justipreciarlas; sin embargo, en los casos descritos en la legislación citada en primer término, los tribunales de instancia están jurídicamente obligados a fundamentar sus determinaciones en aquellas reglas de valoración predeterminadas, precisamente porque la ley que rige el acto las distingue para ese fin, sin perjuicio de que, considerándose el amplio arbitrio que los preceptos referidos conceden al juzgador para la evaluación de pruebas, también soporten su decisión en los dispositivos del código adjetivo mencionado, pero siempre fundando esta valoración en las reglas especiales en comentario; luego, si el tribunal responsable realizó la justipreciación de los datos de convicción que forman el proceso penal, a la luz de la regulación general de valoración de pruebas comprendida en el Código Federal de Procedimientos Penales, sin remitirse a dichas normas contenidas en la ley especial de referencia, entonces la sentencia reclamada carece de la debida fundamentación, sin que ello se traduzca en inexacta aplicación de la ley, porque se trata de normas procesales y no sustantivas.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo directo 1418/99. 12 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Gabriela González Lozano.

Amparo directo 1422/99. 12 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Gabriela González Lozano.

Amparo directo 1426/99. 12 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Gabriela González Lozano.

Amparo directo 1430/99. 12 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Gabriela González Lozano.

Amparo directo 1462/99. 12 de julio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz. Secretaria: Gabriela González Lozano.

## Capítulo IV

### 4.1 Alternativas Normativas

A lo largo del presente estudio se ha dado cuenta de forma sumaria y puntual la penetración que ha tenido en el derecho positivo mexicano las normas pertenecientes al Derecho Penal del Enemigo. En consecuencia México no ha escapado de lo que para juicio de algunos es el resurgimiento del punitivismo de las sociedades posindustriales. Lo anterior con la inherente disminución del garantismo penal, “la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de las garantías político criminales, sustantivas y procesales particularmente motivado por la lucha contra la criminalidad organizada.”<sup>73</sup>

Frente a esto se advierte la grave ausencia de disposiciones jurídicas que alienten la imperiosa necesidad de emprender políticas públicas para la prevención social de la violencia.

Ya que como bien dice la Maestra Contreras, la permanente tendencia hacia el tratamiento del fenómeno de la inseguridad y consecuentemente su regulación jurídica enfocado hacia solo uno de sus componentes, y enfatizado al aspecto punitivo habla de un paradigma no superado dentro de nuestra región, donde casualmente, el “enemigo” es el mismo.

*“La respuesta de los Estados latinoamericanos enfocado a lo policial sugiere que existe poca conciencia de que los problemas de seguridad deben tratarse como temas políticos, complejos e integrales. En donde se considere la prevención, la represión e investigación, así como el procesamiento y, por supuesto, la ejecución y rehabilitación. Ello, en México, está formalmente contemplado, el problema es que en la realidad se trabaja sobre todo la parte central*

---

<sup>73</sup> Silva Sánchez, Jesús *op. cit.*, nota 17, pp 81-82.

*del proceso, descuidado lo que, en mi opinión, es sustancial: la prevención y el sistema de consecuencias penales porque a la hora de revisar los repartos presupuestales nos damos cuenta que la prevención ni siquiera figura entre ellos.”<sup>74</sup>*

En el presente Capítulo, mismo que constituye la parte propositiva de la presente tesis, postulo lo que a mi juicio puede resumirse de forma muy puntual bajo los siguientes argumentos previamente acreditados en la presente tesis:

- México ha seguido una tendencia legislativa en el ámbito penal y de la seguridad pública reactivo punitiva; (y en consecuencia )
- No se ha articulado normativamente una estrategia de Prevención Social de la Violencia.

### **México en guerra**

En la administración pública del gobierno federal comprendida en el periodo 2006-2012 encabezada por el Licenciado Felipe Calderón Hinojosa se le ha “declarado la guerra” al narcotráfico, prueba de ellos son las reiteradas y múltiples declaraciones que el titular del Poder Ejecutivo Federal ha vertido en los medios de comunicación, para muestra:

*“Les estamos pegando y les estamos pegando duro (...)*

*“[...] Uno de los cambios más importantes que está viviendo México es nuestro compromiso de establecer firmemente el Estado de Derecho. Por eso, estamos desplegando toda la fuerza del Estado para hacer **frente al crimen organizado con determinación y coraje.***

---

<sup>74</sup> Contreras López, Rebeca Elizabeth (2006), “Los retos de la política criminal en México” en Los retos del derecho en el México de hoy, Universidad michoana de San Nicolás de Hidalgo, Universidad Veracruzana, Gobierno del Estado de Michoacán, México, 39 a 61.

*Permítanme ser claro, esta lucha no es solo ni principalmente para detener el tráfico de drogas. El objetivo primordial es garantizar la **seguridad de las familias mexicanas quienes se encuentran bajo amenaza de los abusos y los actos perversos de los criminales.***

*Como le dije al pueblo de México en mi discurso inaugural, **restablecer la seguridad pública** no será una tarea sencilla o rápida. Costará tiempo y dinero, y lamentablemente, a nuestro gran pesar, costará también vidas humanas. Esta es una batalla que tiene que ser peleada, porque lo que está en juego es el futuro de nuestras familias. Pero, les dije, pueden estar seguros de una cosa: es una batalla que unidos los mexicanos vamos a ganar.*

...]<sup>75</sup>

Con lo anterior se acredita que el modelo de seguridad pública emprendido por la administración pública actual ha sido el reactivo –punitivo, y pese a que una determinación como esa que es tomada por el Ejecutivo Federal pareciera sólo puede abarcar el ámbito de la seguridad pública, y en consecuencia acciones formales y materialmente administrativas, estas han alcanzado al Poder Legislativo al respaldar los integrantes del Congreso afines al presidente en turno las iniciativas referentes a este tópico, o inclusive al emprenderlas o iniciarlas en el seno de cualquiera de las dos Cámaras los miembros del partido que actualmente ejerce el poder a nivel federal.

Lo anterior genera las condiciones idóneas para fortalecer la tendencia del Derecho Penal del Enemigo, pero sobre todo para legitimarla e incrementar las normas pertenecientes a dicha corriente, ello en perjuicio del garantismo y del Derecho Penal Liberal.

---

<sup>75</sup> [www.terra.com.mx/noticias/articulo](http://www.terra.com.mx/noticias/articulo) [fecha de consulta 23/10/2011]

Al declarar a “México en guerra contra el narcotráfico” invariablemente introduce el concepto de “enemigo” al Derecho Penal, toda vez que el término “guerra” y “enemigo” guardan una correlación estrechamente unificada en el contexto del Derecho de Guerra donde básicamente *“dentro de ciertas condiciones y en un contexto de guerra, es legal matar al enemigo.”*<sup>76</sup>

Al respecto el Maestro Zaffaroni apunta:

*“... en el plano de la teoría política resulta intolerable la categoría jurídica de enemigo o extraño en el derecho ordinario (penal o de cualquier otra rama) de un Estado Constitucional de derecho, que solo puede admitirlo en las previsiones de su derecho de guerra y con las limitaciones que a este le impone el derecho internacional de los derechos humanos en su rama de derecho humanitario (legislación de ginebra), habida cuenta que ni siquiera éste priva al enemigo bélico de la condición de persona.”*<sup>77</sup>

El Doctor Jakobs refiere:

*“Dicho de otro modo: quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos “guerra” y “proceso penal”.*<sup>78</sup>

*“El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el Derecho Penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros a ser una reacción contra un enemigo. Esto no ha de implicar que todo esté permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca*

---

<sup>76</sup> [http://www.envozalta.org/B\\_-DERECHO\\_DE\\_PAZ\\_Y\\_DE\\_GUERRA\\_2\\_.pdf](http://www.envozalta.org/B_-DERECHO_DE_PAZ_Y_DE_GUERRA_2_.pdf) [fecha de consulta 23/10/11]

<sup>77</sup> Zaffaroni, E. (2007) *El enemigo en el derecho penal*. México, Df. Ediciones coyoacán. P. 13

<sup>78</sup> Jakobs/Cancio (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid, España. Cuadernos Civitas. p. 42.

*una personalidad potencial, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario. Sin duda, esto permite todavía mucho más que en la legítima defensa, en la cual la defensa necesaria sólo puede ser reacción frente a una agresión actual, mientras que en el Derecho Penal de Enemigos (...) se trata de la defensa también frente a las agresiones futuras”.*<sup>79</sup>

*Günther Jakobs en La Ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente.*

Efectivamente como lo indica el Licenciado Felipe Calderón Hinojosa se acreditan un significativo incremento en las averiguaciones previas por el delito de delincuencia organizada, mayoritariamente en el último par de años.

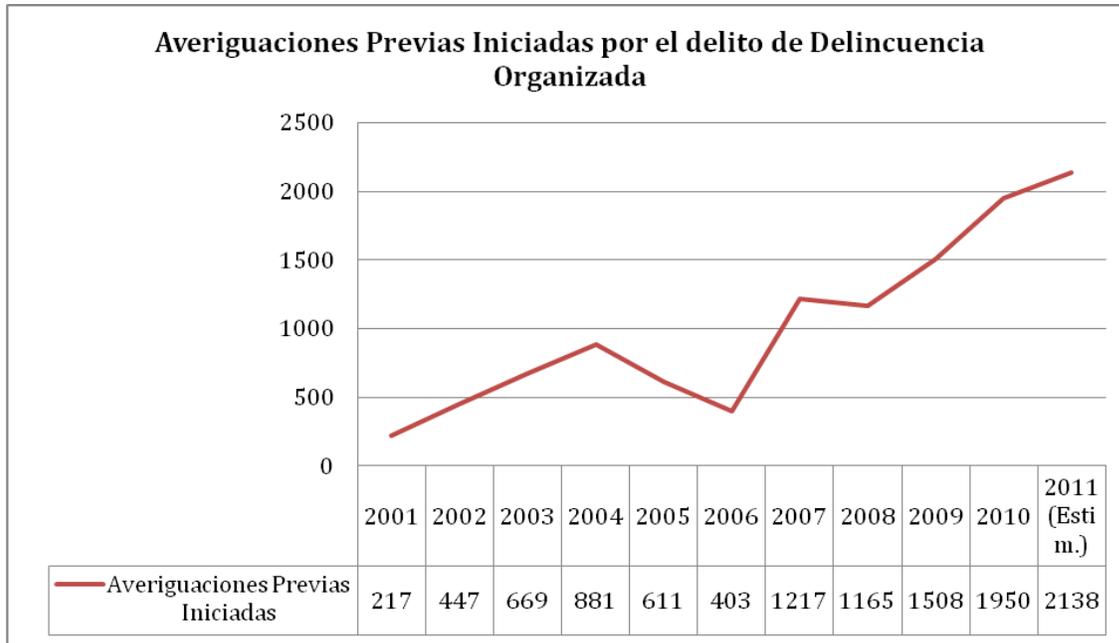
Aunque no existe registro sobre la incidencia de dicho delito para los años 1997, 1998, 1999 y 2000, periodos en que la LFCDO ya se encontraba en operación. Durante el periodo 2001-2004, lapso que coincide con los primeros años del gobierno del ex presidente Vicente Fox, se registró un crecimiento importante en el número de averiguaciones previas al pasar de 217 a 881, es decir hubo un aumento real de 306%. Sin embargo, en el periodo comprendido entre 2005-2006, últimos dos años de su mandato, se registró una disminución significativa en las averiguaciones previas iniciadas por el delito mencionado, para llegar a 403.

Al 2007, primer año del gobierno del presidente Felipe Calderón, se puede observar un crecimiento importante en las Averiguaciones Previas iniciadas pues estas totalizaron en 1217. Al 2010 se reporta un crecimiento sostenido en el número de averiguaciones previas por el delito de Delincuencia Organizada, que totalizan en 1950.

---

<sup>79</sup> Idem

“En términos porcentuales, durante los primeros cinco años del gobierno del presidente Calderón se observó un crecimiento real de 219% en las AP iniciadas por el delito de delincuencia organizada. De lo anterior da cuenta la siguiente gráfica”<sup>80</sup>:



Como su nombre lo indica la presente tesis analiza el Derecho Penal del Enemigo a la luz del Derecho Positivo Mexicano y por ello no profundizo ni pretendo hacerlo en materia de seguridad pública, sin embargo es imprescindible por lo menos tocar superficialmente este aspecto bajo la convicción de que es la seguridad pública la causa y factor determinante para emprender la llamada guerra contra el narcotráfico y así crear las condiciones políticas necesarias para la penetración del Derecho Penal del Enemigo en México. Por lo anterior vale la pena el mostrar que tan efectiva ha sido la estrategia y que esta no ha logrado su acometido, es decir, generar seguridad pública.

<sup>80</sup> Fuente: Centro Nacional de Información, Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Incidencia delictiva del fuero federal*, reporte actualizado al 15 de septiembre de 2011. [http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/es/SecretariadoEjecutivo/Incidencia\\_Delictiva\\_Nacional\\_fuero\\_federal](http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/es/SecretariadoEjecutivo/Incidencia_Delictiva_Nacional_fuero_federal). Tabla y gráfico: Elaboración propia.[fecha de consulta 23/10/11]

Sobre la percepción de la seguridad pública el Instituto Nacional de Estadística y Geografía indica:

Concepto	Agosto		Variación % anual
	2010	2011	
<b>Índice de Percepción sobre la Seguridad Pública</b>	<b>96.1</b>	<b>98.8</b>	<b>2.9</b>
• Seguridad personal en la actualidad respecto a hace 12 meses.	94.1	95.9	2.0
• Seguridad personal esperada dentro de 12 meses, respecto a la actual.	100.1	102.7	2.6
• Seguridad pública en el país hoy en día, comparada con la que se tenía hace 12 meses.	93.8	100.3	7.0
• Seguridad pública en el país dentro de 12 meses, respecto a la situación actual.	97.3	99.4	2.1
• Grado de confianza del entrevistado al caminar solo por el rumbo donde vive entre las 4 y las 7 de la tarde.	95.2	95.9	0.7 <sup>81</sup>

Como se observa, se ha incrementado en el 2011 la percepción de inseguridad por parte de la ciudadanía a pesar de aumentar también significativamente las averiguaciones previas del ministerio público de la federación como consecuencia de la “guerra contra el narco”. Lo anterior nos lleva a una preliminar conclusión consistente en que la estrategia empleada por el Gobierno Federal, que comprenden la aplicación y el impulso de las normas de Derecho Penal del Enemigo, arroja resultados negativos. En concreto, la estrategia reactiva punitiva, ha generado mayor violencia y mayor percepción de inseguridad pública en nuestro país.

Sobre el mismo tema refiere atinadamente el experto investigador Eduardo Guerrero:

*Comúnmente, la estrategia punitiva, al buscar castigar al mayor número de criminales, propicia una impunidad generalizada debido a*

<sup>81</sup> Fuente: INEGI. Encuesta Continua sobre la Percepción de la Seguridad Pública (ECOSEP). Índice de Percepción sobre la Seguridad Pública y sus Componentes (Índices: abril de 2009=100)

*“la dispersión de sus limitadas capacidades y recursos en los ámbitos judicial y de procuración de justicia”.<sup>82</sup>*

*Y sobre alternativas eficaces a las estrategias eminentemente punitivas con maestría apunta Contreras:*

*“Es importante no pasar por alto que los mecanismos punitivos y estrictamente policiales no son los únicos aptos para enfrentar estos problemas, ya que existen diversos ámbitos de solución de conflictos:*

*(...)*

*b) Un ámbito político, en el cual el gobierno es quien promueve la solución de conflictos pero sin utilizar mecanismos represivos.*

*...<sup>83</sup>*

En un segundo plano argumentativo y bajo la lógica que se estructuró en el inicio del presente capítulo es notorio que en contraste al vasto cuerpo normativo del Derecho Penal del Enemigo en México no se ha articulado en nuestro país una estrategia normativa que permita prevenir la violencia y las conductas antisociales con políticas públicas integrales, transversales que analicen e intervengan la multicausalidad de la incidencia delictiva.

Lo anterior también con la finalidad de emprender paralela y complementariamente al cúmulo de ordenamientos de Derecho Penal del Enemigo, la implementación de los fundamentos jurídicos indispensables para que los tres ordenes de gobierno no se enfoquen única y eminentemente al aspecto reactivo-punitivo, sino también con el mismo impulso y bases al preventivo particularmente en su aspecto social.

---

<sup>82</sup> Guerrero, E. (2011) *La raíz de la violencia*. Nexos, 402, 30-45

<sup>83</sup> CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth (2006), *“Tendencias legislativas en materia de seguridad y justicia en México”* en Conferencia Sub Regional de Defensa y Seguridad Panamá, julio 28 al 1 de agosto, 2008, p.6.

Abundando en este aspecto es imprescindible advertir que con motivo de la reciente realización de un foro de discusión sobre seguridad y justicia en democracia convocado y organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado del 6 al 10 de junio del presente año, se estableció una relatoría de las exposiciones de 88 especialistas en dieciocho mesas redondas nacionales e internacionales , quedando plasmadas en el documento **“Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia”** diversas propuestas producto de dicho foro:

#### **4.4.1 Los Principios de la Política de Prevención.**

*Es necesario emprender el camino de la seguridad, la convivencia y la cohesión social, reiterando la urgencia del establecimiento de una política integral y progresista de la prevención. Esto es, que busque darle el debido peso y colocar en su justa dimensión cada uno de los enfoques que deberían de componerla:*

- *El empleo de la fuerza pública, con apego absoluto al Estado Constitucional democrático de derecho, debe estar presente como un instrumento indispensable de la lucha contra la delincuencia, especialmente la delincuencia organizada.*
- *El enfoque del desarrollo humano, en tanto que coloca en el centro de su atención a toda víctima real o potencial de cualquier acto delictivo, en lo particular, y que de manera más amplia busca la protección de las libertades básicas contra los riesgos graves y previsibles que las amenazan. Es decir, debe procurarse aumentar la seguridad humana y ciudadana de las personas.*

- *El enfoque de la prevención social de la violencia y la delincuencia que busca promover la generación de una cultura de la prevención para incidir sobre los contextos de riesgo –sociales, económicos, demográficos, urbanos y jurídicos— que propician o agravan la violencia y la actividad delictiva. En dichos contextos se pretende que la prevención contribuya a modificar la estructura de comportamientos de la sociedad, así como los valores culturales, donde en especial se promueve un ejercicio proactivo de la ciudadanía en la generación de entornos equitativos, habitables, seguros y libres de violencia.”*

Lo que sin duda alguna constituye un sustento teórico por parte de los principales expertos del mundo sobre la materia, ratificando así la imperiosa necesidad de establecer políticas públicas progresistas e integrales en materia de prevención.

Motivado por el argumento vertido en el párrafo anterior, pero antes de que se diera dicho foro, el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública a través de su Centro Nacional de Prevención Del Delito y Participación Ciudadana diseñó el documento *“Lineamientos de la Política de Prevención Social de la Violencia, la Delincuencia y la Participación Ciudadana”* que en su carácter de acuerdo del Sistema Nacional de Seguridad Pública fue publicado en el Diario Oficial de la Federación 26 de Enero de 2011.

En su apartado **“La prevención que se necesita”** refiere brevemente:

*“Frente a ello se requiere: Intervención social integral y coordinada que busque anticiparse, detectar y disminuir los factores y las dinámicas sociales, económicas y culturales que detonan contextos de violencia e inseguridad y disminuir el riesgo de que ocurran. A través de:*

- *Fortalecer la cohesión social y los lazos de solidaridad.*

- *Incrementar las capacidades de las personas y comunidades para hacer frente a contextos adversos (resiliencia).*
- *Restablecer la confianza en las instituciones y entre los ciudadanos.*
- *Promover la corresponsabilidad entre autoridades y ciudadanos (coproducción de seguridad).*
- *Mejorar la percepción social de seguridad.*
- *Reducir riesgos e impactos negativos: económicos, sociales y culturales.*<sup>84</sup>

A juicio del suscrito éste esfuerzo es insuficiente, ya que debe implementarse por lo menos una ley de carácter general que delimite y establezca los elementos y lineamientos indispensables para los tres órdenes de gobierno sobre la prevención social de la violencia, pero sobre todo que garantice su cumplimiento efectivo.

Mientras se escribe la presente tesis existe dentro del proceso legislativo mexicano una iniciativa que persigue esta finalidad. Y a pesar de no estar contenida en nuestro derecho positivo mexicano, considero que es imprescindible hacer referencia a ella e inclusive proponer algunas mejoras o ampliaciones ya que parece ser inminente su aprobación en los meses venideros, de no hacer referencia a la misma el presente documento perdería utilidad y vigencia en caso de ser aprobada dicha iniciativa.

Con la denominación de LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA sus impulsores pretenden complementar y enriquecer en por lo menos dos aspectos específicos a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. La prevención y la participación ciudadana.

---

<sup>84</sup> Lineamientos de la Política de Prevención Social de la Violencia, la Delincuencia y la Participación Ciudadana. Publicado en el DOF 26 de Enero de 2011

La Ley General para la prevención Social de la Violencia y la Delincuencia cuenta con 34 artículos, divididos en siete capítulos:

- DISPOSICIONES GENERALES;
- DE LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA;
- DE LOS ORGANOS ENCARGADOS DE LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA DELINCUENCIA;
- DE LA COORDINACIÓN DE PROGRAMAS INSTITUCIONALES;
- DEL PROGRAMA NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA; mismo que se divide en dos secciones:
- DE LA PARTICIPACIÓN COMUNITARIA Y CIUDADANA y DE LA EVALUACIÓN;
- DEL FINANCIAMIENTO, Y
- DE LAS SANCIONES.

De aprobarse por ambas Cámaras y por el Ejecutivo Federal conforme a nuestro proceso legislativo, constituiría un excelente esfuerzo y un gran avance en la implementación de un adecuado marco normativo para la prevención social de la violencia, complementario al ya existente de las normas de Derecho Penal del Enemigo.

Sin embargo, suponiendo sin conceder que en los términos que está planteada se apruebe, adolecería de algunos aspectos esenciales, que enlisto en alternativas normativas legales líneas adelante.

Toda tesis debe culminar en la proposición de ideas, estrategias, normas o disposiciones jurídicas que por estimarse novedosas, necesarias o y/o útiles para la solución de problemáticas sensibles de nuestro país deban implementarse a juicio de

quien las formula. Por ello he constituido de forma muy gráfica, clara y puntual el presente apartado propositivo.

#### 4.2. Constitucionales

Actual	Propuesta
<p>ARTICULO 21. LA INVESTIGACION DE LOS DELITOS CORRESPONDE AL MINISTERIO PUBLICO Y A LAS POLICIAS, LAS CUALES ACTUARAN BAJO LA CONDUCCION Y MANDO DE AQUEL EN EL EJERCICIO DE ESTA FUNCION. (REFORMADO EN SU INTEGRIDAD MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION EL 18 DE JUNIO DE 2008)</p> <p>EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL ANTE LOS TRIBUNALES CORRESPONDE AL MINISTERIO PUBLICO. LA LEY DETERMINARA LOS CASOS EN QUE LOS PARTICULARES PODRAN EJERCER LA ACCION PENAL ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL.</p> <p>LA IMPOSICION DE LAS PENAS, SU MODIFICACION Y DURACION SON PROPIAS Y EXCLUSIVAS DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.</p> <p>COMPETE A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA LA APLICACION DE SANCIONES POR LAS INFRACCIONES DE LOS REGLAMENTOS GUBERNATIVOS Y DE POLICIA, LAS QUE UNICAMENTE CONSISTIRAN EN MULTA, ARRESTO HASTA POR TREINTA Y SEIS HORAS O EN TRABAJO A FAVOR DE LA COMUNIDAD; PERO SI EL INFRACTOR NO PAGARE LA MULTA QUE SE LE HUBIESE IMPUESTO, SE PERMUTARA ESTA POR EL ARRESTO CORRESPONDIENTE, QUE NO EXCEDERA EN NINGUN CASO DE TREINTA Y SEIS HORAS.</p> <p>SI EL INFRACTOR DE LOS REGLAMENTOS GUBERNATIVOS Y DE POLICIA FUESE JORNALERO, OBRERO O TRABAJADOR, NO PODRA SER SANCIONADO CON MULTA MAYOR DEL IMPORTE DE SU</p>	<p>“ARTICULO 21.</p> <p>...</p> <p>C) LA FORMULACION DE POLITICAS PÚBLICAS <b>INTEGRALES, TRANSVERSALES Y SOSTENIBLES,</b> TENDIENTES A PREVENIR LA COMISION DE DELITOS.</p> <p>...”</p>

JORNAL O SALARIO DE UN DIA.

TRATANDOSE DE TRABAJADORES NO ASALARIADOS, LA MULTA QUE SE IMPONGA POR INFRACCION DE LOS REGLAMENTOS GUBERNATIVOS Y DE POLICIA, NO EXCEDERA DEL EQUIVALENTE A UN DIA DE SU INGRESO.

EL MINISTERIO PUBLICO PODRA CONSIDERAR CRITERIOS DE OPORTUNIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL, EN LOS SUPUESTOS Y CONDICIONES QUE FIJE LA LEY.

EL EJECUTIVO FEDERAL PODRA, CON LA APROBACION DEL SENADO EN CADA CASO, RECONOCER LA JURISDICCION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

LA SEGURIDAD PUBLICA ES UNA FUNCION A CARGO DE LA FEDERACION, EL DISTRITO FEDERAL, LOS ESTADOS Y LOS MUNICIPIOS, QUE COMPRENDE LA PREVENCION DE LOS DELITOS; LA INVESTIGACION Y PERSECUCION PARA HACERLA EFECTIVA, ASI COMO LA SANCION DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS, EN LOS TERMINOS DE LA LEY, EN LAS RESPECTIVAS COMPETENCIAS QUE ESTA CONSTITUCION SEÑALA. LA ACTUACION DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD PUBLICA SE REGIRA POR LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, OBJETIVIDAD, EFICIENCIA, PROFESIONALISMO, HONRADEZ Y RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN ESTA CONSTITUCION.

LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD PUBLICA SERAN DE CARACTER CIVIL, DISCIPLINADO Y PROFESIONAL. EL MINISTERIO PUBLICO Y LAS INSTITUCIONES POLICIALES DE LOS TRES ORDENES DE GOBIERNO DEBERAN COORDINARSE ENTRE SI PARA CUMPLIR LOS OBJETIVOS DE LA SEGURIDAD PUBLICA Y CONFORMARAN EL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PUBLICA, QUE ESTARA SUJETO A LAS SIGUIENTES BASES MINIMAS:

A) LA REGULACION DE LA SELECCION, INGRESO, FORMACION, PERMANENCIA,

EVALUACION, RECONOCIMIENTO Y CERTIFICACION DE LOS INTEGRANTES DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD PUBLICA. LA OPERACION Y DESARROLLO DE ESTAS ACCIONES SERA COMPETENCIA DE LA FEDERACION, EL DISTRITO FEDERAL, LOS ESTADOS Y LOS MUNICIPIOS EN EL AMBITO DE SUS RESPECTIVAS ATRIBUCIONES.

B) EL ESTABLECIMIENTO DE LAS BASES DE DATOS CRIMINALISTICOS Y DE PERSONAL PARA LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD PUBLICA. NINGUNA PERSONA PODRA INGRESAR A LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD PUBLICA SI NO HA SIDO DEBIDAMENTE CERTIFICADO Y REGISTRADO EN EL SISTEMA.

**C) LA FORMULACION DE POLITICAS PUBLICAS TENDIENTES A PREVENIR LA COMISION DE DELITOS .**

D) SE DETERMINARA LA PARTICIPACION DE LA COMUNIDAD QUE COADYUVARA, ENTRE OTROS, EN LOS PROCESOS DE EVALUACION DE LAS POLITICAS DE PREVENCIÓN DEL DELITO ASI COMO DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD PUBLICA.

E) LOS FONDOS DE AYUDA FEDERAL PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA, A NIVEL NACIONAL SERAN APORTADOS A LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y MUNICIPIOS PARA SER DESTINADOS EXCLUSIVAMENTE A ESTOS FINES.

Considero imprescindible establecer a nivel Constitucional, para garantizar el cabal cumplimiento y delinear desde la ley primaria los demás ordenamientos relativos a la materia en comento, los tres principios propuesto y con ello brindar mayores elementos de efectividad en la creación e implementación de política públicas para la prevención de la violencia.

Entiendo la integralidad como la:

*“Complementariedad de los diferentes programas de los ordenes de gobierno, incluidos los de justicia, seguridad publica, desarrollo social, económico, cultural y de derechos humanos, con atención particular a las comunidades, las familias, las niñas y niños, las mujeres, así como las y los jóvenes en situación de riesgo. La cooperación y corresponsabilidad se asume como la exigencia de que el Estado en sus distintos órdenes de gobierno, y la sociedad en general deben involucrarse y desarrollar acciones conjuntas que contribuyan a la prevención. Las políticas de Estado en la serán mas viables y certeras cuanto mas apoyo reciban de las instituciones y organizaciones civiles e incluyen la participación ciudadana. Como se ha señalado en el apartado de las políticas publicas, las decisiones de las autoridades y la actuación de las organizaciones sociales, requieren el respaldo social y una opinión publica favorable. En muchas organizaciones sociales se vive la necesidad de hacer algo por la seguridad, están dispuestas a participar en acciones, solo requieren orientación para que sus actividades sean mas fructíferas.”<sup>85</sup>*

Sostenibilidad la cual debe entenderse como:

*La base para implementar políticas publicas consistentes en el tiempo y en el espacio, pues deberá ponderarse el diseño de políticas públicas en el corto, mediano y largo plazo dado que la prevención social de la delincuencia requiere recursos adecuados, incluyendo fondos para estructura y actividades. “La participación espontánea contra la seguridad o impunidad, normalmente surge de hechos importantes e indignantes: tiende a ser angustiante de confrontación con la autoridad y efímera con facilidad propone medidas radicales y aumento de penas.”<sup>86</sup>*

---

<sup>85</sup> Dictamen de las comisiones unidas de seguridad publica y de estudios legislativos primera, respecto a la minuta que contiene proyecto de decreto por el que se expide la ley general para la prevención social de la violencia y la delincuencia.

<sup>86</sup> Idem.

Y la transversalidad para la participación efectiva de diversas dependencias del mismo o de cualquiera de los tres órdenes de gobierno que tengan directa o indirectamente atribuciones o actividades relacionadas a la prevención social de la violencia

#### 4.3. Legales

Actual	Propuesta
<p><b>LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA</b></p> <p><b>“Artículo 2.-</b></p> <p>...</p> <p>El Estado desarrollará políticas en materia de prevención social del delito con carácter integral, sobre las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales, así como programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos, que induzcan el respeto a la legalidad y a la protección de las víctimas.</p> <p>...”</p>	<p><b>LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA</b></p> <p><b>“Artículo 2.-</b></p> <p>...</p> <p>El Estado desarrollará políticas en materia de prevención social del delito con carácter integral, <b><i>transversal y sostenible</i></b> sobre las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales, así como programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos, que induzcan el respeto a la legalidad y a la protección de las víctimas.</p> <p>...”</p>
Iniciativa de LEY GENERAL PARA	Iniciativa de LEY GENERAL PARA

<p>LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA.</p> <p style="text-align: center;">CÁPITULO SEXTO DEL FINANCIAMIENTO</p> <p>“Artículo 29. Los programas federales, de los Estados, el Distrito Federal o municipales, así como de la sociedad civil, que funcionen con recursos públicos federales y cuya aplicación incide o coadyuve a la prevención social de la violencia y la delincuencia, deberán sujetarse a las disposiciones vigentes en materia presupuestaria, así como a las bases que fije la presente ley.</p> <p>Artículo 30. La Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios preverán en sus respectivos presupuestos, conforme a su disponibilidad, los recursos para el diagnóstico, diseño, ejecución y evaluación de programas y acciones de prevención social de la violencia y la delincuencia derivados de la presente Ley.</p> <p>Artículo 31. Por ningún motivo la financiación de un proyecto por el</p>	<p>LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA.</p> <p style="text-align: center;">CÁPITULO SEXTO DEL FINANCIAMIENTO</p> <p>“Artículo 29. Los programas federales, de los Estados, el Distrito Federal o municipales, así como de la sociedad civil, <b>de cualquier índole a pesar de estar no circunscritos en el ámbito o dependencias de seguridad pública que funcionen con recursos públicos federales y se estime que su</b> aplicación incide o coadyuve a la prevención social de la violencia y la delincuencia, deberán sujetarse a las disposiciones vigentes en materia presupuestaria, así como a las bases que fije la presente ley.</p> <p>Artículo 30. La Federación, los Estados, el Distrito Federal y los municipios preverán en sus respectivos presupuestos, conforme a su disponibilidad, los recursos para el diagnóstico, diseño, ejecución y evaluación de programas y acciones de prevención social de la violencia y</p>
---	---

<p>programa podrá ser cofinanciado con recursos que deriven del presupuesto de egresos de la federación. “</p>	<p>la delincuencia derivados de la presente Ley.</p> <p>Artículo 31. Por ningún motivo la financiación de un proyecto por el programa podrá ser cofinanciado con recursos que deriven del presupuesto de egresos de la federación. “</p> <p><b><i>Artículo 32. Por ningún motivo se podrá reprogramar o transferir a otro ámbito de la seguridad pública los recursos que se hayan destinado a la prevención del delito y la participación ciudadana en la seguridad pública</i></b></p>
<p>Iniciativa de LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA.</p> <p>CAPÍTULO QUINTO DEL PROGRAMA NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA.</p> <p>“Artículo 21.</p>	<p>Iniciativa de LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA.</p> <p>CAPÍTULO QUINTO DEL PROGRAMA NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA.</p> <p>“Artículo 21.</p>

<p>...</p> <p>...</p> <p>X.</p> <p>Los gobiernos de las entidades federativas y municipales deberán incluir a la prevención como una característica de sus programas gubernamentales para reducir la violencia y la delincuencia de tal manera que existan acciones concretas planificadas que cuenten con el financiamiento requerido. En todo caso, se deberá asegurar que exista claridad en las responsabilidades al interior de los gobiernos para la organización de la prevención social de la violencia y la delincuencia y su desarrollo.</p>	<p>...</p> <p>...</p> <p>X.</p> <p>Los gobiernos de las entidades federativas y municipales deberán incluir a la prevención como una característica de sus programas gubernamentales, <b>constituyendo para tal efecto un programa integral</b> para reducir la violencia y la delincuencia <b>que contenga</b> acciones concretas planificadas que cuenten con el financiamiento requerido. En todo caso, se deberá <b>establecer en dicho documento</b> que exista claridad en las responsabilidades al interior de los gobiernos para la organización de la prevención social de la violencia y la delincuencia y su desarrollo..</p>
--	--

Considero adecuada, y como lo enuncie líneas arriba, un ejemplar esfuerzo por resolver la problemática planteada la eventual aprobación de la *LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA*, sin embargo en los términos que está planteada me parece que no se resuelve en su totalidad ya que es imprescindible el garantizar el uso adecuado los recursos destinados para la implementación de políticas públicas eficaces en materia de prevención social de la violencia. Lo anterior en virtud de que de dejarse en sus

términos queda a la voluntad de los ordenes de gobierno el destinar discrecionalmente la cantidad de recursos que estimen suficientes para la prevención o su eventual reprogramación.

En cuanto la propuesta que he enunciado circunscrita al artículo 29 me parece que es el sentido que se le quiere dar a dicha norma, sin embargo falta claridad y técnica legislativa en el mismo, por ello trato de clarificar el imperativo, mismo que constituye un gran avance en el ámbito de la transversalidad e integralidad que deben de tener las políticas públicas de prevención.

Con relación a la novedosa y necesaria obligación impuesta en la ley en discusión de realizar e implementar un *Programa nacional para la prevención social de la violencia y la delincuencia* se queda corto ya que dicha obligación es impuesta únicamente a la federación omitiendo a las entidades federativas y peor aun, a los municipios.

Los gobiernos locales y los Ayuntamientos son las instancias gubernamentales con mayor cercanía y conocimiento de causa de la problemática ciudadana, por ello es absurdo implementar únicamente un programa nacional, sin solicitarle a las instancias gubernamentales referidas el que constituyan de igual forma programas estatales de prevención social de la violencia similares o complementarios a la política pública delineada a través del documento nacional.

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.** El Derecho Penal a través de la historia ha tenido una evolución hasta llegar a la consolidación del Derecho Penal Liberal, garantista, clásico. Cuyas características principales son según Ferrajoli: principio de retribución, principio de legalidad , principio de necesidad , principio de lesividad, principio de materialidad, principio de culpabilidad principio de jurisdiccionalidad, principio acusatorio, principio de la carga de la prueba , y principio de contradicción.

**SEGUNDA.** Existe en la teoría del Derecho Penal del Enemigo un claro retroceso en los avances del Derecho Penal circunscritos al liberalismo y democracia en la que vivimos ya que se anticipa la punición, es desproporcionado, y existe una atenuación significativa de las garantías procesales, así como un viraje contundente al Derecho Penal de autor.

**TERCERA.** Existe la peligrosidad que, de legitimar la tendencia de nuestro derecho positivo mexicano hacia la teoría en comento, se incurra en la implementación de más normas del Derecho Penal del Enemigo.

**CUARTA.** En el contexto regional se ha introducido de igual forma en sus respectivas legislaciones normas de Derecho Penal del Enemigo.

**QUINTA.** Se ha determinado seleccionar a un enemigo común en Latinoamérica, la delincuencia organizada.

**SEXTA.** En países como Estados Unidos y España seleccionaron a un “enemigo” similar derivado del contexto histórico, cultural, social que básicamente se derivó de atentados terroristas de alto impacto, sin embargo las condiciones de tratamiento a pesar de ser enemigos diferentes en nuestro país, guardan grandes similitudes.

**SÉPTIMA.** La teoría del Derecho Penal del Enemigo ha permeado el Derecho Positivo Mexicano en los últimos años en diversas normas. La tendencia legislativa

que desde principios de la década de 1990 comenzó su gestación, hoy en día hace posible afirmar que se consolida el Derecho Penal del Enemigo en México.

**OCTAVA.** Se ha impulsado el establecimiento normativo de las características del Derecho Penal del Enemigo enfocado a la contención o control del fenómeno de la delincuencia organizada.

**NOVENA.** El contexto de inseguridad pública en el que estamos inmersos con al denominada “guerra contra el narco” establece condiciones políticas y sociales favorables para el establecimiento de más normas de Derecho Penal del Enemigo.

**DÉCIMA.** El modelo de seguridad pública emprendido por la administración pública actual ha sido el reactivo –punitivo, y pese a que una determinación como esa que es tomada por el Ejecutivo Federal pareciera sólo puede abarcar el ámbito de la seguridad pública, y en consecuencia acciones formal y materialmente administrativas, estas han alcanzado al Poder Legislativo al respaldar los integrantes del Congreso afines al Presidente en turno las iniciativas referentes a este tópico.

**DÉCIMA PRIMERA.** Frente al impulso y la tendencia legislativa hacia el Derecho Penal del Enemigo se ha descuidado la articulación de normas que atiendan la multicausalidad de la delincuencia, básicamente por seguir un modelo reactivo punitivo y no uno de aproximación integral con la sociedad, así como la atención multicausal de los orígenes de la violencia.

**DÉCIMA SEGUNDA.** De no establecer un marco normativo que favorezca o propicie el impulso de políticas públicas de prevención social de la violencia seguiremos en una lucha infructuosa por disminuir los altos índices de delincuencia y la alta percepción de inseguridad en la que vivimos.

**DÉCIMA TERCERA.** La integralidad, sostenibilidad y transversalidad de las políticas públicas en materia de prevención social de la violencia son necesarias para

garantizar la efectividad de las mismas, y estas cualidades deben de delinearse desde la ley fundamental para que en congruencia los demás ordenamientos federales y locales dispongan lo mismo.

## PROPUESTA

Es necesario establecer a nivel Constitucional las cualidades de integralidad, sostenibilidad y transversalidad de las políticas públicas en materia de prevención social de la violencia para garantizar el cabal cumplimiento y delinear desde la ley primaria los demás ordenamientos relativos a la materia en comento. Para quedar como sigue:

“ARTICULO 21.

(...)

C) La formulación de políticas públicas **integrales, transversales y sostenibles**, tendientes a prevenir la comisión de delitos.

(...)”

Dichas cualidades pueden brindar a las políticas públicas en materia de prevención de la violencia y el delito en su aspecto social:

### **INTEGRALIDAD:**

Concentración de recursos económicos, materiales y humanos de los tres órdenes de gobierno, incluidos los de justicia, seguridad pública, desarrollo social, económico, cultural y de Derechos Humanos, con un eminente enfoque hacia los segmentos y núcleos poblacionales con mayor riesgo, particularmente a los jóvenes. De tal suerte que se articulen programas que estando no circunscritos al ámbito de seguridad pública pueden contribuir eficazmente mediante la articulación adecuada a la prevención de las raíces de la violencia y el delito entendiéndolas multicausalmente.

### **SOSTENIBILIDAD:**

Para garantizar la base para implementar políticas públicas consistentes en el tiempo y en el espacio, en el corto, mediano y largo plazo que permitan mantenerse

a pesar de la voluntad o enfoque de los titulares de las administraciones públicas de los tres órdenes de gobierno, con la finalidad de convertirlas en políticas de Estado no de gobierno.

#### **TRANSVERSALIDAD:**

Que conlleve la participación efectiva de diversas dependencias del mismo o de cualquiera de los tres órdenes de gobierno que tengan directa o indirectamente atribuciones o actividades relacionadas a la prevención social de la violencia. Que traspase instituciones y voluntades políticas o colores partidistas.

En cuanto a los instrumentos legales congruentemente a la propuesta circunscrita al orden Constitucional se debe implementar en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública las cualidades enunciadas en su artículo segundo para quedar como sigue:

#### **“Artículo 2.**

**(...)**

El Estado desarrollará políticas en materia de prevención social del delito con carácter integral, **transversal y sostenible** sobre las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales, así como programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos, que induzcan el respeto a la legalidad y a la protección de las víctimas.

**(...)”**

Además de instrumentar una ley especial que tenga el carácter de general, que como buen acercamiento a la resolución de la problemática expuesta tenga como base a la *“Iniciativa de Ley general para la prevención social de la violencia y la*

*delincuencia*”, siempre y cuando se le agreguen las siguientes características y mandatos:

“CÁPITULO SEXTO  
DEL FINANCIAMIENTO

*Artículo 29. Los programas federales, de los Estados, el Distrito Federal o municipales, así como de la sociedad civil, **de cualquier índole a pesar de estar no circunscritos en el ámbito o dependencias de seguridad pública que funcionen con recursos públicos federales y se estime que su aplicación incide o coadyuve a la prevención social de la violencia y la delincuencia, deberán sujetarse a las disposiciones vigentes en materia presupuestaria, así como a las bases que fije la presente ley.***

***Artículo 32. Por ningún motivo se podrá reprogramar o transferir a otro ámbito de la seguridad pública los recursos que se hayan destinado a la prevención del delito y la participación ciudadana en la seguridad pública***

Y por lo que hace a la implementación de programas integrales de Prevención social de la violencia y el delito:

“CAPÍTULO QUINTO  
DEL PROGRAMA NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN SOCIAL DE LA  
VIOLENCIA Y LA DELINCUENCIA.

*Artículo 21.*

*(...)*

*(...)*

*X.*

*Los gobiernos de las entidades federativas y municipales deberán incluir a la prevención como una característica de sus programas gubernamentales, **constituyendo para tal efecto un programa integral** para reducir la violencia y la delincuencia **que contenga acciones concretas planificadas que cuenten con el financiamiento requerido. En todo caso, se deberá establecer en dicho documento que exista claridad en las responsabilidades al interior de los gobiernos para la organización de la prevención social de la violencia y la delincuencia y su desarrollo.***

Como lo señalé en el Capítulo anterior debe garantizarse el manejo adecuado de los recursos destinados a la prevención, evitando que sean reprogramados o transferidos hacia otros ámbitos

En cuanto la propuesta referente al artículo 29 de la ley en comento persigue clarificar y brindar mayor técnica legislativa, que constituye un gran avance en el ámbito de la transversalidad e integralidad que deben de tener las políticas públicas de prevención.

Con relación a la novedosa y necesaria obligación impuesta en la ley en discusión de realizar e implementar un *Programa nacional para la prevención social de la violencia y la delincuencia* considero debe de tener mayor alcance ya que dicha obligación es impuesta únicamente a la federación omitiendo a las entidades federativas y peor aún, a los municipios.

Lo anterior en virtud de que los gobiernos locales y los Ayuntamientos son las instancias gubernamentales con mayor cercanía y conocimiento de causa de la problemática ciudadana, por ello es absurdo implementar únicamente un programa nacional, sin solicitarle a las instancias gubernamentales referidas el que constituyan

de igual forma programas estatales de prevención social de la violencia similares o complementarios a la política pública delineada a través del documento nacional.

## BIBLIOGRAFIA

1. BARBA, Álvarez, Rogelio. Esbozo Criminológico sobre el Derecho Penal del Enemigo.
2. BECCARIA, César Bonesano, Tratado de los delitos y de las penas, s/e Edit. Porrúa, México, 2003. p.9.
3. Buscaglia, Edgardo, Gonzalez Ruiz, Samuel, Fumarulo, Stefano and Prieto, Cesar, Delincuencia Organizada y Terrorismo: Su Combate a Través de la Convención de Palermo(Organized Delinquency and Terrorism: Its Battle Through the Convention of Palermo. Revista, Vol. 1, No. 1, 2002. Available at SSRN:
4. CANCIO MELIÁ, Manuel et Carlos Gómez-Jara Díez, Coord., Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, volumen 1, 1ª ed., Euros Editores, Argentina, 2006.
5. CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth (2006), “Los retos de la política criminal en México” en Los retos del derecho en el México de hoy, Universidad michoana de San Nicolás de Hidalgo, Universidad Veracruzana, Gobierno del Estado de Michoacán, México, 39 a 61.
6. FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías. La ley más débil, 2ª ed., Trotta,2001.
7. FERRAJOLI, Luigi. Teoría del Garantismo Penal, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 1997.
8. FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y Globalización, Boletín Mexicano de derecho Comparado, num.115 IJ UNAM 2006.
9. FERRAJOLI, Luigi. El Derecho Penal del Enemigo y la Disolución del Derecho Penal, Roma, 2006, p. 13.
10. GILBERTO RODRÍGUEZ, Chistian. Instituto Nacional de Ciencia Penales, Iter Criminis, , p. 105, Enero- Febrero 2011.
11. GUERRERO, E. (2011) La raíz de la violencia. *Nexos*,402, 30-45
12. GUTIÉRREZ, Ruz, Gabriela. Terrorismo. Una visión internacional. Procuraduría General de la República: Programa de Cooperación para el

- Fortalecimiento y modernización de la Administración de Justicia en México. Programa de Cooperación. Unión Europea- México. 2006.
13. IBARROLA NICOLÍN, Eduardo, “La convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos adicionales. Un nuevo marco de cooperación internacional”, en *Los desafíos de la seguridad pública en México*, PGR-UNAM, no. 120, México, 2002, p. 139.
  14. JAKOBS, Günther, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed, Madrid, M. Pons, 1997.
  15. JAKOBS, Günther, Moderna Dogmática Penal (estudios compilados), 1ªed., Porrúa, México, 2002.
  16. JAKOBS, Günther et alter, El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo, 1ª ed., Flores editor, México, 2008.
  17. JAKOBS, Günther. “¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?”, pp. 1-6.
  18. JAKOBS, Günther. “¿Derecho Penal del Enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp.7-40.
  19. JAKOBS, Günther. Derecho Penal del Enemigo, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2003.
  20. JAKOBS, Günther et Miguel Polaino Navarrete, El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas. Dos estudios de Dogmática Penal y Política Criminal, Serie pensamiento penal contemporáneo, no. 4, 1ª ed., Grijley, Perú, 2006.
  21. Kofi A. Annan. Prefacio del documento “ CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y SUS PROTOCOLOS” New York. USA. 2004 p. iv,
  22. MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Claudia. (2009), Derecho Penal del Enemigo y Los Alcances de su Aplicación. Tesis para obtener el grado de licenciatura, Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Df. Pp. 118-120.
  23. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, La globalización de la delincuencia, México, Sistema Nacional de Seguridad Pública, 2000.
  24. MUÑOZ CONDE, Francisco, El Derecho penal del enemigo, Conferencias magistrales, s/e, INACIPE, México, 2003.

25. RIVERO, Evia, Jorge. El Derecho Penal del Enemigo: ¿derecho penal de la globalización? p.16.
26. RIQUERT, Fabian y Leonardo Palacios *El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes* .p. 2.
27. SALAZAR, Ugarte, Pedro. El poder de la Transparencia. Nueve derrotas a la opacidad. Coed. UNAM-IFAI. México. 2ª ed. 2007. p. 178.
28. SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, "La Política Criminal Transnacional Posmoderna como Terrorismo Jurídico y de Hecho de los Estados" en Política criminal: La reducción del Estado nacional y las Políticas transnacionales de Seguridad, UNAM posgrado Derecho, México, 2003, pp. 3-6.
29. SEPÚLVEDA, Cesar. (1995). El Derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI. México, Distrito Federal: Fondo de cultura económica. P. 13.
30. SILVA SÁNCHEZ, J. La expansión del Derecho penal, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001.
31. SIRVENT, Consuelo. Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Porrúa. México. 2009. 11ª. Edición.
32. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico penal, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1990 Artículos en revistas y anuarios Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, No. 2001, IIJ-UNAM, México, 2001.
33. ZAFFARONI, Eugenio Raúl El Enemigo en el Derecho Penal. México, D.F. Ediciones Coyoacán. 2007.

## REVISTAS

1. Revista Universitaria de la Universidad Católica de Chile. Revista, Vol. 1, No. 1, 2002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=946943>  
[fecha de consulta 23/10/11]
2. *Revista Nexos, México. No: 402, Pp. 30-45*

## LEGISLACIÓN

2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: [www.cddhcu.gob.mx](http://www.cddhcu.gob.mx) (2011)
3. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. [www.cddhcu.gob.mx](http://www.cddhcu.gob.mx) (2011)
4. Código Penal Federal: [www.cddhcu.gob.mx](http://www.cddhcu.gob.mx) (2011)
5. Código Federal de Procedimientos Penales: [www.cddhcu.gob.mx](http://www.cddhcu.gob.mx) (2011)

## ACUERDOS

1. Acuerdo por el cual se expide "*Lineamientos de la Política de Prevención Social de la Violencia, la Delincuencia y la Participación Ciudadana*" del Sistema Nacional de Seguridad Pública publicado en el Diario Oficial de la Federación 26 de Enero de 2011.

## CONVENCIONES

1. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Asamblea General de las Naciones Unidas, 15 de noviembre de 2000. [www.sre.gob.mx](http://www.sre.gob.mx)

## DECRETOS

1. *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*", Diario Oficial de la Federación, 3 de septiembre de 1993. [www.dof.gob.mx](http://www.dof.gob.mx)
2. *Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 16, 19, 22 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*", Diario Oficial de la Federación, 3 de Julio de 1996. [www.dof.gob.mx](http://www.dof.gob.mx)

3. Decreto de “*Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*”, Diario Oficial de la Federación, 7 de noviembre de 1996. [www.dof.gob.mx](http://www.dof.gob.mx)
4. *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*”, Diario Oficial de la Federación, 23 de enero de 2009. [www.dof.gob.mx](http://www.dof.gob.mx)

### **DICTÁMENES**

1. *Dictámenes de primera lectura de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, Cámara de Diputados, 10 de diciembre de 2007.
2. *Dictamen de la Comisión de Justicia, con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de la Ley que Establece Las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, Del Código Penal Federal, de la Ley de la Policía Federal Preventiva, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, y de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo*”, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, 9 de diciembre de 2008.
3. Dictamen de las comisiones unidas de seguridad pública y de estudios legislativos primera, respecto a la minuta que contiene proyecto de decreto por

el que se expide la ley general para la prevención social de la violencia y la delincuencia. Cámara de diputados, abril 2010.

## INICIATIVAS

1. *Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*”, Cámara de Senadores, 19 de marzo de 1996. [www.sil.gob.mx](http://www.sil.gob.mx)
2. *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, presentada por el Presidente de la República, 9 de marzo de 2007. [www.sil.gob.mx](http://www.sil.gob.mx)
3. *Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por diputados de los grupos parlamentarios de los partidos de convergencia, de la revolución democrática y del trabajo*”, 23 de abril de 2007. [www.sil.gob.mx](http://www.sil.gob.mx)
4. *Iniciativa de Ley general para la prevención social de la violencia y la delincuencia*” presentada por el grupo parlamentario del PRI en la cámara de diputados. Abril 2010.

## JURISPRUDENCIA

1. IUS 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)